

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo  
PUC-SP

José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro

O *trust* no Direito brasileiro

Doutorado em Direito

São Paulo

2022

José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro

O *trust* no Direito brasileiro

Doutorado em Direito

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito Comercial, sob a orientação da Professor Doutor Ivo Waisberg.

São Paulo

2022

**Banca Examinadora**

---

---

---

---

---

Dedico este trabalho ao maior tesouro da minha vida que é a minha família. Aos meus pais, Maria Cristina e Renato Ribeiro, que me forjam diuturnamente, sob as graças de Deus, ao lado da minha amada irmã Maria Camilla, e que me proporcionaram um caminho para a felicidade com a Renata, minha alma gêmea, cujo casamento frutificou nos melhores filhos do mundo: Pedro Paulo e Juliana.

A sincera e especial gratidão ao Professor Ivo Waisberg que orientou, de forma serena e objetiva, alertando com sabedoria o caminho a ser percorrido cuja responsabilidade pelo resultado é exclusivamente minha, proporcionando-me uma oportunidade singular na vida, própria da sua generosidade. Aos Professores Adriano Ferriani, Diogo L. Machado de Melo e Marcelo Guedes Nunes que não pouparam dedicação nos questionamentos doutrinários. Aos Professores Hamid Charaf Bdine Júnior e Marcelo Sacramone pelo efusivo apoio. O meu reconhecimento emocionado pela amizade fraterna e a confiança que transcendem a atividade acadêmica. Ao Professor António Barreto Menezes Cordeiro, jurista de berço e tradição, uma das principais autoridades mundiais na matéria, que me honrou com diálogos sinceros ao longo dos anos sobre o futuro do *trust* nos países do sistema da *Civil Law*. Houve muito trabalho, em não raras vigílias, e ousaria mais se fosse merecedor de mais elevada missão.

O *trust* no Direito brasileiro

RESUMO

Esta tese investiga a origem do *trust* e da *Equity Law* para identificar as noções jurídicas de instituto sem precedentes no sistema da *Civil Law*. A pesquisa tem por objetivo explicitar quais são os elementos e noções estruturais do *trust* como um negócio jurídico a partir dos três planos do negócio jurídico pela vertente positiva: existência, validade e eficácia. O método proporciona identificar quais são os elementos do *trust*, bem como a sua natureza jurídica, a partir das noções da *fiducia* romana, do direito inglês e da Convenção da Haia sobre a Lei Aplicável ao Trust e a seu Reconhecimento. Essa base permite identificar a fidúcia como um elemento nuclear do *trust*, o que justifica a investigação da atipicidade do negócio jurídico fiduciário e dos elementos do negócio fiduciário no Brasil, com a finalidade de comparar com o *trust*. Na sequência, a tese explicita quais são os institutos jurídicos brasileiros que se aproximam do *trust* e quais as limitações que lhe são aplicáveis como base no Direito brasileiro, em busca dos alicerces dogmáticos. Adota o posicionamento de que o *trust* apresenta os mesmos elementos inderrogáveis do negócio fiduciário, sendo essencial também a previsão de um patrimônio segregado. Apresenta uma fundamentação e uma classificação sobre o patrimônio segregado demonstrando as vantagens da sua utilização e a inexistência de óbice que seja uma regra geral facultada pela lei. A tese conclui pela existência de uma lacuna jurídica normativa e pela impossibilidade de inserção do *trust* no Brasil nos mesmos moldes do sistema da Common Law, apresentando uma proposta de inserção de instrumento análogo e da adesão pelo Brasil da Convenção internacional de Haia.

Palavras-chave: *Trust*. Fidúcia. Direito comparado. Patrimônio segregado. Lacuna jurídica.

José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro

O *trust* no Direito brasileiro

ABSTRACT

This thesis investigates the origin of the trust and the Equity Law, to identify the legal notions of an unprecedented legal business in the Civil Law system. This research has the purpose to explain which are the elements and structural notions of the trust legal business as a legal business according to the three levels of the legal business in the positive aspect: existence, validity, and effectiveness. This method makes it possible to identify the elements of the trust business, as well its legal nature, based on the notions of Roman *Fiducia*, English law, and the Hague Convention on the Law Applicable to the Trust and its Recognition. This basis makes it possible to identify the *Fiducia* as a core element of the trust legal business. Which justifies the investigation of the atypicality of the fiduciary legal business and the elements of the fiduciary business in Brazil, to compare with the trust business. Subsequently, the thesis explains which Brazilian legal institutions are similar to the trust business and which limitations apply to it as a basis in Brazilian Law, in search of dogmatic foundations. It adopts the position that the trust business presents the same non-derogable elements of the fiduciary business, being essential also the provision of a segregated patrimony. It presents a rationale and a classification of segregated assets demonstrating the advantages of their use and the absence of obstacle that is in general rule provided by law. The thesis concludes by the existence of a legal gap and by the impossibility of inserting trust in Brazil in the same way as the Common Law system, presenting a proposal for the insertion of an analogous instrument and for Brazil to adhere to the International Hague Convention.

Key Words: Trust. *Fiducia*. Comparative Law. Segregated patrimony. Legal gap

## SUMÁRIO

1. Introdução .....	9
2. O propósito do estudo do trust.....	12
2.1. Entendendo a origem do trust .....	13
2.2. Elementos e noções estruturais do trust como negócio jurídico .....	22
2.3. A natureza jurídica do trust .....	32
2.4. O trust e a fiducia romana .....	37
3. A atipicidade do negócio jurídico fiduciário .....	43
3.1. Os elementos do negócio fiduciário no Brasil .....	57
3.2. O trust e o negócio fiduciário .....	77
3.3. Institutos jurídicos brasileiros que se aproximam do trust .....	86
3.4. Limitações aplicáveis ao trust .....	97
4. A verdade conveniente .....	107
4.1. O contexto do trust no Brasil .....	109
4.2. A crise da lacuna jurídica normativa .....	112
4.3. Parâmetros para o aplicador do direito que se depara com o trust no Brasil.....	115
4.4. Proposições ao Poder Legislativo .....	121
5. Conclusões .....	126
Bibliografia.....	130

## 1. Introdução

Onde estamos? Estamos no mata-burro da história.

O que foi não é mais. E não sabemos como será.

A forma como trabalhamos, moramos, consumimos, nos locomovemos e nos comunicamos está em profunda transformação.

Os nossos parâmetros da vida em sociedade estão sendo alterados. Mas, não temos definido, nem tampouco condições de prever, quais serão as novas balizas do trabalho, da aposentadoria, da saúde, da alimentação, da família, da comunicação, do transporte, do lazer e da educação.

A metáfora do mata-burro assim se apresenta para todos nós. Estamos com a porteira aberta, mas não estamos conseguindo passar.

Para onde vamos? Tenho a esperança de que conseguiremos passar pela porteira aberta.

Contudo, somente será possível avançar se pudermos abrir os olhos de uma cegueira que se arrasta por décadas, como já denunciava Orlando Gomes quando propugnava pela função renovadora do Direito.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Orlando Gomes (*A função renovadora do Direito*. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, dez. 1969. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/7150/5101>>. Acesso em: 27 out. 2021. doi:<http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v12i0.7150>.), propugna: “3. Ora, os tempos presentes assinalam-se por visíveis sinais de um processo revolucionário, que abala os fundamentos da sociedade e corroi os seus valores tradicionais. Essa patente revolução, pejada de céleres e desconcertantes contestações, não pode deixar de atingir o Direito, tanto nas soluções que oferece aos problemas da vida individual e social do homem, como na formulação dos conceitos e regras técnicas que se condensam nos institutos jurídicos. Mas, surpreendentemente, legisladores e juristas, em grande maioria, apegam-se ao ponto-de-vista conservador, só admitindo, e, ainda assim, a controgosto, retoques superficiais na legislação, que, por sua timidez, alargam o fôssco, em vez de o diminuir. Cegos para as mudanças sociais e insensíveis às variações no clima da opinião pública, vêem, com injustificado pavor, em cada proposição autenticamente reformadora, o desabamento da ordem que a rotina consagrou. 4. Tal cegueira é, até certo ponto, um mal congênito.”

E como já preconizado<sup>2</sup>, a tarefa não é dos outros. É nossa responsabilidade, mais do que nunca. Devemos abrir os olhos para o porvir, sob pena das novas riquezas serem produzidas e destinadas ao exterior, em prejuízo concreto para o Brasil, e, conseqüentemente, em prejuízo para a tão almejada e necessária diminuição da desigualdade que caracteriza nosso país pelos extremos, sem esquecer do alerta de Roberto Campos: “O bem que o Estado pode fazer é limitado; o mal, infinito. O que ele pode nos dar é sempre menos do que pode nos tirar.”<sup>3</sup>

O desafio pode parecer um pouco maior quando, primeiramente, é necessário situar o objeto do estudo que não é do nosso cotidiano, tampouco é trivial, mas que certamente merece a dedicação da doutrina em virtude do seu enorme potencial<sup>4</sup> como instrumento de desenvolvimento do direito comercial, quer seja nos negócios privados, quer seja como elemento de desenvolvimento econômico para atração de investimentos para o Brasil.

Para tanto, deverão ser investigados a origem do *trust* e da *Equity Law* para identificar as noções jurídicas desse instituto sem precedentes no sistema da *Civil Law*.

Após entender a origem e as noções estruturais do *trust* como um negócio jurídico, propusemos uma abordagem a partir dos três planos do negócio jurídico pela vertente positiva: existência, validade e eficácia.

O método enunciado por Antônio Junqueira de Azevedo proporcionará identificar quais são os elementos do *trust*, bem como a sua natureza jurídica, a partir das noções da *fiducia*

---

<sup>2</sup> Fábio Ulhoa Coelho, *Princípios do direito comercial: com anotações ao projeto de código comercial*, São Paulo, Saraiva, 2012, p.14) explica: “Como assentado, a revitalização do direito comercial é uma questão brasileira e não global. Ela responde às demandas específicas do reposicionamento da nossa economia no cenário mundial. Sendo questão brasileira, há de percorrer os caminhos próprios de nossa cultura jurídica, que, viu-se, é caracterizada pela presença marcante dos princípios, na solução dos conflitos de interesses. Em suma, a revitalização do direito comercial brasileiro consiste na enunciação, exame e difusão dos *princípios* desta área jurídica.”

Ivo Waisberg, “*O Projeto de lei n. 1.572/2011 e a Autonomia do Direito Comercial*”. In “Reflexões sobre o projeto de código comercial”. Fábio Ulhoa Coelho, Thiago Asfor Rocha Lima, Marcelo Guedes Nunes (coordenadores), São Paulo, Saraiva, 2013, p. 81) conclama: “É preciso aos operadores do direito comercial concentrar esforços em explicitar os princípios deste ramo do direito, e defender-lhes insistentemente, de forma a colocar sua relação com os demais ramos do direito em condições normais. Os princípios de direito comercial, como a livre-iniciativa, por exemplo, podem ser encontrados na Constituição Federal e estar em pé de igualdade com outros justos princípios de outros ramos.”

<sup>3</sup> *Liberalismo : Roberto Campos em sua melhor forma. Frases, artigos e entrevistas*, 2ª. ed. lebooks.com.br.

<sup>4</sup> Confira Antônio Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust no Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 2014, p. 1133, possivelmente na obra mais completa e atual sobre o instituto, define com precisão: “O trust apresenta-se como “um mecanismo central do mundo financeiro moderno.”

romana, do direito inglês e da Convenção da Haia sobre a Lei Aplicável ao Trust e a seu Reconhecimento.

A análise de direito comparado é imprescindível para compreender um instituto alienígena. Explicitar os elementos para uma possível sistematização, fundamentando se o negócio fiduciário no Brasil é compatível com o *trust*, e explicitando a dimensão da confiança.

É inegável a nossa preocupação com a realidade e com os efeitos produzidos pelas normas jurídicas na sociedade. Contudo, esse não pode ser o ponto de partida na construção dogmática<sup>5</sup>.

Apesar do *trust* ser um dado da realidade para além do sistema da *Common Law*, com grande adesão de países do sistema da *Civil Law*, especialmente diante da união de mercados e inegáveis reflexos mundiais da economia, devemos investigar qual a estrutura e o regime jurídico do *trust* para uma possível conexão com o Direito brasileiro. Porém, a investigação estende-se para a verificação da compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro, seus princípios e regras.

A dimensão patrimonial que gravita em torno do *trust* será um dos pilares da nossa tarefa esmiuçando a tese da unicidade patrimonial, o princípio da taxatividade, e a possibilidade de segregação, em busca de uma classificação e da fundamentação com os olhos postos no princípio da autonomia patrimonial.

Ao estudar o instituto do *trust* nos deparamos com o dilema da contraposição do Direito à taxatividade da lei, como nos alerta Eduardo Vera-Cruz Pinto: “Nós parecemos ignorar olímpicamente a realidade que nos cerca continuando a caminho do precipício

---

<sup>5</sup> Veja em Manuel António de Castro Portugal Carneiro da Frada, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Coimbra, Livraria Almedina, 2004, p. 28: “A dogmática visa principalmente a interpretação das normas do direito vigente e a operacionalização dos princípios jurídicos respectivos. Procede para isso à sua análise sistemática e à construção de noções e quadros explicativos, e elabora as respectivas propostas de aplicação aos casos concretos da vida. O corpo conceptual-doutrinal específico em que se cristaliza, frequentemente identificado com a Ciência Jurídica ou a Jurisprudência em sentido estrito, preenche uma série de funções que, conquanto interligadas, se deixam descrever separadamente.”

constitucionalista, codicista e normativista, numa cavalgada insana apesar do Direito e contra a Justiça.”<sup>6</sup>

Ao final, haverá uma tomada de posição, com proposições, se existe uma lacuna jurídica normativa e se há a possibilidade de inserção do *trust* no Brasil, a partir dos princípios jurídicos, normas e do Direito brasileiro.

## **2. O propósito do estudo do *trust***

A primeira observação, que por ordem mesmo lógica deve ser feita, decorre da utilização da palavra *trust* no singular.

Como veremos a seguir, o *trust* tem sua origem no direito inglês que para se referir a esse instituto jurídico utiliza a expressão no plural: *trusts*. Chama a atenção que a imensa maioria da bibliografia trata o tema no singular, sendo o destaque para o plural feito por Maurizio Lupoi, ao explicar que a utilização da expressão no plural decorre da linguística inglesa, mas que para ele há um significado relevante para utilizar a expressão no plural. Essa escolha de tratar o instituto no plural serve para frisar a sua natureza polifórmica, e, também, para destacar que a multiplicidade de experiências legislativas deram uma nova dimensão para o instituto do *trust* que não teria essa dimensão sistemática existente na *Common Law*.<sup>7</sup>

Se por um lado é indiscutível que haja uma multiplicidade de finalidades para as quais possa instituir-se um *trust*, como também demonstraremos mais adiante, não nos parece que o ponto de partida do estudo seja tal distinção linguística, mesmo tendo sido compreendida a dimensão da ênfase pretendida por Lupoi.

No mesmo sentido, A. Barreto Menezes Cordeiro situa a questão em função da particularidade local, destacando outro tema que será obrigatório na nossa abordagem: “De modo idêntico ao verificado no Direito anglo-saxónico, em que não deve falar-se de *trust*, mas

---

<sup>6</sup> Eduardo Vera-Cruz Pinto. *O Futuro da Justiça*. São Paulo, Editora IASP, 2015, p. 112.

<sup>7</sup> Confira o jurista com maior dedicação sobre o tema na Itália: Maurizio Lupoi, *Trusts: a comparative study*, trad. Simon Dix, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, pp. 5-8.

de *trusts*, também nos Direitos continentais será mais adequado falar-se de negócios fiduciários e não de negócio fiduciário.”<sup>8</sup>

Muito além de uma filigrana jurídica, trata-se de uma oportunidade para destacar o propósito do presente estudo quanto ao rigor para tudo que será explicitado e analisado em busca de uma sistematização. O rigor é imprescindível para a abordagem teórica e as conclusões que serão feitas sobre o instituto jurídico do *trust*, sobre as suas aproximações com os institutos jurídicos brasileiros, bem como as balizas jurídicas existentes no Direito brasileiro para avaliar uma possível inclusão no ordenamento jurídico.

Relembrar como o *trust* nasceu é, possivelmente, a melhor forma de iniciarmos a reflexão e entender esse instituto jurídico em busca dos alicerces dogmáticos no Direito brasileiro.

## **2.1. Entendendo a origem do *trust***

É muito interessante observar que o *trust* surge num momento singular da história da Inglaterra, decorrente das guerras em busca de dominação e de um início de estruturação de tribunais para solução dos problemas da época feudal relacionados às disputas de terras, e os problemas de relacionamento com a Igreja.

Trata-se de um momento que o Rei Henrique II (reinado de 25 de outubro de 1154 a 6 de julho de 1189), o primeiro da Dinastia Plantageneta que governou a Inglaterra até 1485, apercebe-se da necessidade de aprimorar os tribunais itinerantes, o que resulta na gênese da jurisdição, pois houve a divisão do Reino em regiões e a designação de juízes. Como consequência, o Direito romano começa a ser ensinado e há o início da formação da jurisprudência.

A razão do ensino do Direito romano<sup>9</sup> à época, decorre do legado deixado por Justiniano com a edição do *Corpus Iuris Civilis* que representava a reunião e organização de

---

<sup>8</sup> Veja: António Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust no Direito Civil, cit.*, p. 741.

<sup>9</sup> Apesar do longínquo momento histórico, compartilhamos e comungamos da solução apresentada por Eduardo Vera-Cruz Pinto. *Curso de direito romano*. Cascais, Principia, 2009, p. 47. Confira: “O ensino do Direito Romano não é só uma resposta como tentativa de solucionar a crise de valores, de moralidade-civilidade, ou de humanismo,

todas as normas (leis, consultas senatoriais, decretos imperiais, lei das sentenças, opiniões e interpretações dos juristas). Não havia nenhuma outra referência no mundo com tamanha envergadura e profundidade, o que, posteriormente, veio a servir de suporte para edição de inúmeros códigos dos países que adotaram o sistema da *Civil Law*<sup>10</sup>.

Aliás, é interessante destacar, como ensina Candido Mendes de Almeida, que as Ordenações Affonsinas, também reconhecidas como Código Affonsino, publicado em 1446 ou 1447, foi um acontecimento notável na legislação dos povos cristãos que também utilizou o *Corpus Iuris Civilis* como padrão da doutrina. Entretanto, como a prensa de Gutenberg fora inventada depois, o Código Affonsino foi impresso tardiamente, somente em 1792, o que acabou por afetar o seu reconhecimento à época como o código mais antigo da Europa diante do Código da Dinamarca de 1683.<sup>11</sup>

Tal a influência do *Corpus Iuris Civilis* alcançou também o Brasil, na medida em que foi regido pelas Ordenações Filipinas até a entrada em vigor do Código Civil de 1916<sup>12</sup>, sendo as Ordenações Filipinas a última atualização portuguesa na sequência das compilações iniciada pelas Ordenações Affonsinas<sup>13</sup>. Além das Ordenações Filipinas que tiveram vigência no Brasil,

---

nas sociedades actuais, nem a causa destas patologias é apenas se ter deixado de cultivar o Direito Romano, não incluindo a disciplina na formação universitária dos seus juristas. Mas, o Direito Romano pode ajudar a dirigir a sensibilidade dos estudantes de Direito para a justiça, aumentando a sua cultura e humanidade, com projecção na qualidade argumentativa e na adequabilidade e na eficácia das soluções aos casos pela vivência das regras.”

<sup>10</sup> Confira o prefácio de Renato Janine Ribeiro in Thomas Hobbes. *Diálogo entre um filósofo e um jurista*. trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino, 2 ed., São Paulo, Landy Editora, 2004, pp. 10-11: “Ora, o que vai acontecer é que, no curso de um longo período, mas que parece culminar na passagem do século XV para o XVI, os reis - às vezes com o apoio de suas assembléias, às vezes sozinhos - vão assumir o papel de principais legisladores. Ao mesmo tempo, eles vão promover a recepção (é esse o termo técnico do direito romano. A lei do Império Romano será então "recebida", conforme o país, ou seja, passará a valer integralmente nele. Típica importação renascentista dos antigos, a lei romana se entende tão boa que faria as sociedades ganharem muito com a substituição de costumes confusos e contraditórios por um direito que tem, no seu cerne, a coerência. É claro que há vários mitos nisso. A codificação do direito romano foi relativamente tardia. Na verdade, deu-se em Constantinopla, no reinado de Justiniano, mais de meio século depois de morrer o Império Romano (do Ocidente). O Imperador sediado em Bizâncio mandou uma comissão ler as leis, decretos e as opiniões dos principais jurisconsultos para, com base nisso tudo, estabelecer um código. O código não e portanto, uma forma que prevaleceu em Roma. E, como Justiniano mandou destruir as fontes nas quais seus comissários se nutriram, podemos dizer que o direito romano tal como hoje o conhecemos é, na verdade, pós-romano.”

<sup>11</sup> Veja: Candido Mendes de Almeida. *Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal*. Rio de Janeiro, Typographia do Instituto Philomathico, 1870, pp. XX-XXI.

<sup>12</sup> Leia: António Pedro Barbas Homem. *A lei da liberdade - volume 1: Introdução histórica ao pensamento jurídico. Épocas medieval e moderna*. Cascais, Principia, 2001, pp. 222-223.

<sup>13</sup> Consulte em Clóvis V. do Couto e Silva. "O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro." in *Revista de informação legislativa*, v. 25, n. 97, Brasília, Senado Federal, jan-mar 1988, p. 165: "A partir das Ordenações Afonsinas, Portugal passou a contar com uma legislação unitária e centralizada. A filosofia que impregnou as Ordenações a partir da primeira, as Afonsinas (1446 ou 1447), foi a de coordenar a legislação, dar-lhe a unidade, ao mesmo tempo que se manifestou a decadência do direito local e consuetudinário, mantida pelas

destaca-se a Consolidação das Leis Civis promovida por Teixeira de Freitas, no Império, que foram fontes para as tentativas de codificação no Brasil representadas pelo Esboço de Teixeira de Freitas, pelos projetos de Nabuco de Araújo e Felício dos Santos, pelo projeto de Coelho Rodrigues e pelo projeto de Clovis Bevilacqua.<sup>14</sup>

Além do *Corpus Iuris Civilis* ser um compêndio do Direito romano, ele também representava a jurisprudência latina, assim considerado incluído o Direito canônico, o que explica o apoio da Igreja Romana que o reconhecia e utilizava-o na formação dos seus juristas.

Assim, o Direito romano representava um manancial de fundamentos à disposição do Monarca para que ele pudesse combater as ações dos senhores feudais contra seus interesses, bem como limitar a influência da Igreja diretamente nas decisões.

Independentemente da motivação do Rei Henrique II na estruturação dos tribunais com jurisdições, é fato que a iniciativa representou uma verdadeira revolução, resultando na instituição de uma Justiça do Rei buscada por todos os seus súditos, o que revelou, também, já naquela época, a necessidade de acesso à justiça.

Esse processo impulsionado, especialmente pelo Rei Henrique II, pode ser considerado como o espírito inicial da *Common Law* na medida em que centralizava a Justiça na figura do Rei, que também delegava a decisão para conselheiros, com a organização de tribunais centrais.

É muito interessante constatar, como algumas situações se repetem na história. Como é comum em todo e qualquer processo de estruturação e organização, ao invés de substituir a estrutura existente, utilizou-se do expediente da reforma. Apesar do desejo na centralização dos tribunais, não foram eliminados os tribunais itinerantes, pois não havia como implementar um novo sistema central abandonando a estrutura em funcionamento, além da dificuldade de comunicação e transporte da Idade Média.

---

posteriores Ordenações Manuelinas e Filipinas. O centralismo é, assim, um fenômeno antigo no direito português, não havendo lugar para a discussão a respeito da superioridade do direito costumeiro ou local, pois o direito romano não foi apenas o inspirador da legislação geral portuguesa, mas também importante fonte subsidiária."

<sup>14</sup> Confira: Pontes de Miranda, *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*, Rio de Janeiro, Pimenta de Mello & C., 1928, pp. 103-112.

Dessa forma, o processo de centralização dos tribunais e de acesso à justiça foi paulatino, e o aprimoramento ocorreu por intermédio de reformas em meados do século XIII, que buscavam ampliar o acesso à justiça com a aumento de competência dos tribunais, e com a eliminação da obrigatoriedade de aquisição dos *writs*. Frise-se a eliminação da aquisição dos *writs*, que limitavam muito o acesso à justiça pelo aspecto financeiro. Porém, permanecia a exigência da formalidade da utilização dos *writs* que representavam um rol taxativo de remédios jurídicos, cada um com seus procedimentos específicos, inclusive regras e princípios. A relevância é tamanha que historicamente afirma-se que o *writ* seja a própria *Common Law*.

As reformas revelam-se um instrumento recorrente e útil para a evolução de uma estrutura jurídica. E não foi diferente, já naquela época, servindo de dínamo para que os tribunais centrais ganhassem ainda mais relevância, diante da incapacidade dos tribunais locais e feudais atenderem a forma de julgamento dos litígios que se mostrava eficiente com os tribunais do Rei. Tal estrutura dos tribunais do Rei foi se sofisticando em termos de organização e competência, passando a julgar questões além dos problemas da Coroa.

Naturalmente, a taxatividade e conseqüente inflexibilidade do sistema do *writ* trouxe à tona a fragilidade de não conseguir abarcar todas as soluções para os problemas da época, situação que deu origem a *Equity Law* como uma jurisdição em paralelo à *Common Law*, que, posteriormente, após a sua sistematização é unificada com a *Common Law*, o que explica muitas imprecisões e erros terminológicos, especialmente na classificação desses institutos.

Historicamente, houve um grande aumento de petições endereçadas diretamente ao Rei e ao seu Conselho. Estamos no reinado de Eduardo III (21 de janeiro de 1327 a 21 de junho de 1377) que delega o seu poder jurisdicional para o seu conselheiro mais próximo, denominado *Chancellor*, e para o tribunal conhecido como o *Court of Chancery*, com as instruções de que as decisões deveriam ter por fundamento: “*Honesty, Equity, and Conscience*”. É o início da formação do sistema da *Equity Law* em paralelo ao sistema da *Common Law*, mesmo que inicialmente não tenha sido essa a intenção, pois o *Court of Chancery* apenas tinha a competência para julgar o que não estava na alçada da *Common Law*.<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> Veja o prefácio de Renato Janine Ribeiro in Thomas Hobbes. *Diálogo entre um filósofo e um jurista*, cit., p. 13: “Na Inglaterra como, aliás, em toda a Europa, a questão do contrato é crucial. A common law não o reconhece. Ele começa então a ter guarida no tribunal da Equidade. Ela é uma corte, quase podemos dizer, de exceção, presidida pelo chanceler do reino. Este é o principal ministro do rei, que guarda os selos que autenticam os atos

A doutrina especializada investiga a relevância de cada uma dessas diretrizes: “*Honesty, Equity, and Conscience*”.<sup>16</sup>

A consciência apresenta-se como um conceito preponderante no início do século XVI, destacando-se o reconhecimento nesse sentido da figura de Thomas More como *Chancellor*, na medida em que a consciência se sobrepõe à Lei e à própria vontade do Monarca. Contudo, há grande dificuldade de pesquisa, e conseqüentemente de conceituação, porque os *Chancellors* não escreviam, nem compilavam suas decisões que eram tradicionalmente produzidas oralmente. Efetivamente, o conceito de consciência parece estar relacionado ao fato de se ter conhecimento, na acepção literal da palavra, o que revela a importância da formação jurídica do *Chancellor*.

Entretanto, foi com o Rei Henrique VIII que houve a consolidação do *Court of Chancery* e o avanço da *Equity Law*. O reinado de Henrique VIII (22 de abril de 1509 a 28 de janeiro de 1547) foi marcado pelo início da consolidação da Dinastia dos Tudor, como consequência da vitória do seu pai (Rei Henrique VII) na Batalha de *Bosworth Field* que encerra a Guerra das Rosas, evento considerado por muitos com o termo final da Idade Média. Mas, sem dúvida, foi o rompimento da Igreja da Inglaterra com a autoridade do Papa e com a Igreja Romana, rompimento promovido pelo Rei Henrique VIII, que marca definitivamente a história.

Nesse período a equidade se sobrepõe à consciência, e há um grande avanço na doutrina da *Equity Law* com a publicação da obra “*Doctor and Student*” de Christopher St. German, em 1523, cuja profundidade no estudo da equidade revela a evolução com relação à anterior utilização da consciência<sup>17</sup> como elemento preponderante nos julgamentos.

---

régios; até Thomas Morus, por volta de 1530, todos os chanceleres serão prelados. Eles decidem segundo a sua consciência e não segundo os preceitos, preconceitos ou costumes da common law. Na verdade, a equidade corrige os excessos que o exagerado formalismo do direito costumeiro, assentado nos precedentes, pode gerar. Assim, a equidade introduz um elemento de justiça na Justiça.”

<sup>16</sup> Leiria: António Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust no Direito Civil*, cit., p. 177.

<sup>17</sup> Confira Tercio Sampaio Ferraz Junior, “O trust no Direito Brasileiro”, in *Direito internacional na constituição: estudos em homenagem a Francisco Rezek*. (org. Alceu José Cicco Filho, Ana Flávia Penna Velloso, Maria Elisabeth Guimarães Teixeira Rocha), São Paulo, Saraiva, 2014, pp. 681-682: “Ao contrário da dogmática continental que vê a consciência mediante efeitos objetivos (intenções que se presumem, atos que expressam intenções) e vê o caráter justo das manifestações de consciência como um paradigma moral, a *equity*, ao tomar a consciência como núcleo de seus preceitos, torna propriamente *jurídico* aquilo que é justo (*fair*).”

Entretanto, foi somente com a nomeação do Lord Nottingham como *Chancellor*, em 1675, que houve o início da sistematização da *Equity Law*<sup>18</sup>, que muito posteriormente levou à sua unificação, iniciada em 1833, com a jurisdição da *Common Law*.

Essa síntese histórica é fundamental para demonstrar porque o *trust* é o principal pilar da jurisdição da *Equity Law*.

Compreender como nasceu a *Equity Law* para atender a demanda que não era julgada pela *Common Law*, e sua posterior consolidação como uma jurisdição paralela, revela o *trust* como elemento central da *Equity Law*, cuja diretriz estava voltada para a dimensão patrimonial do Direito<sup>19</sup>.

Segundo A. Barreto Menezes Cordeiro, a *Equity Law* está baseada em quatro institutos: o *trust*, a autonomia privada, a confiança e a reconstituição natural, sendo certo que a autonomia privada, a confiança e a reconstituição natural reforçam o próprio *trust* que é produto resultante desses institutos<sup>20</sup>.

Ressalte-se a flexibilidade da *Equity Law* exatamente para decidir os assuntos que fugiam da rígida competência da *Common Law* e de sua aplicação restrita aos modelos formais, o que não possibilitava a investigação da vontade das partes numa dimensão mais ampla. Portanto, a flexibilidade da *Equity Law* permitia o estabelecimento dessas novas balizas: a autonomia privada, a confiança e a reconstituição natural.

Compreendida a jurisdição na qual que está inserido o *trust*, apresentaremos a sua utilização como instrumento para transferência de propriedade na Idade Média.

A história revela que, naquela época, a riqueza decorria da quantidade de propriedades que compunham o patrimônio de determinada pessoa. Entretanto, era uma época de muitas guerras, e de viagens longínquas e demoradas decorrentes do nascimento de uma dinâmica

---

<sup>18</sup> <https://doi.org/10.26826/law-in-context.v33i1.66> Acesso em: 06 nov. 2021.

<sup>19</sup> Confira: António Barreto Menezes Cordeiro. *Do Trust no Direito Civil*. cit., p. 221.

<sup>20</sup> Vide: António Barreto Menezes Cordeiro. *Do Trust no Direito Civil*. cit., p. 220.

comercial com conflitos marítimos e transnacionais<sup>21</sup>, o que trazia um risco para a proteção desse patrimônio concentrado em propriedades.

Como revela Edward Coke, considerado um dos maiores juristas dos períodos elisabetano e jacobino: “*There were two inventors of uses: fear and fraud; fear, in times of troubles and civil wars, to save their inheritances from being forfeit; and fraud, to defeat due debts, lawful actions, wards, escheats, mortmains*”.<sup>22</sup>

Esse cenário, no início do século XIII, foi a gênese do instituto do *use* que é o precursor do *trust* como apresentaremos a seguir. A etimologia da palavra *use* indica o sentido “em benefício de”, o que demonstra o propósito de estabelecer uma relação de confiança para o uso de direitos transmitidos para uma finalidade específica.

Por exemplo, quando um proprietário de terras viajava, deixava seus bens e propriedades para guarda de outra pessoa mediante acordo de que se não voltasse de viagem, essa pessoa tinha a obrigação de transmitir todos os bens para um beneficiário previamente escolhido.

---

<sup>21</sup> Leia em José Alexandre Tavares Guerreiro, “Equidade em Shakespeare” in *Ele, Shakespeare, visto por nós, os advogados*, organização José Luiz Alquéres, José Roberto de Castro Neves, 1ª. ed., Rio de Janeiro, Edições de Janeiro, 2017, p. 149: “Em grande parte, a emergência da equidade (e bem assim do mercantilismo internacionalista) pode ser vista como um sinal de modernidade, menos por força de decretos superiores de autoridades incontestadas, e mais por exigências das próprias sociedades, plurais e carentes de equilíbrio de uma economia em notável evolução. Faz todo sentido, portanto, essa inclusão da equidade (como força paralela à Common Law) entre os temas que estão na base das composições shakespearianas. A equidade, na vida privada, entre cidadãos, tem sua correspondência com as exigências sociais do Estado. Se se pode assim dizer, é como se uma ‘nova ética’ se vislumbrasse no Ocidente. A intensidade dos costumes, como substrato de um novo direito mercantil (que já vinha se formando, entretanto, desde o século XIII), e bem assim o advento dos tempos modernos, no século XVI denotam, claramente, a existência de um enorme espaço político-jurídico, que a equidade viria a preencher.”

<sup>22</sup> Nossa tradução: “Houve dois inventores do *uses*: medo e fraude; medo, em tempos de problemas e guerras civis, para salvar as heranças de serem confiscadas; e fraude, para anular dívidas vencidas, ações legais, custódia, roubo, hipoteca.” Confira no original: *Chudleigh’s Case in The Reports of Sir Edward Coke, Knt: In Thirteen Parts, Volume 1: In Thirteen Parts, 1826*: <https://books.google.com.br/books?id=9aJZF8utc4C&lpg=PA27-A192&ots=kDAQdcDvivy&dq=Chudleigh%E2%80%99s%20Case%20in%20The%20Reports%20of%20Sir%20Edward%20Coke&hl=pt-BR&pg=PA27-A192#v=onepage&q=Chudleigh%E2%80%99s%20Case%20in%20The%20Reports%20of%20Sir%20Edward%20Coke&f=false> Acesso em: 05 nov. 2021.

Inúmeras eram as situações adotadas para utilização dos *uses*, o que evidencia a relação de confiança que se estabelecia entre o proprietário e a pessoa escolhida para guardar os bens e dar o destino previamente escolhido, caracterizando a figura do fiduciário.

Ressalte-se a confiança como o traço característico dos *uses*, sendo exatamente esse o grande desafio da escolha pelo proprietário, e o natural motivo que gerava litígio quando havia divergência sobre a conduta ou o destino dos bens.

Cumpra aqui destacar que na formação dos *uses*, e posteriormente no *trust*, não há segurança para afirmar que tenha havido influência de institutos do Direito romano (*fideicomissum*, *usufructus* e *depositum*), do direito germânico (*salmann* e *treuhand*) ou do direito islâmico (*waqf*), apesar de muitas especulações, e da natural dificuldade de confirmação pela escassez de fontes e da diferença entre as realidades históricas.<sup>23</sup>

Tamanha foi a utilização dos *uses* que o Rei Henrique VIII concebeu o Estatuto dos Uses (*Statute of Uses*) como uma forma de cobrar taxas sobre as propriedades aumentando a sua arrecadação. Também houve o estabelecimento de uma sanção para os administradores que não tivessem uma atuação ativa quanto aos bens que lhes eram confiados. A sanção invalidava os *uses*, e os beneficiários passavam a ser proprietários, o que resultava na necessidade de pagar impostos quando ocorria essa transferência de propriedade para os beneficiários.

Nada obstante a cobrança das taxas ser uma das causas da rebelião *Pilgrimage of Grace*, a mais séria da Dinastia Tudor, também, diante das limitações impostas pelo *Statute of Uses*, houve o inegável desenvolvimento dos *trusts* como uma alternativa, o que impulsionou as pessoas a utilizarem esse novo instrumento que atendia aos mesmos anseios de se beneficiar do uso da propriedade sem a necessidade de transferência, e, conseqüentemente, sem o pagamento de tributos.

A prática do *trust*, em substituição ao *use*, teve o reconhecimento, e a ampla e profunda aceitação pela *Equity Law* que moldou o instituto ao longo dos tempos com as decisões sobre as questões que eram levadas pelos interessados.

---

<sup>23</sup> Confira a notável pesquisa aprofundada feita por António Barreto Menezes Cordeiro. *Do Trust no Direito Civil*. cit., pp. 333-411.

A partir dessa síntese das razões históricas, e apesar do *trust* estar inserido num sistema jurídico distinto do existente no Brasil, o que, comumente é o motivo da dificuldade de compreensão, percebe-se a maior margem de decisão existente tanto na *Equity Law*, e, por conseguinte no próprio *trust*.

Assim, na *Equity Law*, a interpretação e a decisão podem ir além do Direito positivado. Ou seja, pode prevalecer a intenção do legislador ou o espírito da lei, sem nenhum conflito com a máxima *Equity follows the Law*, diante da possibilidade de complementar a lei, sem substituí-la, sempre com o objetivo de evitar a injustiça (*Equity will not suffer an injustice*) proporcionando uma solução jurídica e jurisdicional específica para o caso concreto (*Equity acts in personam*).<sup>24</sup>

Nesse sentido, como define Tercio Sampaio Ferraz Junior: “Trata-se de uma jurisdição de consciência, que conduz a um modo de atuar essencialmente heterogêneo com respeito às regras e aos princípios do direito codificado. Não se trata de interpretação extensiva, analógica, ou por princípios, mas de uma construção jurisprudencial que tem a consciência como seu núcleo.”<sup>25</sup>

Realmente, há a exaltação ao princípio jurídico: *Ubi jus, ibi remedium*<sup>26</sup>, prestigiando a proteção do direito numa dimensão maior do que unicamente a reparação, para que seja dada a solução mais adequada ao caso concreto.

E nas questões envolvendo o *trust* sempre estarão em destaque as circunstâncias fáticas, ou seja, o que realmente ocorreu para a sua instituição e a sua administração.<sup>27</sup>

---

<sup>24</sup> Confira em Philip H. Pettit. *Equity and the law of trusts*. 12<sup>th</sup>. ed., Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 25-28.

<sup>25</sup> Consulte em Tercio Sampaio Ferraz Junior. “O *trust* no Direito Brasileiro”. *cit.* p. 681.

<sup>26</sup> Tradução livre: “Onde há um direito, há um remédio.”

<sup>27</sup> René David. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. trad. Hermínio A. Carvalho, São Paulo, Martins Fontes, 2002, pp. 388/389, explica: “(...) a *equity* é um conjunto de soluções que foram, principalmente nos séculos XV e XVI, outorgadas pela jurisdição do Chanceler, para completar e eventualmente rever um sistema - o da *common law* —, então bastante insuficiente e defeituoso. (...). O Chanceler nunca pretendeu modificar o direito, tal como fora explicitado e era aplicado pelos tribunais de *common law*. Bem pelo contrário, o Chanceler professa o seu respeito por esse direito: 'A equidade respeita o direito' (*equity follows the law*) é um dos axiomas proclamados pela Chancelaria Contudo, respeitar o direito não implica que se deva negligenciar a lei moral; é em nome desta última que o Chanceler vai intervir. Com efeito, não se admitiria que o *summum jus* resultasse em *summa injuria*.”

Portanto, diante das premissas de fazer Justiça e dar a solução específica para a situação concreta, compreende-se a dimensão da discricionariedade tanto da jurisdição, quanto para a proteção e o atingimento da finalidade de um *trust*.

## **2.2. Elementos e noções estruturais do *trust* como negócio jurídico**

É consenso na doutrina que o *trust* é resultado da *Equity* do direito inglês, posteriormente integrada ao sistema da *Common Law*, sendo essa a primeira grande dificuldade estrutural para os países do sistema da *Civil Law*, na medida em que é um instituto sem previsão em nosso sistema jurídico.

A partir das noções<sup>28</sup> estruturais do *trust* poderemos encadear o raciocínio para a abordagem deste instituto, a explicitação dos seus elementos, e a posterior verificação da sua implicação com o Direito brasileiro.

O primeiro grande desafio de compreensão do *trust* para o sistema da *Civil Law* reside no desconhecimento do sistema jurídico da *Common Law*. Por isso, é tarefa essencial a explicitação dos elementos do plano de existência com a finalidade de aproximar as noções jurídicas.

A doutrina estrangeira explica a estrutura do *trust* a partir dos princípios da *Equity Law*, o que torna compreensível a imensa flexibilidade do instituto na medida em que não está vinculado às limitações sistemáticas da *Common Law*, permitindo a investigação e a demonstração dos elementos subjetivos da vontade das partes, bem como a conduta no cumprimento dos deveres e no cumprimento da finalidade estipulada.

---

<sup>28</sup> Leia os fundamentos da utilização da expressão noções em Eros Grau. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*, 10 ed. refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do direito, São Paulo, Malheiros, 2021. pp. 162-166.

Segundo Frederic William Maitland, considerado o pai moderno da história jurídica inglesa, o *trust* é a maior expressão da *Equity* inglesa: “*Of all the exploits of Equity the largest and the most important is the invention and development of the trust*”.<sup>29</sup>

É assente na doutrina inglesa o conceito de que “um *trust* é uma obrigação equitativa, vinculando uma pessoa (que é chamado de *trustee*) para lidar com a propriedade sobre a qual ele tem controle (que é chamado de *trust property*), para o benefício de pessoas (que são chamadas de beneficiários ou *cestui que trust*<sup>30</sup>), das quais ele mesmo pode ser um beneficiário, e qualquer um dos quais pode fazer cumprir a obrigação.”<sup>31</sup>

Como já destacado acima com a explicação de como surgiu a *Equity Law*, o conceito de obrigação equitativa é estranho para o sistema da *Civil Law*, revelando que “o *trust* conjuga, na verdade, elementos de aspecto real e obrigacional, não sendo possível situá-lo, rigorosamente, no âmbito do direito das coisas nem limitá-lo ao direito das obrigações”<sup>32</sup>, o que realmente é a razão da dificuldade de compreensão diante da rigidez da classificação no Direito brasileiro.<sup>33</sup>

É fundamental destacar que a instituição<sup>34</sup> de um *trust* é um ato unilateral, e assim tem vida própria não dependendo da atuação jurisdicional para a sua realização, guardando estreita relação com a *Equity Law* na forma pela qual é interpretado e aplicado.

---

<sup>29</sup> Veja em Frederic William Maitland. *Equity: Also the Forms of Action at Common Law*. Cambridge, Cambridge University, 1910, p. 23. Tradução livre: “De todas as façanhas da Equity, a maior e mais importante é a invenção e o desenvolvimento do trust.”

<sup>30</sup> Confira em Derek Roebuck. *The Background of the Common Law*. 2th. ed., Oxford, Oxford University Press, 1990, pp. 75–80: *Cestui que trust* é uma versão abreviada de *cestui a que use le feoffment fuit fait*, literalmente, a pessoa para cujo uso / benefício o *feoffment* foi feito. O *feoffment* era ação pela qual uma pessoa recebia terras em troca de uma promessa de serviço. Em termos modernos, podemos traduzir como um beneficiário. É uma frase do direito francês de invenção medieval inglesa, que aparece nas frases jurídicas *cestui que trust*, *cestui que use* ou *cestui que vie*.”

<sup>31</sup> Leia em David Hayton, Paul Matthews, Charles Mitchell. *Underhill and Hayton Law of Trusts and Trustees*. 19<sup>th</sup> ed., Londres, LexisNexis Butterworths, 2018, p.1: “A trust is an equitable obligation, binding a person (called a trustee) to deal with property over which he has control (which is called the trust property) for the benefit of persons (who are called the beneficiaries or cestuis que trust) of whom he may himself be one, and any one of whom may enforce the obligation.”

<sup>32</sup> Consulte em Tercio Sampaio Ferraz Junior. “O *trust* no Direito Brasileiro” *cit.* pp. 689-690.

<sup>33</sup> Como lembra Sylvio Capanema de Souza. “O Código Napoleão e sua Influência no Direito Brasileiro” *in Revista da EMERJ*, v. 7, n. 26, 2004, p. 40: para Teixeira de Freitas “a base de todo o Direito Civil é a distinção entre os Direitos Reais e os Direitos Pessoais.”

<sup>34</sup> Boa parte da doutrina utiliza o termo constituir um *trust*. Por opção linguística, a partir da definição dos léxicos dos verbos constituir e instituir, utilizaremos apenas o verbo instituir por entendermos mais consentâneo com o propósito do instituto do *trust* que tem um ou mais beneficiários, portanto é um instituto jurídico que institui um beneficiário. Contudo, diante das diferentes acepções existentes, é de se reconhecer que instituir e constituir podem

Propositadamente, com o intuito de examinar o *trust* para os países da *Civil Law*, a despeito do Brasil não ser signatário, também faremos uma abordagem da redação da Convenção de Haia sobre a Lei Aplicável a *Trusts* e seu Reconhecimento, que é um tratado multilateral desenvolvido pela Conferência de Haia de Direito Internacional Privado sobre a Lei Aplicável a *Trusts*, concluído em 1º de julho de 1985, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1992, e em setembro de 2017 foi ratificado por 14 países (Austrália, Chipre, Canadá, Hong Kong, Itália, Luxemburgo, Liechtenstein, Malta, Mônaco, Holanda, Panamá, São Marino, Suíça e Reino Unido).

A Convenção de Haia conceitua o *trust*, e apresenta o que denomina de suas características, no art. 2º, abaixo transcrito:

*“For the purposes of this Convention, the term "trust" refers to the legal relationships created - inter vivos or on death - by a person, the settlor, when assets have been placed under the control of a trustee for the benefit of a beneficiary or for a specified purpose.*

*A trust has the following characteristics -*

- a) the assets constitute a separate fund and are not a part of the trustee's own estate;*
- b) title to the trust assets stands in the name of the trustee or in the name of another person on behalf of the trustee;*
- c) the trustee has the power and the duty, in respect of which he is accountable, to manage, employ or dispose of the assets in accordance with the terms of the trust and the special duties imposed upon him by law.*

*The reservation by the settlor of certain rights and powers, and the fact that the trustee may himself have rights as a beneficiary, are not necessarily inconsistent with the existence of a trust.”*

É curioso observar que a tradução desta Convenção para a língua portuguesa existente no *site* da Conferência de Haia de direito internacional privado<sup>35</sup>, realizado pela Universidade

---

ser usados como sinônimos, apesar de algumas acepções do verbo constituir podem ser equívocas, como a constituição de poderes no mandato.

<sup>35</sup> <https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=59> Acesso em: 06 nov. 2021.

Federal do Rio Grande do Sul, sob a coordenação de Claudia Lima Marques e Fabio Morosini, indica o *trust* como sendo um crédito, o que evidentemente é um erro.

A nossa sugestão de tradução é a seguinte:

“Para os fins desta Convenção, o termo ‘trust’ refere-se às relações jurídicas criadas - entre vivos ou por morte - por uma pessoa, o instituidor, quando os bens foram colocados sob o controle de um *trustee* em benefício de um beneficiário ou para um propósito específico.

O *trust* tem as seguintes características -

- a) os ativos constituem um fundo separado e não fazem parte do patrimônio do *trustee*;
- b) a titularidade dos ativos do *trust* fica em nome do *trustee* ou em nome de outra pessoa por conta do *trustee*;
- c) O *trustee* tem o poder e o dever, pelos quais é responsável, para gerir, empregar ou dispor dos ativos de acordo com os termos do *trust* e dos deveres especiais que lhe são impostos por lei.

A reserva pelo instituidor de certos direitos e poderes, e o fato de que o *trustee* pode ter direitos como beneficiário, não são necessariamente inconsistentes com a existência de um *trust*.”

Na Convenção de Haia, o *trust* é indicado como sendo uma relação jurídica estabelecida por ato, em vida ou pela morte, por uma pessoa denominada *settlor*, que é o instituidor, quando bens são confiados para controle de uma pessoa denominada *trustee*, cujo propósito é beneficiar uma ou mais pessoas, ou para a consecução de um objetivo específico.

Antes de verificarmos o entendimento da doutrina sobre o *trust*, e as denominadas características indicadas na própria Convenção de Haia, podemos constatar que essa relação jurídica é um ato unilateral, que se aperfeiçoa com uma única manifestação de vontade, porém receptício na medida em que a declaração de vontade tem que se tornar conhecida para produzir efeitos.

Nesse aspecto, é relevante destacar a autonomia privada como o elemento fundamental para a existência do *trust*. Basta a vontade qualificada do instituidor para a criação de um *trust*.

Essa declaração de vontade tem uma finalidade específica, qualquer que seja ela, com modo, termo, condição ou encargo, ou nenhum desses elementos. Pode ser simplesmente a destinação dos bens que compõem o *trust* para uma pessoa a partir de um evento qualquer como, por exemplo, o atingimento de uma idade do beneficiário, ou uma obrigação de administração do *trustee* para os estudos de determinada pessoa como beneficiário.

É interessante observar que na redação da Convenção de Haia foram utilizados dois conceitos para a mesma situação. Foram utilizados os conceitos de bens, e de ativos, para exprimir o objeto envolvido na instituição do *trust*, o que também analisaremos sob a perspectiva do patrimônio.

As hipóteses para instituição de um *trust* são ilimitadas, e podem representar múltiplas circunstâncias que atendam a vontade declarada da pessoa que o institui, lembrando novamente a lição de Maitland que considera o *trust* “um instituto de grande elasticidade e generalidade; tão elástico, tão geral quanto o contrato.”<sup>36</sup>

A propósito dessa menção ao contrato, um pouco mais adiante exploraremos a questão da natureza jurídica do *trust* e a forma da sua instituição.

Ainda, é fundamental destacar que a figura do *trustee*, escolhido e designado pelo instituidor (*settlor*), atua numa relação de confiança, assumindo a obrigação de atingir a finalidade para a qual houve a instituição do *trust* e foram transferidos bens e direitos.

A partir dessas noções estruturais, tanto no direito inglês, quanto na convenção internacional, faremos a análise do *trust* como um negócio jurídico, por ser essa a noção jurídica desse instituto no Direito brasileiro.

---

<sup>36</sup> Veja em Frederic William Maitland. *Equity: Also the Forms of Action at Common Law. cit.*, p. 23: "is an 'institute' of great elasticity and generality; as elastic, as general as contract."

As denominadas características pontuadas pela Convenção de Haia, na verdade são elementos<sup>37</sup>, pois estão conectados com o plano da existência do negócio jurídico, diferentemente dos requisitos que dizem respeito ao plano da validade<sup>38</sup>.

A propósito dos planos do negócio jurídico, como explicado por Antônio Junqueira de Azevedo, Pontes de Miranda mencionou em sua extensa doutrina que o negócio jurídico tem “três momentos”, dedicando-se aos aspectos da inexistência, invalidade e ineficácia, como em larga medida vinha sendo estudado também no estrangeiro.<sup>39</sup>

Um dos méritos do estudo de Antônio Junqueira de Azevedo foi tratar do negócio jurídico pelo ângulo da estrutura. Outro mérito foi apresentar uma sistematização desses três planos do negócio jurídico pela vertente positiva: existência, validade e eficácia.

Dessa forma, segundo a doutrina de Antônio Junqueira de Azevedo, no plano da existência do negócio jurídico, considerado o âmbito do direito privado, encontram-se os elementos gerais, os elementos categoriais, subdivididos em inderrogáveis e derogáveis, e os elementos particulares. Elemento do negócio jurídico é tudo aquilo lhe confere existência no direito.<sup>40</sup>

Os elementos gerais são aqueles sem os quais nenhum negócio jurídico existe. São necessários. Podem ser intrínsecos ou extrínsecos. Os intrínsecos são: forma, objeto e circunstâncias negociais. Os extrínsecos, também são pressupostos: agente, lugar e tempo.

Os elementos categoriais são revelados pela análise doutrinária da estrutura normativa de cada categoria do negócio jurídico. Não resultam da vontade das partes, mas da ordem jurídica. Os elementos categoriais, subdivididos em inderrogáveis, que captam a essência de determinado tipo negocial (*essentialia negotii*), e derogáveis, que resultam da natureza de um

---

<sup>37</sup> Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, 3 ed., São Paulo, Saraiva, 2000, p. 6, ensina: “Elemento é tudo aquilo de que algo mais complexo se compõe.”

<sup>38</sup> Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, cit., p. 6, continua: “requisitos (de *requirere*, requerer, exigir) são condições, e exigências, que se devem satisfazer para preencher certos fins.”

<sup>39</sup> Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, cit., p. V.

<sup>40</sup> Toda a descrição da doutrina de Antônio Junqueira de Azevedo é uma paráfrase da obra seminal *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*.

tipo negocial que pode ser afastado pela vontade das partes, sem que o negócio mude de figura (*naturalia negotii*).

E, por fim, os elementos particulares, que fazem parte integrante do negócio jurídico, sem pertencerem à estrutura típica do negócio (*accidentalia negotii*).

Serão essas as diretrizes que nos permitem afirmar que as denominadas características pontuadas pela Convenção de Haia, na verdade são elementos.

Constatamos que esses elementos estão diretamente relacionados com o patrimônio, pois no caso do *trust*, os bens constituem um fundo separado do patrimônio do *trustee*. Assim sendo, a titularidade dos bens do *trust* fica em nome do *trustee* ou de outra pessoa por conta do *trustee*.

Nesse ponto relativo ao patrimônio, tema que será aprofundado mais adiante, percebe-se um sentido equívoco na redação do dispositivo da Convenção na medida em que afirma que os ativos não fazem parte do patrimônio do *trustee*. O fato de constituir um fundo separado, elemento inderrogável para o *trust*, não significa que os ativos não fazem parte do patrimônio do *trustee*. Verdadeiramente o *trustee* é o titular desse patrimônio, sendo a transmissão dessa titularidade um elemento inderrogável do *trust*.

Ainda, a Convenção de Haia, indica como elemento inderrogável do *trust* que o *trustee* tem o poder e o dever, em relação ao qual ele deve prestar contas, de gerenciar, empregar ou dispor dos bens de acordo com os termos do *trust* e com os deveres específicos impostos a ele por lei, o que caracteriza uma verdadeira relação de confiança, tema que também será abordado.

E finalmente, a Convenção esclarece ressalvando que a reserva de alguns direitos e poderes pelo instituidor (*settlor*) do *trust*, e o fato do *trustee* poder ter direitos como um beneficiário, não são necessariamente inconsistentes com a existência do *trust*, apresentando-se, portanto, como elementos derogáveis.

Para a instituição do *trust* deve ser definida qual será a sua diretriz de gestão, se discricionário ou não discricionário, ou seja, se houver o atributo da discricionariedade

significará uma liberdade plena para o *trustee* na gestão para que se atinja a finalidade para a qual o *trust* foi instituído, situações essas que se caracterizam como elementos gerais.

Dessa forma, são discricionários os *trusts* que são estruturados permitindo a liberdade na gestão dos bens confiados para a finalidade que foram instituídos. Isso ocorre quando o instituidor (*settlor*) do *trust* tem muita confiança na capacidade do *trustee* para gerenciar os bens que foram confiados. A discricionariedade ocorre mesmo quando há orientações gerais para gestão dos bens confiados, mas deixa as especificidades da gestão ao exclusivo critério do *trustee*. Podemos citar como exemplo, a pessoa que instituiu um *trust* com a finalidade de financiar e administrar a educação de um filho, menor de idade. Na hipótese de um *trust* discricionário, caberá ao *trustee* determinar o que representa uma oportunidade educacional para o beneficiário, evidentemente atentando-se para as especificidades, tais como a vocação, que surgirão somente com o crescimento do menor de idade. Ou seja, o *trustee* poderá autorizar a liberação de financiamento para participação de diversos programas de estudos para a educação e aprimoramento do conhecimento do beneficiário, usando o *trust* para o que for necessário para atingir essa finalidade, tais como matrículas, mensalidades, viagens, livros, enfim, tudo que estiver relacionado para que o propósito seja alcançado com o maior êxito possível.

Nessa gestão discricionária haverá flexibilidade nos usos dos bens destinados para instituição do *trust*, podendo haver uma variação do apoio financeiro destinado aos beneficiários durante um determinado período. Portanto, o *trustee* poderá optar por conceder ao beneficiário um aumento nos subsídios mensais, com base na necessidade. Por outro lado, o *trustee* poderá diminuir os subsídios mensais, se houver suspeita de que o beneficiário não está dando o destino adequado para os subsídios.

De forma diferente ocorre quando o *trust* não é discricionário, ou seja, o *trustee* deve seguir à risca a finalidade proposta e a maneira pela qual ela será implementada, o que já estará previsto no instrumento de instituição do *trust*. Nessas hipóteses de *trust* não discricionário há uma evidente limitação dos poderes do *trustee*.

Há ainda um instrumento bastante utilizado no *trust*, e geralmente acompanha um *trust* discricionário, que é a *letter of wishes* que consubstancia o desejo do *settlor* endereçada ao

*trustee* de como *trust* deveria ser administrado, com instruções e informações adicionais para a gestão dos bens. Apesar do *trustee* não ter o dever de seguir as recomendações, a *letter of wishes* é útil como elemento de interpretação do ato de instituição do *trust*, ou seja, ajuda na interpretação de alguma situação dúbia que possa surgir no cumprimento da finalidade pela qual o *trust* foi instituído. A *letter of wishes* também pode estar acompanhada de um testamento quando há alguma correlação da morte do *settlor* com a finalidade do *trust* ou a ocorrência de um evento. A *letter of wishes* não se confunde com o testamento como disposição de última vontade legalmente reconhecida, porém pode ser um guia essencial para deixar clara a intenção da instituição do *trust*, tal e qual o testamento, a *letter of wishes* pode ser modificada, e pode ser feita por instrumento particular ou público. A *letter of wishes* é um elemento derogável.

O *trustee* pode ser uma pessoa física ou uma pessoa jurídica, como, por exemplo, uma instituição financeira, o que tem ocorrido com grande êxito em diversos países como teremos a oportunidade de aprofundar mais adiante, inclusive tratando do tema relevante relacionado à responsabilidade do *trustee*.

Ainda, a título de exemplo, poderá ser instituído um *trust* cuja finalidade seja atender todas as despesas e investimentos de uma família. Dessa forma, concentram-se e são destinados bens para instituição do *trust*, sendo todos os membros da família indicados como beneficiários.

Dessa forma, a gestão dos bens permite que o *trustee* cuide da administração de todos os imóveis, por exemplo, e destine uma renda suficiente para pagamento de todas as despesas por um determinado período, conforme a finalidade indicada.

É interessante notar que no direito comparado esse negócio jurídico pode ter outros elementos, como a figura do *protector*, que é uma quarta pessoa nessa relação jurídica, além do *settlor*, *trustee* e beneficiário, cuja função é zelar, proteger, para que a gestão do *trust* atinja o seu propósito, inclusive nas hipóteses de substituição do *trustee*, o que também pode ocorrer de forma imotivada e ilimitada por desejo do *settlor*. A figura do *protector* é um elemento derogável.

A função do *protector* é ampla no sentido de opinar sobre a gestão do *trustee*, podendo, inclusive, realizar uma supervisão, e condicionar ao seu consentimento determinadas ações do

*trustee*, com poderes a serem definidos que podem ser de incluir e excluir beneficiários, tudo em decorrência de uma relação que também pode ser considerada de confiança, pois o *settlor* pode revogar o *protector* a qualquer tempo, confiança que também será investigada dentro das esferas de interesses de todos os envolvidos nessa relação jurídica.

As possibilidades com o *trust* são infinitas, cumprindo destacar que podem ser instituídos em caráter revogável ou irrevogável, o que são elementos gerais desse negócio jurídico.

Logo, o *trust* revogável permite que o *settlor*, sem precisar motivar, resolva simplesmente reverter o negócio jurídico, determinando a revogação do *trust*, razão pela qual o patrimônio retornará para a sua titularidade.

Diferentemente ocorre com o *trust* irrevogável, que representa uma situação irreversível, pois não há como reverter o negócio jurídico, sendo certo que o *settlor* não tem o direito de se arrepender e reverter a transferência do patrimônio realizada.

Resta evidente a segregação do patrimônio como um elemento inderrogável do *trust*, que teremos a oportunidade de tratar com profundidade adiante, com o detalhamento sobre as eventuais consequências.

Portanto, independentemente das inúmeras finalidades que possam motivar a instituição de um *trust*, ele pode mesclar todos esses atributos, apresentando-se como um *trust* discricionário e revogável, ou um *trust* não discricionário e revogável, ou um *trust* discricionário e irrevogável, ou um *trust* não discricionário e irrevogável.

Ainda, há a possibilidade de extinção de um *trust*, que não se confunde com a revogabilidade. Tal situação está intrinsecamente relacionada com o *trustee* que pode manifestar ausência de interesse em continuar gerindo o *trust*, e se não houver a previsão de sua substituição no ato de instituição do *trust*, haverá uma antecipação da disponibilização do patrimônio para os beneficiários que foram indicados, podendo haver uma ordem de beneficiários, bem como o próprio *settlor* pode ser beneficiário.

Logo, verifica-se a necessidade de que um *trust* tenha a presença do *settlor*, do *trustee* e do beneficiário para que se concretize a declaração de vontade unilateral do *settlor* que destina bens e direitos que formam um patrimônio separado.

Sem dúvida, com a declaração de vontade unilateral do *settlor*, concretiza-se um negócio jurídico unilateral, pois é evidente a manifestação de vontade qualificada que se destina a criar uma relação jurídica com a instituição do *trust*, bem como um liame obrigacional para o *trustee* com a transferência de bens e direitos em função da existência de uma finalidade e de beneficiário.

Como ensina Renan Lotufo, “etimologicamente, negócio jurídico não significa um único ato, mas um conjunto de atividades: *nec + otium*, que se pode traduzir por não ócio. No campo do Direito o conceito se referia, inicialmente, ao conjunto de atividades que satisfaz interesses predominantemente patrimoniais, como se pode ver de Savigny.”<sup>41</sup>

Assim, expostas as noções estruturais do *trust*, restaram identificados os seguintes elementos que estão presentes no *trust*: a vontade qualificada do instituidor, a transferência de bens e direitos com finalidade e beneficiário indicados, o patrimônio separado, e a relação de confiança estabelecida com o *trustee*.

Identificados tais elementos, deveremos proceder, segundo o Direito brasileiro, a classificação deles como elementos gerais, categoriais e particulares, e proceder a investigação dos princípios da autonomia privada, da autonomia patrimonial, e da boa-fé, com a finalidade de identificar se o *trust* pode ser enquadrado como negócio jurídico.

### **2.3. A natureza jurídica do *trust***

Após a indicação dos elementos do *trust*, se faz necessário explicitar a sua natureza jurídica em busca da essência do negócio do ponto de vista estrutural para uma possível caracterização do instituto jurídico do *trust* no Direito brasileiro.

---

<sup>41</sup> Renan Lotufo. *Código Civil comentado : parte geral (arts. 1º a 232)*, volume 1, 3. ed., E-book, São Paulo, Saraiva, 2016, p. 249.

Evidentemente que sendo o *trust* um instituto jurídico do sistema da *Common Law*, a primeira crítica, passível de ser lançada, seria a impossibilidade de classificar a natureza jurídica do *trust* em face da diferença das noções existentes no sistema da *Civil Law*.

Entretanto, como bem ressalta A. Barreto Menezes Cordeiro, “o cientista do Direito, quando confrontado com uma realidade desconhecida, não deve partir da sua negação, por muito evidente que esta possa parecer.” Por isso, a tarefa de buscar a essência deste negócio jurídico é fundamental.

Nesse sentido, é descabido confundir a natureza jurídica do *trust*, com as relações jurídicas entre as pessoas que participam dele, tais como *settlor*, *trustee*, beneficiários, *protector*.

É descabido porque seria estabelecido um raciocínio inverso, a partir das consequências, quando a análise deve ser feita a partir da essência.

Na doutrina de A. Barreto Menezes Cordeiro há a identificação das três certezas do *trust*: 1) a intenção de constituir o *trust* deve ser clara; 2) o bem ou os bens que compõem o *trust* devem ser identificáveis; 3) o propósito ou os beneficiários abrangidos devem, igualmente, ser identificáveis.<sup>42</sup>

Sobre a segunda certeza acima elencada: o bem ou os bens que compõem o *trust* devem ser identificáveis; o próprio A. Barreto Menezes Cordeiro demonstra que o correto é classificar o objeto do *trust* como sendo direitos, portanto, mais amplo do que bens, porque assim é a noção jurídica de direitos que inclui a propriedade e todas as relações jurídicas a partir dela.

Nada obstante o debate na doutrina inglesa sobre a definição do *trust*<sup>43</sup>, pontuamos, com base no nosso sistema da *Civil Law*, que um *trust* tem origem a partir de uma declaração unilateral de vontade. Essa é a sua estrutura.

---

<sup>42</sup> Antônio Barreto Menezes Cordeiro. *Do Trust no Direito Civil. cit.*, p. 436.

<sup>43</sup> Veja em Philip H. Pettit. *Equity and the law of trusts. cit.*, p. 23: “No one has succeeded in producing a wholly satisfactory definition of a trust, although the general idea is not difficult to grasp.”

Portanto, não se trata de um contrato, porque não há bilateralidade. Basta a vontade do instituidor para que o *trust* tenha existência.

E a despeito de ser fundamental a atividade do *trustee*, há situações que o *trust* tem origem sem a indicação do *trustee*, indicação essa que é feita posteriormente, num segundo ato, o que somente reforça a noção de que todas as relações jurídicas que nascem do *trust*, nascem a partir de uma declaração unilateral de vontade. Ou seja, uma relação jurídica obrigacional com o *trustee* de natureza contratual ocorre como consequência da instituição do *trust*, que é uma declaração unilateral de vontade.

Nesse aspecto, o *trust* aproxima-se muito do fideicomisso, especialmente quando estamos tratando de um *trust* que venha ser instituído a partir da morte do *settlor*, ou seja, não por ato *inter vivos*, mas *causa mortis*. Nessa hipótese, tem a identidade de ser uma disposição de última vontade, mas sem a identidade com relação às funções desempenhadas pelo fiduciário e pelo *trustee*. Como vimos, mesmo em *trusts* não discricionários, o *trustee* tem uma atuação infinitamente mais ampla do que um fiduciário, que não pode agir além do que está expressamente determinado no fideicomisso.

Inegavelmente tendo a instituição do *trust* a estrutura de uma declaração unilateral de vontade qualificada, podemos explicitar e classificar a sua natureza jurídica como sendo um negócio jurídico unilateral.

De início, cumpre enfrentar um aspecto muito interessante que é resultado de uma das soluções de países do sistema da *Civil Law* para inclusão de instituto similar ao *trust* em seus ordenamentos jurídico. A solução preconizada por muitos países introduz o *trust* como um contrato.

Adiantamos essa discussão porque efetivamente nos parece adequado o aprofundamento antes de prosseguir a fim de evitar dúvida ou confusão sobre o nosso entendimento de que o *trust* não é um contrato.

Porém, se for constatada a impossibilidade de inserção do *trust* no Direito brasileiro exatamente da mesma forma como ele funciona no sistema da *Common Law*, devemos investigar se é possível a inserção de uma nova espécie de contrato que contenha todos os elementos gerais e inderrogáveis do *trust*, e cumpra a mesma função.

Como destacamos, as hipóteses para instituição de um *trust* são ilimitadas, e podem representar múltiplas circunstâncias que atendam a vontade declarada da pessoa que o institui, razão pela qual é extremamente perspicaz a afirmação de Maitland que considera o *trust* “um instituto de grande elasticidade e generalidade; tão elástico, tão geral quanto o contrato.”<sup>44</sup>

Quando Maitland afirma que o *trust* é “tão elástico, tão geral quanto o contrato”, certamente o faz com o conhecimento da noção da autonomia privada e da liberdade contratual que permitem aos contratantes uma ampla permissividade de pactuação de direitos e obrigações.

Todavia, não é dessa forma que o *trust* se desenvolveu ou tem a sua dinâmica no sistema da *Common Law*, como já vimos na necessária introdução da origem histórica e das noções da estrutura. O papel da *Equity* e dos precedentes, que foram moldando o *trust* ao longo dos séculos, dão os contornos em parâmetros distintos do nosso sistema da *Civil Law* muito dependente do Direito positivado.

A ampla possibilidade e discricionariedade para determinar a solução pelo sistema da *Common Law*<sup>45</sup> é marcante na distinção do *trust* como um instituto sem precedentes para o nosso sistema da *Civil Law*, sistema que tem amarras para o magistrado aplicar o Direito a partir

---

<sup>44</sup> Veja em Frederic William Maitland. *Equity: Also the Forms of Action at Common Law. cit.*, p. 23: "is an 'institute' of great elasticity and generality; as elastic, as general as contract."

<sup>45</sup> António Pinto Monteiro, “Breves reflexões em torno do princípio da boa-fé.”, *Revista do Advogado*, ano XLI, nº 151, São Paulo, AASP, setembro 2021, p. 31: “Todavia, talvez por excessiva dependência ou tributo ao dogma da vontade, a afirmação de tais obrigações filia(va)-se ainda na vontade: se não numa vontade expressa, ao menos numa dita vontade ‘tácita’, quantas vezes mera ficção. Assim se procura(va) legitimar um processo de decisão que, no fundo, se justifica, frequentemente, por razões objectivas, máxime pelo *princípio da boa-fé*. A esta atitude do Direito continental corresponde, no ‘common law’, a técnica dos *implied terms*: por interpretação, os juízes ‘extraem’ do contrato cláusulas que estão lá ‘implícitas’, umas vezes explicitando ou desenvolvendo uma intenção que as partes tiveram efetivamente, outras vezes indo mesmo além disso, acrescentando cláusulas em conformidade com a intenção que as partes teriam tido, se houvessem pensado nisso, ou, em qualquer caso, deveriam ter tido, à luz da justiça e lealdade. Assim se ultrapassa o domínio do consentimento negocial, graças a estas ‘cláusulas implícitas’, quer com base no direito objetivo ou nos usos, quer a partir do caso concreto, sob controle judicial.”

do que está positivado no ordenamento jurídico, com claras limitações de interpretação que impedem determinar uma solução diferente do que foi prescrito na norma sob pena de violar a competência constitucional do Poder Legislativo.

Bastaria citar a hipótese do *constructive trust*, quando o Poder Judiciário Inglês, diante de um prejuízo evidenciado para um beneficiário, interfere num *trust* definindo uma nova situação, o que pode ser considerado como um *trust* implícito, criado no seio da Justiça, e não pelo *settlor*, o instituidor original.<sup>46</sup>

Explicitando a distinção entre os sistemas, o magistrado do sistema da *Civil Law* somente está autorizado a utilizar a equidade, como último recurso integrativo, quando há uma lacuna jurídica normativa, conforme estabelece o art. 4º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, ou nos casos previsto em lei como determina o parágrafo único do art. 140 do Código de Processo Civil.

Ainda como distinção, no sistema da *Common Law* há a investigação da intenção das partes para eventual sobreposição do que foi escrito, o que é algo quase inimaginável na prática do direito do sistema da *Civil Law* que sempre reservou essas situações para questões excepcionais, como os defeitos do negócio jurídico, muitas vezes com a dificuldade da prova quase diabólica.

Contudo, não se perca de vista, a despeito de não alterar o quadro geral até aqui exposto, que a denominada lei da liberdade econômica (Lei nº 13.874, de 2019) promoveu diversas alterações, entre elas a inserção de novos parâmetros para a interpretação do negócio jurídico nos parágrafos primeiro e segundo do art. 113 do Código Civil<sup>47</sup>, com especial destaque

---

<sup>46</sup> António Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust no Direito Civil*, cit., p. 666.

<sup>47</sup> § 1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que: (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)  
I - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio; (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio; (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

III - corresponder à boa-fé; (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

IV - for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável; e (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

para o inciso V, do §1º, que estabelece que “a interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração.”

Como demonstramos, a distinção é marcante entre o sistema da *Common Law* e da *Civil Law* com relação aos poderes do juiz, razão pela qual podemos compreender a afirmação de Maitland no sentido de que o *trust* é “tão elástico, tão geral quanto o contrato” também, e especialmente, na dimensão do tratamento dispensado ao *trust* pelos tribunais ingleses que construíram as balizas jurídicas do instituto ao longo dos séculos.

Finalmente, é interessante observar como a redação da Convenção Internacional de Haia foi sábia ao não indicar a natureza jurídica do *trust*, certamente conferindo a liberdade necessária para que cada país do sistema da *Civil Law* possa apresentar a solução que não conflite e tenha harmonia com o seu respectivo Direito.

Logo, a partir dessa premissa que um *trust* é um negócio jurídico unilateral cumpre investigar se esse negócio está lastreado numa relação de fidúcia, e qual a sua implicação para a natureza jurídica do instituto e a verificação da possibilidade de enquadramento como negócio jurídico fiduciário no Direito brasileiro.

#### **2.4. O trust e a *fiducia romana***

A verificação do enquadramento do *trust* como um negócio jurídico fiduciário remete, necessariamente, para a investigação da *fiducia romana*, no sentido de compreender se esta representaria a base ou influência para o *trust*.

Isso decorre do fato de que a relação de confiança é um elemento nuclear do *trust*<sup>48</sup>, o que importa que ela sempre esteja presente, mesmo que em qualquer outra solução que se possa dar para inclusão de instituto análogo ao *trust* no sistema da *Civil Law*.

---

§ 2º As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

<sup>48</sup> Confira em Orlando Gomes. “Contrato de Fidúcia (Trust)”. in *Revista Forense*, vol. 211, Rio de Janeiro, jul./set., 1965, p. 12: “O negócio baseava-se, portanto, puramente na confiança, já que a restituição, pelo Direito comum,

A *fiducia* romana é mencionada de maneira uníssona por todos os civilistas porque representa um marco fundamental de uma nova forma de garantia no Direito romano, servindo de base para algumas das garantias que temos atualmente, tais como a penhora, hipoteca e alienação fiduciária.<sup>49</sup>

A importância da inovação implementada no Direito romano decorre do acréscimo da atividade comercial romana da época<sup>50</sup>, e do fato de que o inadimplemento era sancionado exclusivamente na figura da pessoa humana. A possibilidade de pagamento de uma dívida decorria exclusivamente da promessa do devedor que respondia pessoalmente chegando até a escravidão. Com a abolição da escravidão como garantia pela *Lex Poetelia Papiria de Nexis*, surgiu a necessidade de se obter uma nova garantia.

Como ensina Sílvio Meira, “De acordo com os princípios do antigo direito romano, quando o devedor queria garantir a obrigação, transferia a propriedade de um bem para o credor, por meio de uma *mancipatio* ou de uma *in jure cessio*, acrescentando à mesma um pacto, por força do qual o credor se comprometia a devolver o bem oferecido em garantia, desde que fôsse paga a dívida. Esse pacto chamava-se *pactum fiduciae*.”<sup>51</sup>

A promessa do devedor passou a ter um novo elemento: a transferência de um bem como garantia de que a dívida seria paga. Assim se aperfeiçoava a *fiducia* de forma muito eficiente para o credor, porque se a dívida não fosse paga ele já estava com um bem de valor equivalente para recompor o seu patrimônio ou negociá-lo. Se fosse paga a dívida, o credor teria a obrigação de restituir o bem.

---

era judicialmente inexigível. Mas, pela *equity*, o dever de consciência comportava cumprimento coativo. O transmitente era considerado titular de direito fundado na equidade (*equitable right*), podendo, por conseguinte, apelar para a Corte da Chancelaria a fim de constranger o fiduciário a devolver os bens. Podia obter mandado *sub poena*, pelo qual se procedia ao sequestro dos bens, ordenada a prisão do fiduciário em caso de retenção”.

<sup>49</sup> Confira em Paulo Restiffe Neto, Paulo Sérgio Restiffe. *Garantia fiduciária: direito e ações : manual teórico e prático com jurisprudência*. 3ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 21: “A fidúcia, instituto jurídico que repousa exclusivamente na lealdade e honestidade de uma das partes, o fiduciário, correspondente, por isso mesmo, à boa-fé e confiança nele depositada pela outra parte, o fiduciante, tem a sua origem no direito romano, que a hauriu na Lei das XII Tábuas, vindo a ser encontrada em textos interpolados no Digesto.”

<sup>50</sup> António dos Santos Justo. *A "Fictio iuris" no direito romano : Actio Ficticia : época clássica*, Coimbra, Gráfica de Coimbra, 1988, p. 457

<sup>51</sup> Confira em Sílvio Augusto de Bastos Meira, *Instituições de direito romano*, 4ª. ed., São Paulo, Editora IASP, 2017, p. 307.

Logo, o *pactum fiduciae* representa um elemento inderrogável da *fiducia* romana porque continha todos os detalhes principais do pacto, ou seja, a forma e quando haveria a restituição do bem, além de constar para qual finalidade a *fiducia* era realizada.<sup>52</sup>

Historicamente, surgiram duas espécies de *fiducia* romana: a *fiducia cum amico* e a *fiducia cum creditore*. A diferença reside no propósito da transferência do bem. A *fiducia cum amico* tinha por objetivo a proteção de um bem, por isso a transferência para um amigo que cuidaria do bem contra qualquer ameaça de terceiros, tendo o amigo a obrigação de restituir o bem<sup>53</sup>. A *fiducia cum creditore*, por sua vez, tinha por objetivo que o bem servisse de garantia por uma obrigação assumida.<sup>54</sup> Mesmo sendo totalmente distintos os propósitos, ambas as espécies de *fiducia* romana atuavam para o fim a que se determinou o seu uso. Apesar da divergência na doutrina<sup>55</sup>, o *pignus* e a *hypotheca* se tornaram mais usuais à época, o que teria

---

<sup>52</sup> António dos Santos Justo, *A "Fictio iuris" no direito romano : Actio Ficticia : época clássica*, cit., pp. 454-455.

<sup>53</sup> Verifique em Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 4º v., 19ª ed., São Paulo, Saraiva, 2004, p. 543: “No direito romano já se conhecia o negócio fiduciário sob as figuras da *fiducia cum amico* e da *fiducia cum creditore*. A *fiducia cum amico* era tão somente um contrato de confiança e não de garantia em que o fiduciante alienava seus bens a um amigo, com a condição de lhe serem restituídos quando cessassem as circunstâncias aleatórias”.

<sup>54</sup> Examine em José Carlos Moreira Alves, *Direito Romano*, 17. ed., Rio de Janeiro, Forense, E-book, 2016, p. 334: “A garantia real mais antiga que se encontra no direito romano é a *fiducia cum creditore*. A *fiducia cum creditore* era um negócio jurídico pelo qual o devedor, ao transferir a propriedade (por meio da *mancipatio* ou da *in iure cessio*) de uma coisa infungível ao credor, visando a garantir-lhe o cumprimento de uma obrigação, convencionava com este, por um pacto (os romanistas o denominam *pactum fiduciae*) a restituição da coisa, quando extinta a relação obrigacional. Assim sendo, não era a *fiducia cum creditore* um direito real sobre coisa alheia. Com efeito, a coisa dada em garantia do cumprimento da obrigação passava para a propriedade do credor; extinta a obrigação, o credor devia restituí-la, em virtude do *pactum fiduciae*, ao devedor.”

<sup>55</sup> Veja em Nestor José Forster, “O negócio fiduciário”, in *Revista Forense*, vol. 216, p. 11-12: “Mesmo após o aparecimento dos institutos da hipoteca e do penhor, a fidúcia continuou em uso franco em Roma, especialmente a *fiducia cum creditore*, porque dava maiores garantias ao credor, já que este se tornava verdadeiro proprietário. Havia apenas a limitação do *pactum fiduciae*, pelo qual o fiduciário obrigava-se a restituir a coisa, no momento do resgate da dívida garantida, ao fiduciante. Tinha, portanto, a fidúcia, dois aspectos: o real, pelo qual o fiduciário se tornava autêntico proprietário, e o obrigacional, pelo qual o fiduciário se comprometia a restituir a coisa, resolvido o contrato. Se se negasse a restituí-la, tinha o fiduciante (antigo proprietário) apenas direito à indenização, não lhe cabendo exigir a restituição da própria coisa, embora assim se ajustasse pelo *pactum fiduciae*. Ressalte-se que a transferência de propriedade, no negócio fiduciário romano, não implicava necessariamente na transmissão da posse. Esta poderia continuar com o devedor, ‘uma vez que nem a *mancipatio* nem a *in iure cession* exigiam a passagem da posse.’”

Leia posição divergente em Darcy Bessone, *Direitos reais*, São Paulo, Saraiva, 1988, p. 452: “A fidúcia acabou por ser proscribida no direito romano, em decorrência dos abusos que foram cometidos. Foi retomada no século XIX, por Regelsberg, que trouxe a lume o chamado negócio fiduciário do tipo germânico. Neste, ao contrário do negócio fiduciário romano, temos a transferência do domínio do devedor ao credor, como garantia da dívida, resolvendo-se o negócio pelo pagamento da dívida.”

E também José Carlos Moreira Alves, *Direito Romano*, cit., p. 336: “Mesmo depois de criada a hipoteca, a *fiducia cum creditore* e o penhor continuaram a ser utilizados em Roma como garantia real. Mas a *fiducia* caiu em desuso no decorrer dos séculos IV e V d.C., com o desaparecimento da *mancipatio* e da *in iure cessio*, às quais se apunha o *pactum fiduciae*. Já o penhor subsistiu ao lado da hipoteca até o tempo de Justiniano, embora tenha sofrido fortemente a influência desta: assim, princípios da hipoteca passaram para o penhor, além do que este lhe tomou de empréstimo a ação real que a tutelava.”

sido a razão pela qual não há menção da *fiducia* no *Corpus Iuris Civilis*<sup>56</sup>, tendo havido o seu registro sido descoberto posteriormente nas *Institutas* de Gaius<sup>57</sup>.

As *Institutas* de Gaius foram redigidas aproximadamente no ano 161 d.C., e se constituem numa exposição completa dos elementos do Direito romano clássico. Contudo, somente em 1816 que as *Institutas* de Gaius foram descobertas pelo historiador Barthold Georg Niebuhr em Verona. Posteriormente em 1927, houve a publicação de três fragmentos, descobertos no Egito, de uma cópia das *Institutas* de Gaius escritos num papiro do século III d.C. Em 1933, também há o registro da venda de um pergaminho do século V d.C., com parte das mesmas *Institutas*.<sup>58</sup>

A descoberta de papíros indica a possibilidade de ter havidos outros papíros, ou mesmo que esses papíros tenham circulado o suficiente para o conhecimento desses ensinamentos sobre a *fiducia*. Nesse sentido, cumpre destacar que na própria introdução do *Corpus Iuris Civilis* há a expressa menção ao trabalho de Gaius<sup>59</sup>, o que somente confirma a possibilidade de amplo conhecimento das *Institutas*, bem como não parece razoável que a *fiducia* fosse desconhecida.<sup>60</sup>

---

<sup>56</sup> Consulte em Sílvio Augusto de Bastos Meira, *Instituições de direito romano, cit.*, p. 308: “Os inconvenientes da fidúcia, de uso restrito, provocaram a criação de uma outra modalidade de garantia real das obrigações: o *pignus*. A fidúcia tivera utilização apenas no Ocidente, inaplicável que era às pessoas que não gozassem da cidadania. Talvez por isso não há referência a ela nas ‘Institutas’ de *Justiniano*, elaboradas em Constantinopla, no século VI.”

<sup>57</sup> Confira em Gaius, *Institutas do Jurisconsulto Gaio*, Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 84: GAI INSTITVTIONVM COMMENTARIVS SECVNDVS, 60: “*Sed cum fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure aut cum amico, quo tutius nostrae res apud eum essent, si quidem cum amico contracta sit fiducia, sane omni modo competit usus receptio; si uero cum creditore, soluta quidem pecunia omni modo competit, nondum uero soluta ita demum competit, si neque conduxerit eam rem a creditore debitor neque precario rogauerit, ut eam rem possidere liceret; quo casu lucratiua usus capio competit.*” “A fidúcia contrai-se com o credor a título de penhor ou com um amigo, que nos guarde os bens de modo mais seguro. Com efeito, contraída a fidúcia com um amigo, cabe sempre a usurrecepção. Se, porém a dívida tiver sido contraída com o credor, pode ser que o devedor não tenha alugado ao credor a coisa, nem lhe tenha pedido a posse a título precário, e, assim, cabe o usucapião lucrativo”.

<sup>58</sup> Veja em J. M. Othon Sidou. “O papiro do Cairo (PSI-1182) na integração do palimpsesto de Verona (*Institutas* de Gaio)”, *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, n. 31, pp. 127-133.

<sup>59</sup> Examine em *Corpus juris civilis: academicum parisiense, Opera et cura C. M. Galisset*, 12. ed., Paris, Lutetiae Parisiorum, 1888, p. 11: “*Quas ex omnibus antiquorum institutionibus et praecipue ex commentariis Gaii nostri tam institutionum quam rerum cottidianarum aliisque multis commentariis compositas cum tres praedicti viri prudentes nobis optulerunt, et legimus et cognovimus et plenissimum nostrarum constitutionum robur eis accommodavimus.*”

<sup>60</sup> Leia em Nestor José Forster, *Alienação Fiduciária em Garantia*, Porto Alegre, Livraria Sulina Editora, 1970, p. 11: “Os estudiosos da fidúcia localizam suas origens em textos do Digesto e da Lei das XII Tábuas. Assim, RENÉ JACQUELIN (‘De la Fiducie’), C. ACCARIAS (‘Précis de Droit Romain’), CARLO LONGO (‘Corso di Diritto Romano’), além de outros. Além dos dois textos antes mencionados, que da fidúcia dão notícia vaga e imprecisa, numerosos outros dela nos falam: as ‘Institutas’, de GAIO; as ‘Sentenças’, de PAULO; a ‘Collatio’; os ‘Fragmentos do Vaticano’ e de uma ‘Constituição do Código Teodosiano’; a chamada ‘Fórmula Bética’ e as ‘Táboas de Pompéia.’”

O motivo do desaparecimento da *fiducia* decorreria da sua complexidade em comparação com o *pignus* e a *hypotheca* que passaram atender melhor os interesses do comércio da época.

A partir desses breves registros, podemos destacar que Gaius enunciou a transmissão da propriedade fiduciária na *fiducia*. Portanto, entendemos como relevante para o nosso estudo as seguintes noções da *fiducia*: o fim a que se determinou o seu uso; a transmissão da propriedade como garantia com a obrigação de devolução; e a confiança decorrente do fato de se antecipadamente entregar o bem, aguardando a sua restituição.

A confiança apresenta-se em duas dimensões, na medida em que o credor confiava mais naquele que se obrigava com a garantia da *fiducia*, do que aquele que não o fazia. Por outro lado, o devedor também confiava na restituição do bem pelo credor, após o cumprimento da obrigação.

Essa confiança na restituição do bem estava lastreada na própria etimologia da palavra *fides* que se refere à divindade de culto politeísta romano, denominada Deusa Fides, que era a personificação da palavra dada.<sup>61</sup> Também é considerada a deificação da boa-fé e da honestidade, o que influenciava na conduta do cidadão romano que também cumpria o pacto por respeito religioso.

Nesses termos, A. Barreto Menezes Cordeiro define com precisão: “A *fiducia* romana está embebida no espírito romanístico da boa-fé.”<sup>62</sup>

Parece bem clara a diferença e a maior efetividade da *fiducia* como garantia, se comparada com o sistema anterior lastreado exclusivamente na promessa de pagamento do devedor.

Também parece bem evidente que a garantia da *fiducia* não se apresentava como algo simples e corriqueiro, diante do seu caráter solene e real. Nesse sentido, podemos traçar um

---

<sup>61</sup> Cicero, *Dos Deveres*, trad. de Angélica Chiapeta, São Paulo, Martins Fontes, 1999, I, VII, 23.

<sup>62</sup> António Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust no Direito Civil*, cit., p. 721.

paralelo atual de comparação com a alienação fiduciária em garantia. Para uma transação envolvendo um valor maior e um prazo maior, a alienação fiduciária apresenta-se adequada e proporcional, o que não seria se fosse exigida como garantia para um negócio envolvendo um valor pequeno, também considerando o custo da formalização dessa garantia.

Entretanto, o principal destaque deve ser feito na transmissão da propriedade como garantia, cuja efetividade pode ser total para o credor, dependendo do bem dado em garantia em função do negócio jurídico entabulado.

É a confiança para a transmissão temporária da propriedade que modifica o paradigma dos negócios jurídicos, e resultou na necessária investigação pela doutrina de suas bases históricas, o que revelou um acirrado debate de qual teria sido a origem do negócio fiduciário, se na *fiducia* romana, ou na *treuhand* germânica<sup>63</sup>. E, por conseguinte, qual delas teria dado origem ao *trust*.

Apesar de ser verdadeiramente impossível afirmar que a *fiducia* romana tenha sido a origem do *trust*, porque não há documentos históricos comprobatórios nesse sentido, e também mesmo admitindo que o *Corpus Iuris Civilis*, o código da época, não fizesse menção à *fiducia*, o que posteriormente veio a ser descoberto que a *fiducia* estava mencionada nas *Institutas* de Gaius, é incontestável a sua importância<sup>64</sup>, bem como é no mínimo razoável admitir a sua influência diante da realidade da época onde o Direito romano prevalecia, e era ensinado.

Portanto, se de um lado a *fiducia* pode não ter sido a origem do *trust*, de outro lado indubitavelmente foi a origem do negócio fiduciário.

---

<sup>63</sup> Veja em Christoph Fabian, *Fidúcia : negócios fiduciários e relações externas*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Ed., 2007, pp. 154-171. A *treuhand* é instituto medieval germânico que diferia da *fiducia* romana. Na *treuhand* o fiduciário recebia a propriedade de forma resolúvel, o que representava uma garantia maior para o fiduciante. No caso da *fiducia* romana, o fiduciante transferia a propriedade de forma plena para o fiduciário que tinha a obrigação de devolver se fosse cumprida a obrigação pelo fiduciante.

Implementará a condição a propriedade retornava, não dependia da boa-fé do fiduciário.

<sup>64</sup> Confira em António Barreto Menezes Cordeiro. *Do Trust no Direito Civil. cit.*, pp. 721-722: “É bastante comum a *fiducia* ser apresentada como uma figura cuja importância se esgotou no período embrionário do Direito romano. Esta posição deve ser contrariada. Repare-se que o suposto desaparecimento da *fiducia* é apresentado como uma decorrência direta do desenvolvimento de figuras análogas menos burocráticas. Ora, sendo esse o caso, dever-se-á questionar o porquê de GAIUS, vários séculos passados sobre o aparecimento dessas construções, referir tantas concretizações do instituto? Seria expectável, à luz deste pensamento, que a figura fosse omitida. A sua conservação nas Instituições, séculos volvidos sobre o surgimento do *pignus*, da *hypotheca*, do *depositum* e do *commodatum*, indicam-nos que a *fiducia* tinha uma função autónoma e diferenciada.”

### 3. A atipicidade do negócio jurídico fiduciário

Ainda que se admita que não houve a influência romana para originar o *trust*, devemos investigar se é com base na relação fiduciária que o *trust* deve se desenvolver como a solução para o nosso sistema da *Civil Law*, por causa da confiança para transmissão temporária da propriedade.

Frise-se que sem a confiança, não há a transmissão da propriedade. E mesmo tendo sido transmitida a propriedade, a confiança permanece presente como um elemento inderrogável, pois essa transmissão é temporária, ou seja, há a confiança que a propriedade tenha o seu destino conforme pactuado pelas partes.

Reafirmamos, diante da estrutura do *trust* no sistema da *Common Law*, que o *trust* não é um contrato, o que dificulta equiparar tal situação com o negócio jurídico fiduciário, a despeito de algumas semelhanças, como os elementos da confiança e a transmissão temporária da propriedade.

Toda a investigação sobre o instituto fiduciário romano (*fiducia*) e o instituto fiduciário germânico medieval (*treuhand*) foi relevante para que a doutrina iniciasse a construção de uma teoria para os negócios fiduciários que teve como principal teórico Ferdinand Regelsberger.

Judith Martins-Costa destaca que “O marco inicial da doutrina moderna do negócio fiduciário fulcra-se na obra de Regelsberger que em 1880, apoiando-se nas revelações operadas por Jhering em O Espírito do Direito Romano o define como um negócio seriamente desejado, cuja característica consiste na incongruência ou não homogeneidade entre o escopo objetivado pelas partes e o meio jurídico empregado para obtê-lo.”<sup>65</sup>

Além de introduzir pela primeira vez a expressão negócio fiduciário, Regelsberger apresentou cinco pilares que sustentam a sua teoria que foi a base para a denominada fidúcia moderna que se expandiu pelo mundo. Como bem sintetiza A. Barreto Menezes Cordeiro sobre

---

<sup>65</sup> Judith H. Martins-Costa, ‘Os negócios fiduciários – considerações sobre a possibilidade de acolhimento do ‘trust’ no direito brasileiro’, *Revista dos Tribunais*, v. 79, n. 657, jul., 1990, p. 39

a teoria de Regelsberger, “todas as questões doutrinárias sensíveis que envolvem o conceito de negócio fiduciário são reconduzíveis a, pelo menos, um destes cinco pilares: 1) a vontade exteriorizada pelas partes corresponde à sua vontade real; 2) as partes recorrem a um contrato tipo cuja *ratio* extravasa os propósitos pretendidos pelas partes; 3) em compensação, o sujeito ativo só pode utilizar os poderes/direitos que lhe foram atribuídos para os fins determinados; 4) o recurso a esse contrato tipo ‘excessivo’ impõe-se como forma de alcançar, indiretamente, os propósitos manifestados e pretendidos; 5) a adaptação do contrato tipo escolhido, aos fins pretendidos pelas partes não é proibida por lei.”<sup>66</sup>

Contudo, chama atenção que Regelsberger não tenha destacado a confiança como um dos pilares do negócio fiduciário.

Todo o esforço de Regelsberger, e dos demais juristas que se dedicaram à época, era solucionar o desequilíbrio que a *fiducia* romana representava. Se de um lado era uma garantia plena do crédito, por outro lado o devedor ficava numa posição muito frágil porque transferia a propriedade e lhe restava apenas a confiança de que o credor a restituiria. Ou seja, nesse único aspecto da relação jurídica, era uma troca de uma propriedade por um compromisso.

Podemos constatar que se iniciou um processo de adaptação do vetusto instituto romano para atender aos anseios de uma sociedade com uma nova configuração e com novas necessidades. Aliás, é assim que Luiz Olavo Baptista apresenta de forma figurativa: “O Direito não é uma fotografia que fica pendurada numa parede e não muda nunca; ele é um filme que se desenrola progressivamente...”<sup>67</sup>

No Brasil, apesar da previsão do fideicomisso no Código Civil de 1916, nem o Código Civil anterior, nem o atual, deram ao negócio fiduciário o tratamento como uma espécie de contrato.

É marcante como na história das codificações, os embates doutrinários transcendem a racionalidade. Invariavelmente os rumos eram dados por apenas uma pessoa, que fazia

---

<sup>66</sup> António Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust no Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 2014, p. 743.

<sup>67</sup> Confira Luiz Olavo Baptista, “Entrevista” in: *O Brasil e globalização: pensadores do direito internacional*. Maurício Almeida Prado; Renata Duarte de Santana. (Org.), 1ª ed., São Paulo, Editora de Cultura, 2013, p. 27.

prevalecer a sua convicção. Basta citar a decisiva interferência de Napoleão para constar, no Código Civil francês, que o contrato de compra e venda fosse suficiente para transferir o domínio; a disputa entre Savigny e Thibault sobre a necessidade de um Código Civil para a Alemanha; os sucessivos projetos, após o trabalho inicial de Teixeira de Freitas, para o primeiro Código Civil brasileiro que resultou a partir do ideal de Clóvis Beviláqua.<sup>68</sup>

No Brasil, a introdução do contrato de fidúcia teve a sua tentativa frustrada com o arquivamento do Projeto de lei nº 3.265, de 1965, que apresentava um projeto de Código de Obrigações com 1.501 artigos, tendo o relatório sido subscrito por Orosimbo Nonato, Caio Mário da Silva Pereira, Theophilo Azeredo Santos, Silvio Marcondes, Orlando Gomes e Nehemias Gueiros. A proposta do contrato de fidúcia, no bojo do Código de Obrigações, foi de Nehemias Gueiros, com o auxílio da redação de Caio Mário da Silva Pereira e Orlando Gomes, cuja intenção declarada era de ingresso do *trust* no nosso Direito.

Entretanto, no mesmo ano de 1965, quando ocorreram os debates para a reforma do mercado de capitais, José Luiz Bulhões Pedreira e George Siqueira propuseram a alienação fiduciária em garantia, apresentando uma justificação do anteprojeto: “A alienação fiduciária em garantia corresponde ao *trust receipt*<sup>69</sup>, amplamente utilizado nos países anglo-saxões, pelo qual o devedor transfere fiduciariamente o domínio da coisa, para que esta sirva de garantia. Ele difere do penhor em que transfere o próprio domínio, e não apenas constitui um direito real de garantia, e em que pode ser constituído independentemente da tradição da coisa, e inclusive enquanto esta se encontra em poder do devedor, o qual, neste caso, tem as responsabilidades de depositário”.<sup>70</sup>

---

<sup>68</sup> Veja o destaque que Miguel Reale. *O projeto do código civil : situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo, Saraiva, 1986, p. 77, fez na exposição de motivos do projeto de código civil: “Não podia, penso eu, ser de outra forma. Já vai longe o tempo das legislações confiadas a Solon ou Licurgo solitários, tão diversos e complexos são os problemas de nosso tempo. Se se quer um Código Civil que seja expressão dos valores da comunidade, mister é o concurso de representantes dos distintos ‘campos de interesse’ num intercâmbio fecundo de idéias. Para tanto, todavia, requer-se espírito científico, despido de preconceitos e vaidades, pronto a reconhecer falhas e equívocos, mas sempre atento para discernir o que representa apenas pretensões conflitantes com as necessidades coletivas.”

<sup>69</sup> José Carlos Moreira Alves (*Da alienação fiduciária em garantia*. 3. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1987, p. 35-45) e Orlando Gomes (*Alienação fiduciária em garantia*. 3. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1972, p. 18-19) demonstram que a alienação fiduciária em garantia não se confunde com o *trust receipt*.

<sup>70</sup> Veja em Cândido Camargo. “Da alienação fiduciária em garantia e fundos contábeis de natureza financeira face à Lei de Mercado de Capitais.” *In Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, Ministério da Justiça, n. 103, 1967, pp. 37-38

A partir dessa sugestão houve a inclusão do art. 66 no projeto que se tornou a Lei nº 4.728/65, criando a modalidade de alienação fiduciária de bem móvel em garantia que se concretizou como a primeira norma jurídica brasileira sobre a propriedade fiduciária com a função de garantir o crédito.

Logo depois, com o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, houve o aprimoramento do conceito da alienação fiduciária prevista no art. 66, e o estabelecimento de normas de processo sobre alienação fiduciária.<sup>71</sup>

A ideia inicial era reservar a alienação fiduciária para a garantia de financiamento de atividades econômicas ligadas à circulação de mercadorias, e não propriamente de bens de consumo. Contudo, com o grande êxito desse novo instrumento, houve a expansão da utilização da alienação fiduciária em garantia para o financiamento do consumidor na aquisição de bens de consumo duráveis.

Pontes de Miranda ressalta que: “Melhor seria dizerem-se ‘negócios jurídicos com fúducia’, para se frisar a dualidade de relações jurídicas.”<sup>72</sup> Isso porque, além do negócio jurídico principal, há também uma relação jurídica fiduciária, tendo sido contestada por Moreira Alves que a alienação fiduciária pudesse ser enquadrada como um negócio fiduciário: “É esta propriedade fiduciária uma nova garantia real que se não confunde com a propriedade que, através do negócio fiduciário, se transmite ao credor com escopo de garantia (e que os autores, em geral, também denominam propriedade fiduciária), nem com qualquer dos direitos reais limitados de garantia (penhor, anticrese ou hipoteca)”.<sup>73</sup>

Na alienação fiduciária em garantia, há a compra de um bem móvel pelo devedor com o dinheiro emprestado pelo credor que se torna titular da propriedade resolúvel da coisa e seu possuidor indireto, ao passo que devedor é investido na condição de possuidor direto e depositário da coisa. Há um desdobramento da posse, direta e indireta.

---

<sup>71</sup> Confira em José Carlos Moreira Alves. *Da alienação fiduciária em garantia*. cit. p.46: "A alienação fiduciária em garantia é, tão somente, o contrato que serve de título à constituição da propriedade fiduciária que - esta sim - é a garantia real criada, em nosso direito, pelo art. 66 da Lei nº 4.728, modificado, posteriormente, pelo Decreto-Lei nº 911."

<sup>72</sup> Leia em Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. III, Rio de Janeiro, Borsoi, 1954, p. 177.

<sup>73</sup> José Carlos Moreira Alves, *Da alienação fiduciária em garantia*, cit., p. 133.

Se a obrigação for cumprida, o devedor passa a ser o proprietário pleno e possuidor da coisa, e, por conseguinte, o credor não tem mais nenhum direito real sobre a coisa. Porém, se houver o inadimplemento da obrigação, o credor, na qualidade de proprietário e possuidor indireto do bem objeto da alienação fiduciária em garantia, poderá requerer sua busca e apreensão, sendo certo que a celeridade na execução desta garantia foi o motivo do sucesso do instituto.

Como define Pontes de Miranda: “Ao fiduciário transmite-se o bem da vida, pôsto que, em virtude da natureza do negócio jurídico fiduciário, só lhe caiba proceder de acordo com a lei, se essa previu a figura jurídica, ou de acôrdo com as declarações ou manifestações de vontade que lhe confiaram o ouro fim.”<sup>74</sup>

A definição demonstra bem que o negócio fiduciário pode se configurar a partir do enquadramento dado pela lei, ou pode se configurar exclusivamente a partir da liberdade contratual, mas com conformações bem distintas em virtude dos aspectos relacionados à propriedade, como veremos a seguir.

Orlando Gomes sustenta que o negócio fiduciário: “Caracteriza-se pela excedência do meio sobre o fim, desdobrando-se em negócio dispositivo e obrigacional. Compõem-se, assim, de dois elementos: a transmissão real de um direito e a obrigação do adquirente de restituí-lo.”<sup>75</sup>

Afastando a antiga discussão sobre a simulação e colocando em destaque a causa do negócio jurídico, Philomeno Joaquim da Costa define: “Num acordo qualquer de vontades, entra, praticamente sempre, a confiança; faz parte do tecido da avença. Faltava a confiança, como razão do negócio jurídico, ou seja, contratar-se a correção pela correção; faltava o legislador consagrá-la num certo setor, eliminando em extensão correspondente o sucedâneo bastardo da simulação. É a garantia fiduciária.”<sup>76</sup>

---

<sup>74</sup> Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. III, *cit.*, p. 177.

<sup>75</sup> Orlando Gomes, “Contrato de fidúcia (trust)”, *Revista Forense*, vol. 211, ano 62, Rio de Janeiro, julho-agosto-setembro de 1965, p. 12.

<sup>76</sup> Philomeno Joaquim da Costa, Nota sobre o “livro Garantia Fiduciária”, *in RDM* n. 18, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1975, p. 119.

A discussão sobre a causa no negócio jurídico é uma das questões mais tormentosas no estudo do Direito ao ponto de Menezes Cordeiro afirmar que a própria doutrina napoleônica, fundadora dessa construção, sente enorme dificuldade em atribuir ao conceito um sentido preciso.<sup>77</sup>

Na União Europeia, tanto a causa, quanto a *consideration* anglo-saxônica foram excluídas dos Princípios da UNIDROIT relativos aos Contratos Comerciais Internacionais que se consubstanciam em regras transnacionais de direito privado implementadas pelo Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT) que é composto por juristas de diversas jurisdições com o escopo de atualizar e harmonizar o Direito comercial dos Estados membros. O artigo 3.1.2<sup>78</sup> estabelece que “Um contrato é celebrado, modificado ou rescindido por mero acordo das partes, sem mais nenhuma exigência.”<sup>79</sup>

Reitere-se que no Brasil, a denominada lei da liberdade econômica (Lei nº 13.874, de 2019) promoveu diversas alterações, entre elas a inserção de novos parâmetros para a interpretação do negócio jurídico dos parágrafos primeiro e segundo no art. 113 do Código Civil<sup>80</sup>, com especial destaque para o inciso V, do §1º, que estabelece que “a interpretação do

---

<sup>77</sup> Confira em António Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil*. vol. II, Tomo II, 4ª. ed. reformulada e atualizada, Coimbra, Almedina, 2014, p. 603.

<sup>78</sup> Veja no original: “ARTICLE 3.1.2 (Validity of mere agreement) A contract is concluded, modified or terminated by the mere agreement of the parties, without any further requirement.”

<sup>79</sup> Confira os comentários na página 96 ao artigo 3.1.2 UNIDROIT Principles 2016 na íntegra com todos os princípios em: <https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles2016-e.pdf> Acesso em: 06 nov. 2021.:

“1. No need for consideration

*In common law systems, “consideration” is traditionally seen as a prerequisite for the validity or enforceability of a contract, as well as for the modification or termination of a contract by the parties. However, in commercial dealings this requirement is of minimal practical importance since in that context obligations are almost always undertaken by both parties. It is for this reason that Article 29(1) CISG dispenses with the requirement of consideration in relation to the modification and termination by the parties of contracts for the international sale of goods. The fact that this Article extends this approach to the conclusion, modification and termination by the parties of international commercial contracts in general can only bring about greater certainty and reduce litigation.*

2. No need for cause

*This Article also excludes the requirement of “cause” which exists in some civil law systems and is in certain respects functionally similar to the common law “consideration”.*

*Illustration*

*1. At the request of its French customer A, bank B in Paris issues a guarantee on first demand in favour of C, a business partner of A in England. Neither B nor A can invoke the possible absence of consideration or cause for the guarantee.*

*It should be noted, however, that this Article is not concerned with the effects which may derive from other aspects of cause, such as its illegality (see Comment 2 on Article 3.3.1).”*

<sup>80</sup> § 1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que: (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração.”

A inserção desse dispositivo legal leva-nos à reflexão imediata sobre a causa do negócio jurídico que passa a ter uma nova leitura para a interpretação pelo aplicador do direito, bem como para os advogados na formação do negócio jurídico. Efetivamente vislumbramos que se formará uma nova disciplina com parâmetros que serão definidos com especial auxílio da doutrina, e decisiva atividade da jurisprudência, como pontua Eros Grau: “Outro aspecto reclama, ainda, ponderação. É que a interpretação do direito encaminha a *atualização* do direito.”<sup>81</sup>

Caberá à doutrina, novamente retomar a tarefa como o fez Paulo Barbosa de Campos Filho<sup>82</sup>, para desenvolver os fundamentos dogmáticos sobre a causa como requisito de validade do negócio jurídico. Assim sendo, mesmo que a causa não conste da redação do art. 104 do Código Civil, caberá à doutrina justificar se agora esse requisito está expresso no art. 113, ou apresentar a sua conformação exclusivamente como um elemento na interpretação do negócio jurídico, ou apenas o seu enquadramento como uma explicitação da boa-fé objetiva.

Esse tema da causa reaviva o antigo debate desde que Savigny negou a relevância da justa causa com relação à tradição da coisa. Contrariamente, parece inegável que a causa é efetivamente relevante para o negócio jurídico, não somente porque o define, como também é

---

I - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio; (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio; (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

III - corresponder à boa-fé; (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

IV - for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável; e (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

§ 2º As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

<sup>81</sup> Consulte em Eros Grau, *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*, cit., p. 76.

<sup>82</sup> Tratando da solução do Código Civil que deixou de erigir a causa para a validade do ato jurídico, veja Paulo Barbosa de Campos Filho, *O problema da causa no código civil brasileiro*. São Paulo, Max Limonad, s.i.d.

essencial para a eficácia dos direitos e obrigações relacionados com o negócio jurídico<sup>83</sup>, em especial para o negócio fiduciário.

A doutrina brasileira trata da causa há muito tempo, como se verifica da lição de Torquato Castro: “A causa é elemento formal do ato. Mas a causa não é todo o ato. A causa do contrato não se confunde com o próprio contrato. É um elemento essencial, um aspecto abstrato de sua existência.”<sup>84</sup>

A questão tem particular importância na identificação se a causa do negócio fiduciário é típica no direito brasileiro, e qual a sua essência para o negócio jurídico.

A doutrina espanhola é bastante profunda na análise da causa porque o Código Civil espanhol<sup>85</sup> elenca a causa como requisito essencial para a validade do negócio jurídico, sendo a lição de Albaladejo uma síntese do que se pode entender por causa, ou seja, que é o fim prático do negócio jurídico; a sua razão econômica-jurídica; e a função que caracteriza cada tipo de negócio reconhecida pelo Direito.<sup>86</sup>

---

<sup>83</sup> Leia Federico de Castro y Bravo, *El negocio jurídico*, Madrid, Editorial Civitas, 1985, p. 258: “§ 316. *La causa y la eficacia del negocio.* -»*La causa tiene un doble significado. El que ha sido estudiado en el capítulo anterior, de requisito para la existencia del negocio (art. 1.261), y este otro, de que la relación negocial alcance una eficacia mayor o menor. Significado que se exterioriza en la eficacia de los derechos y obligaciones que la relación contenga y, mediatamente, en la de los que de ella se vayan desprendiendo al consumarse, y logren vida independiente como derechos subjetivos. De este modo, la naturaleza de la causa y el carácter que ella imprime a la relación negocial se traduce en la diferente potencialidad de los derechos y titularidades, ya sea "inter partes" o en relación con terceros. Influjo mediato de la causa negocial que constituye uno de los ejes centrales del sistema de Derecho privado, en la esfera patrimonial.*”

<sup>84</sup> Leia em Torquato Castro, *Da causa no contrato*, Recife, Jornal do Commercio, 1947, p. 37.

<sup>85</sup> Confira em <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763> Acesso em: 06 nov. 2021.:

“Artículo 1261. *No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:*

1.º *Consentimiento de los contratantes.*

2.º *Objeto cierto que sea materia del contrato.*

3.º *Causa de la obligación que se establezca.*”

<sup>86</sup> Examine em Manuel Albaladejo. *Derecho civil I. Introducción y parte general*. 15ª. ed., Barcelona, Bosch, 2002, p. 677: “*No se crea que bajo este epígrafe se va a encontrar una única idea de lo que sea la causa. Mas bien, por el contrario, son muchas las posiciones adoptadas por los autores que pueden englobarse bajo la denominación común de «causalistas objetivos». Recogiendo sólo los putos centrales (que alguns autores, luego, matizan diferentemente) de las teorías más extendidas, se puede sintetizar que por causa se entienden las siguientes cosas: El fin práctico del negocio. La razón económico-jurídica (o, según otros, la razón justificadora de los efectos jurídicos) del negocio. La función (según unos, jurídica; según otros, práctico-social, etc.) que caracteriza a cada tipo de negocio, reconocida por el Derecho.*”

Tal doutrina, aplicável no que respeita ao negócio fiduciário, levou inicialmente Albaladejo<sup>87</sup> e Jordano Barea<sup>88</sup> a defenderem que o negócio fiduciário tinha seu conteúdo informado pela *causa fidei*, e os efeitos reais (a titularidade plena e exclusiva) e os efeitos obrigacionais (obrigação de restituir e de se comportar de acordo com o fim proposto) teriam o mesmo fundamento causal, justificando, assim, a tese unitária da *causa fidei*.<sup>89</sup>

Contudo, após as críticas de Castro y Bravo<sup>90</sup>, tanto Albaladejo, quanto Jordano Barea, alteraram seu entendimento para defender que o negócio fiduciário tem um duplo efeito, real e obrigacional, razão pela qual a pluralidade de funções do negócio fiduciário impede que ele tenha uma causa única, o que resulta numa negativa da afirmação que o negócio fiduciário constitua uma categoria unitária.

---

<sup>87</sup> Consulte Manuel Albaladejo, *El negocio jurídico*, Barcelona, Bosch, 1958, p. 225.

<sup>88</sup> Confira Juan Bautista Jordano Barea, *El negocio fiduciario*, Barcelona, Bosch, 1959, p. 185.

<sup>89</sup> Veja também a primeira manifestação de Juan Bautista Jordano Barea. “Sobre el negocio fiduciario (a propósito de un libro de MESSINA)”. *Anuario de Derecho civil*, 1950, p. 144: “*El proceso histórico de distinción entre la llamada fiducia necesaria y la fiducia voluntaria puede arrojar mucha luz sobre el problema fiduciario en el Derecho moderno. Y, en efecto, no es la primera sino la segunda modalidad de la fiducia la que ofrece verdadero interés para la problemática actual de la causa fidei, puesto que hoy, como en el Derecho romano avanzado, la fiducia se practica al margen y coexistiendo con los negocios típicos de garantía y gestión, lo cual destaca la especial fisonomía del scopus fidei, que es atípico, en el sentido de que no corresponde a ningún tipo de negocio contemplado por el ordenamiento jurídico: la causa fidei tiene un carácter propio y exige por sí misma la transmisión de la propiedad, tanto en la fiducia cum amico como en la fiducia cum creditore contracta.*”

<sup>90</sup> Examine em Federico de Castro y Bravo. *El negocio jurídico. cit.*, p. 478: “*Si se analiza la venta en garantía, la realidad que ofrece es más imple y más compleja de lo que se nos ha dicho. Nos encontramos ante una escritura de venta. No frente a una mancipatio o al contrato transmisivo alemán. Por ello, la venta, como contrato causal y no abstracto, requiere una causa. Al no haber precio, el negocio de compraventa se revela como contrato simulado. Por mucha fuerza taumatúrgica que se vea en el término negocio fiduciario, nunca llegará hasta convertir lo falso en verdadero. Puede la compraventa encubrir otro negocio. Este negocio disimulado será el de garantía. Mas los negocios de garantía, no son negocios independientes, sino que para su existencia requieren la de aquel crédito de cuyo cumplimiento responden. La venta en garantía correntemente se usa para garantizar un préstamo. El por qué y para qué del negocio fiduciario será entonces proporcionar al prestamista una seguridad más de cobro. Esta será la causa de la fiducia cum creditore. Al escudriñar las interioridades del negocio fiduciario se descubre su carencia de propio sentido y su naturaleza de artificio empleado para servir resultados que caen dentro del ámbito de otras figuras jurídicas, las que le imprimen distinto y específico carácter. Ello es lo que se ha destacado al decir que la pluralidad de funciones del negocio fiduciario impide que tenga una única causa, y que, por ello, habrá que negar que el negocio fiduciario constituya una categoría unitaria. En verdad, resulta antinatural incluir bajo la misma rúbrica la venta en garantía en la que la situación fiduciaria se impone por el fiduciario y en su exclusivo beneficio, y la fiducia cum amico, en la que el fiduciario actúa a la conveniencia del fiduciante. La construcción examinada del negocio fiduciario choca todavía con otro obstáculo: la inadecuación de la causa fidei respecto al efecto de transmitir una propiedad, de modo pleno y definitivo. Eliminada la compraventa como tal título transmisivo, por ser simulada o inexistente, queda como único título el disimulado de garantía o de mandato. La transmisión de la propiedad requiere un título o causa adecuada. El garantizar un cobro o el cumplir un encargo no son títulos que puedan justificar, respectivamente, una pérdida y una adquisición de propiedad, de modo pleno y definitivo.*”

A ideia de união de contratos para caracterizar o negócio fiduciário deve ser afastada logo de início, pois efetivamente a causa do negócio fiduciário é única, havendo uma conjugação efetiva dos aspectos obrigacional e real para um único fim, como destaca A. Barreto Menezes Cordeiro.<sup>91</sup>

E nesse sentido, deve prevalecer a tese defendida por Grassetti no sentido de que o negócio fiduciário é um negócio causal, cuja causa tem uma característica atípica que é a *causa fiduciae*, porque a intenção perseguida pelas partes em cada negócio fiduciário não foi especificamente prevista pelo legislador.<sup>92</sup>

Como elucidada A. Barreto Menezes Cordeiro, “o Santo Graal da doutrina fiduciária reside na possibilidade de transmitir um direito de forma plena, mas temporária.”<sup>93</sup> Essa específica transmissão não ocorre sem uma motivação e uma finalidade. A motivação é concretizar o negócio jurídico principal, e a finalidade é garantir que o negócio jurídico seja entabulado. Daí se compreende o porquê da característica atípica, na medida em que o negócio jurídico principal poderia ser realizado sem a inclusão da relação fiduciária. Quando a causa do negócio jurídico é a relação fiduciária, estará caracterizada a atipicidade, se não estiver previsto em lei.

Como já pudemos destacar, desde 1965, o ordenamento jurídico brasileiro, previu a alienação fiduciária em garantia para os bens móveis, além de posteriormente ter editado outros instrumentos de natureza fiduciária que destacaremos adiante, tais como os fundos de investimento imobiliário, a securitização de créditos imobiliários, a incorporação imobiliária. Porém, o Código Civil não previu o negócio fiduciário como um contrato típico.

A relevância dessa constatação tem conexão direta com a regulação, ou seja, com a identificação de quais as regras aplicáveis para a formação e interpretação de um determinado

---

<sup>91</sup> Veja em António Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust no Direito Civil*, cit., p. 918.

<sup>92</sup> Confira Cesare Grassetti. “Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico” in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, vol. XXXIV, parte prima, Milano, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1936, p. 378: “Di negozio fiduciario si può, nel nostro sistema, parlare, come di negozio causale, causale, di cui è caratteristica una atipica causa fiduciae. Questa causa è atipica nel senso che attraverso l'elemento di fatto di ogni negozio fiduciario le parti perseguono un intento che non è dal legislatore previsto in via specifica.”

<sup>93</sup> António Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust no Direito Civil*, cit., p. 858.

negócio jurídico. Daí a importância da tipicidade que inegavelmente representa uma consagração da importância de um determinado negócio jurídico, quer no aspecto social, quanto no aspecto jurídico.

Álvaro Villaça ensina que os romanos tinham um formalismo tão exagerado que os contratos atípicos, ou inominados, não tinham proteção jurídica. Essa situação teve uma primeira evolução na diminuição do formalismo quando se passou a admitir a indenização nas hipóteses de inadimplemento. Entretanto, não se podia exigir a contraprestação, o que inegavelmente representava um enfraquecimento do pacto, pois não tinha a força do contrato típicos, ou nominados. Porém, houve nova evolução com a introdução de um conceito de ação, a ação *condictio ob rem dati* ou *causa data, causa non secuta* que passou a prever um meio jurídico para evitar o locupletamento ilícito e exigir a contraprestação, e não somente a indenização. Isso caracterizou a origem do contrato atípico, pois houve o reconhecimento que esse pacto, atípico, tinha a força do contrato. Ao igualar a proteção do pacto ao contrato, com a inegável aplicação do princípio da equidade, o pacto adquiriu também a força obrigatória que tinham os contratos.<sup>94</sup>

A situação atual no Direito brasileiro é bem diferente de outrora quando não havia nenhum regramento sobre o contrato atípico, bastando mencionar o art. 425 do Código Civil que expressamente prevê que: “É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.”

Antes do Código Civil de 2002, não havia nenhuma norma sobre o contrato atípico, o que claramente nunca impediu a interpretação e aplicação do Direito, porém criava uma situação jurídica de maior margem de instabilidade no raciocínio jurídico, e, por conseguinte, insegurança jurídica.

A solução dada pelo art. 425 parece evidente, e indica algumas balizas determinantes para o nosso estudo, quais sejam: a nomenclatura do contrato como atípico, a liberdade contratual, e a observância às normas gerais do Código Civil.

---

<sup>94</sup> Confira em Álvaro Villaça Azevedo, *Contratos inominados ou atípicos*, São Paulo, Bushatsky, 1975, pp. 35-37.

A questão relativa à nomenclatura do contrato como atípico é reveladora de que o legislador preteriu a expressão inominado, com acertada razão. Um negócio jurídico pode ter um nome previsto, mas não ter o seu regramento especificado. Tal circunstância desloca a questão para o ponto essencial de que a designação do *nomem iuris* não é mais importante do que sua tipicidade que resulta na especificidade de regras para interpretação e aplicação do Direito.

O fenômeno da atipicidade resulta efetivamente do princípio da autonomia privada que assim deve ser interpretado quando o art. 425 prevê que seja lícito às partes estipular contratos atípicos. A licitude enunciada é o reconhecimento de que está permitido pela lei que as partes estipulem contratos atípicos, ou seja, as partes têm a liberdade para contratar de forma ampla.

Todavia, o princípio da autonomia privada que impulsiona a liberdade contratual, encontra alguns limites, o que também foi enunciado no dispositivo legal quando determina a observância às normas gerais do Código Civil.

Assim, poderia parecer à primeira vista que teria havido uma imprecisão quando a norma enuncia que é lícito às partes estipular contratos atípicos, o que poderia ser substituído pela noção de liberdade, indicando que as partes têm liberdade para estipular contratos atípicos. Porém, a indicação da licitude no art. 425, remete à noção de abuso do direito prevista no art. 187 do Código Civil que prevê: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

Portanto, em evidente demonstração do tripé principiológico da eticidade, socialidade, operabilidade que rege o Código Civil, além dos arts. 113, 421, 422, e parágrafo único do art. 2.035 que estabelecem os limites da ordem pública, da função social do contrato, da proibidade, da boa-fé, e da função social da propriedade, há também a limitação contratual pela vedação do abuso do direito<sup>95</sup>.

---

<sup>95</sup> Nenhum outro brocardo jurídico é tão preciso ao tratar do abuso do direito quanto: *Male enim nostro iure uti non debemus* (“Não devemos fazer uso do nosso direito de maneira inadequada”).

Cumpra destacar que a autonomia privada não é ilimitada, não vigorando em sua plenitude o princípio enunciado por Ernst Zitelmann de que “o que não está proibido, está permitido”, princípio que Carlos Cossio chega a considerar um dos pressupostos transcendentais da liberdade jurídica.<sup>96</sup>

Bem a propósito, Francisco Amaral demonstra que: “A teoria do abuso do direito surge no século XIX, como superação das concepções individualistas e liberais que viam o direito subjetivo como poder da vontade e como expressão da liberdade individual.”<sup>97</sup>

Efetivamente, o abuso do direito representa limite para os princípios da autonomia privada e da liberdade contratual, na medida em que o exercício dos direitos subjetivos deixou de ser absoluto diante da nova concepção de proteção da dignidade do ser humano e de uma sociedade justa, livre e solidária.

Verificados esses limites para o contrato atípico, podemos concluir que a despeito da existência de leis que tratam de algumas espécies fiduciárias, não se pode considerar o negócio fiduciário *lato sensu* como um contrato típico. Isso porque ele carece de uma estrutura normativa que confira a unidade metodológica desejada como um modelo, um modelo que possa ordenar os fatos “segundo valores, numa qualificação tipológica de comportamentos futuros, a que se ligam determinadas consequências”.<sup>98</sup>

Moreira Alves denuncia a ausência de uniformidade sistemática em torno do negócio fiduciário como o principal motivo que o instituto não é utilizado em todo o seu potencial<sup>99</sup>, razão pela qual o presente tópico propositadamente apenas concluí sobre a atipicidade do negócio fiduciário, conclusão necessária para o nosso objetivo com relação à investigação do enquadramento do *trust* como um negócio fiduciário.

As categorias de negócio fiduciário *lato sensu* e *stricto sensu* não se confundem.

---

<sup>96</sup> Confira em Miguel Reale, *Nova fase do direito moderno*, São Paulo, Saraiva, 1990, p. 141

<sup>97</sup> Veja em Francisco Amaral, *Direito civil: introdução*. 10ª. ed. revista e modificada, *E-book*, São Paulo, Saraiva Educação, 2018, p. 368.

<sup>98</sup> Confira em Miguel Reale. *Fontes e modelos no direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo, Saraiva, 1994, p. 17.

<sup>99</sup> Veja em José Carlos Moreira Alves, *Da Alienação Fiduciária em Garantia*, *cit.*, p. 5

O fato de haver regramento para contratos específicos como a alienação fiduciária de bem móvel, a alienação fiduciária de bem imóvel, a cessão fiduciária dos direitos decorrentes dos contratos de alienação das unidades habitacionais, e a cessão fiduciária de cédula de crédito imobiliário, não cria um modelo jurídico onde se encaixa qualquer espécie de negócio fiduciário.

Aliás, a situação tornou-se um pouco mais confusa quando a Lei nº 10.931, de 2004 incluiu o art. 1.368-A no Código Civil, nos seguintes termos: “As demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária submetem-se à disciplina específica das respectivas leis especiais, somente se aplicando as disposições deste Código naquilo que não for incompatível com a legislação especial.”

Chama atenção o tratamento da questão pelo ângulo jurídico da propriedade fiduciária, fato que reforça a preocupação e a necessidade do advento de um modelo jurídico do negócio fiduciário que evidentemente deve ser fixado como um contrato típico, com uma disciplina específica.

É de se ressaltar a atenção que o legislador dispensou para a alienação fiduciária, incluindo nova redação para o art. 1.367 do Código Civil: “A propriedade fiduciária em garantia de bens móveis ou imóveis sujeita-se às disposições do Capítulo I do Título X do Livro III da Parte Especial deste Código e, no que for específico, à legislação especial pertinente, não se equiparando, para quaisquer efeitos, à propriedade plena de que trata o art. 1.231. (Redação dada pela Lei nº 13.043, de 2014)”

É um fato que reforça a preocupação com o modelo jurídico específico da alienação fiduciária, inclusive no que tange à sua caracterização como direito real.

Nesse sentido, a mesma Lei nº 13.043, de 2014 incluiu o art. 1.368-B e seu parágrafo único com a seguinte redação: “A alienação fiduciária em garantia de bem móvel ou imóvel confere direito real de aquisição ao fiduciante, seu cessionário ou sucessor. Parágrafo único. O credor fiduciário que se tornar proprietário pleno do bem, por efeito de realização da garantia, mediante consolidação da propriedade, adjudicação, dação ou outra forma pela qual lhe tenha

sido transmitida a propriedade plena, passa a responder pelo pagamento dos tributos sobre a propriedade e a posse, taxas, despesas condominiais e quaisquer outros encargos, tributários ou não, incidentes sobre o bem objeto da garantia, a partir da data em que vier a ser imitado na posse direta do bem.”

A. Barreto Menezes Cordeiro é acurado em ressaltar que “do ponto de vista da Ciência Jurídica e do debate doutrinário, a tipificação de um negócio jurídico tem como grande vantagem a consagração das linhas mestras da discussão.”<sup>100</sup>

Assim, a atipicidade não impede que os negócios fiduciários sejam entabulados, sendo uma tarefa da doutrina o seu reconhecimento e a busca pelos princípios e fundamentos jurídicos, bem como as normas aplicáveis dentro do ordenamento jurídico, para sua explicitação, sistematização, compreensão e desenvolvimento.<sup>101</sup>

### **3.1. Os elementos do negócio fiduciário no Brasil**

É ultrapassada a discussão sobre a existência dos negócios fiduciários, e a sua ampla possibilidade de contratação diante do art. 425 do Código Civil que alterou o panorama jurídico no Brasil.

Entretanto, quando da vigência do Código Civil de 1916, que não previa os contratos atípicos, a questão jurídica da existência do negócio fiduciário chegou até o Supremo Tribunal Federal, e foi decidida no RE 71.616/SP. 1.<sup>a</sup> T. j. 11.12.1973, rel. Min. Rodrigues Alckmin, DJ 08.08.1974, com a seguinte ementa: "Ação rescisória. Julgado que reconhece a existência de negócio fiduciário e lhe nega efeito 'sob o fundamento de fraude à lei'. Distinção entre negócio fiduciário e simulação. Legitimidade do negócio fiduciário. Ofensa arts. 81, 82 e 765 do CC/1916 com equipará-lo à simulação fraudulenta. Recurso extraordinário não conhecido."

---

<sup>100</sup> Antônio Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust no Direito Civil*, cit., p. 741.

<sup>101</sup> Leia em Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé e Diogo Leite de Campos, *A propriedade fiduciária (trust) estudo para a sua consagração no direito português*, Coimbra, Livraria Almedina, 1999, p. 243: "Deve redescobrir-se o princípio da autonomia privada. Com base no princípio geral da liberdade contratual, as partes podem celebrar negócios com eficácia real atípicos."

Constata-se a insegurança jurídica que permeava à época com relação aos negócios fiduciários pactuados por acordo de vontades, sem previsão legal.

Todavia, o atual cenário ainda está longe do ideal, porque a licitude reconhecida pelo Código Civil para estipular contratos atípicos é muito diferente de um cenário onde haja regras específicas previstas.

Diante de um negócio fiduciário, a primeira tarefa foi enunciada por Pontes de Miranda: “Se a regra jurídica prevê, explicitamente, a categoria jurídica do negócio jurídico fiduciário, como acontece com os fideicomissos, tudo se passa em termos de *interpretação, incidência e aplicação da lei.*”<sup>102</sup>

Portanto, sem um tratamento legal específico, a tarefa do jurista e do aplicador do direito é mais árdua porque o ponto de partida é diferente. Podemos afirmar, inclusive, que seja um ponto de partida mais distante, onde o caminho que será percorrido é maior do que aquele a partir do trabalho feito pelo legislador quando estipula um contrato típico. Também, é maior a possibilidade de erro porque sem a diretriz aumentam as possibilidades de adotar caminho distintos, linhas de raciocínio jurídico diferentes.

A tarefa do jurista e do aplicador do direito será a de recolher as regras e princípios aplicáveis e existentes no ordenamento jurídico e no sistema. Se não há contrato típico, se socorrerá da interpretação conforme as balizas determinadas pelo art. 425 do Código Civil. Se constatada a lacuna jurídica normativa, se socorrerá da integração dentro dos limites do ordenamento jurídico e do sistema.

Judith Martins-Costa apresenta o seguinte conceito para o negócio fiduciário: “Inobstante a relativa variedade da conceituação doutrinária é possível detectar, para além da cor ou vestimenta que se pretenda dar à fidúcia um inalterado núcleo morfológico, apresentando-se *fattispecie* como um negócio bilateral fiduciário baseado na autonomia da vontade e resultante da confluência de dois acordos que, compostos ou combinados, tendem à criação de uma situação *sui generis*: uma parte, o fiduciante, por intermédio de um ‘acordo de

---

<sup>102</sup> Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda. *Tratado de direito privado*. t. III, *cit.*, p. 178.

base' ou 'primário' dotado de eficácia real, atribui um direito próprio, patrimonial, à outra parte, o fiduciário, o qual por essa via adquire, erga omnes a titularidade plena, exclusiva e absoluta da coisa. Mas ao mesmo tempo, por via de um acordo - o pactum fiduciae - assume o fiduciário, no campo obrigacional, nas suas relações com o fiduciante, o dever de usar do direito realmente adquirido para uma finalidade querida pelo próprio fiduciante, e com este acordada mediante o citado pactum.”

A partir desse conceito podemos extrair a essência do pacto fiduciário, qual seja, o dever do fiduciário de usar do direito formalmente transferido para uma finalidade querida pelo próprio fiduciante, e com este pactuado, com eficácia real. A titularidade da coisa pelo fiduciário é plena, limitando o seu uso em termos obrigacionais.

Efetivamente é o que se verifica, por exemplo, com as hipóteses da alienação fiduciária de bem móvel (Lei nº 4.728, de 1965 com suas alterações), a cessão fiduciária dos direitos decorrentes dos contratos de alienação das unidades habitacionais (Lei nº 4.864, de 1965 com suas alterações), a alienação fiduciária de bem imóvel (Lei nº 9.514, de 1997 com suas alterações), e a cessão fiduciária de cédula de crédito imobiliário (Lei nº 10.931, de 2004).

Há o pacto com o fiduciário sobre a finalidade da coisa que seria exclusivamente de garantia, não podendo o fiduciário alienar a coisa, formando-se uma propriedade fiduciária.

As propriedades fiduciárias transferidas para garantia de crédito são taxativamente reconhecidas pela lei como direitos reais, sendo garantias reais.

Não se olvide que o direito real decorre de expressa previsão legal do que deva ser protegido, com a formalidade do registro público como garantia da titularidade da pessoa em relação à coisa.

O art. 1.225 do Código Civil elenca, de forma taxativa, quais são os direitos reais que merecem essa proteção, a partir de uma doutrina que se consolidou no sentido do interesse da

sociedade, distinguindo-se como proteção da sociedade, um interesse social que tais direitos reais tenham uma estrutura típica, como sintetiza Grassetti.<sup>103</sup>

Pontes de Miranda explicita como a regra jurídica, no caso dos direitos reais, determina a sua existência: “Ao dizer o que é que basta ao fato para ser jurídico, inclusive quanto a atos humanos, a regra jurídica preestabelece o que é suficiente e o que não no seria, ou importaria em deficiência. Às vezes, exige tipos de atos e tipos de negócios jurídicos, de modo que as pessoas ou a) escolhem um dentre êles, ou b) nada querem que possa entrar no mundo jurídico, ou c) o que quiseram nêle só entra deficitariamente. O melhor exemplo é do *numerus clausus* dos direitos reais, a respeito de cujo conteúdo as leis apenas contêm permissões de modificação dentro de limites.”<sup>104</sup>

Portanto, não há margem para a interpretação ou para a explicitação dos direitos reais cuja tarefa é do legislador em determiná-los, razão pela qual há proteção formal, tanto para o fiduciante, quanto para o fiduciário, na hipótese do negócio fiduciário quando é constituída a propriedade fiduciária.

O mesmo raciocínio aplica-se para a obrigação com eficácia real. Para que essa obrigação seja oponível contra terceiros, deve haver previsão legal. Somente a lei pode conferir a eficácia real para a obrigação, que apesar de ser uma obrigação comum terá um *status* diferenciado, se atendidos as condições estabelecidas para que o vínculo obrigacional possa ser oponível contra terceiros.<sup>105</sup>

A primeira conclusão que poderíamos chegar coincidiria, com aquela já citada, emitida por Moreira Alves, no sentido de que a alienação fiduciária não poderia ser enquadrada como um negócio fiduciário: “É esta propriedade fiduciária uma nova garantia real que se não confunde com a propriedade que, através do negócio fiduciário, se transmite ao credor com

---

<sup>103</sup> Confira em Cesare Grassetti. “Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico”, *cit.* p. 366: “*Che o diritti reali abbiamo struttura típica, stante il loro interesse prevalente per la società.*”

<sup>104</sup> Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda. *Tratado de direito privado*. t. III, *cit.* p.59.

<sup>105</sup> É o caso clássico do registro do contrato de locação. O registro do contrato de locação é a condição que a lei estabeleceu para que ele pudesse ser oponível contra terceiros.

escopo de garantia (e que os autores, em geral, também denominam propriedade fiduciária), nem com qualquer dos direitos reais limitados de garantia (penhor, anticrese ou hipoteca)”.<sup>106</sup>

Transplantando o raciocínio jurídico para as outras hipóteses legais que citamos, a cessão fiduciária dos direitos decorrentes dos contratos de alienação das unidades habitacionais (Lei nº 4.864, de 1965 com suas alterações), a alienação fiduciária de bem imóvel (Lei nº 9.514, de 1997 com suas alterações), e a cessão fiduciária de cédula de crédito imobiliário (Lei nº 10.931, de 2004), todas elas constituir-se-iam apenas em garantias reais.

Poderíamos chegar ao limite de considerar que todas as hipóteses acima não são negócios fiduciários.

Todavia, parece-nos acertada a posição de Pontes de Miranda no sentido: “Sempre que a transmissão tem um fim que não é a transmissão mesma, de modo que ela serve a negócio jurídico que não é o de alienação àquele a quem se transmite, diz-se que há fidúcia ou negócio jurídico fiduciário.”<sup>107</sup>

É o que se verifica em todas as hipóteses onde há transferência para a garantia do crédito, ou seja, o fato da coisa ser transferida para o fiduciário, exclusivamente para a garantia do crédito recebido pelo fiduciante, realmente traduz-se num negócio jurídico fiduciário.

Orlando Gomes apresenta três espécies de negócios fiduciários: (a) de garantia, que visa a substituir o penhor e a hipoteca, aproximando-se da retrovenda; (b) de administração, quando o bem é transferido para ser administrado por um terceiro e não pelo seu beneficiário, na medida em que este pode não ter capacidade ou competência para fazê-lo por si; ou (c) de inversão, assim considerando aqueles em que concede-se ao fiduciário certa soma de dinheiro para que a aplique, com a obrigação de pagar a renda estipulada e devolver o capital transferido, logo que seja reclamado.<sup>108</sup>

---

<sup>106</sup> José Carlos Moreira Alves. *Da alienação fiduciária em garantia*. cit. p. 133.

<sup>107</sup> Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t.III, cit., p. 177.

<sup>108</sup> Confira em Orlando Gomes, “Contrato de Fidúcia (Trust)”, cit., p. 15.

Todos os exemplos que citamos, a alienação fiduciária de bem móvel e de bem imóvel, a cessão fiduciária dos direitos decorrentes dos contratos de alienação das unidades habitacionais, e a cessão fiduciária de cédula de crédito imobiliário enquadram-se como negócios fiduciários da espécie de garantia, porque, efetivamente, as suas finalidades são de garantia, e assim será constituída a propriedade fiduciária decorrente da propriedade resolúvel.

Aliás, essa foi a solução que o art. 1.361 do Código Civil de 2002<sup>109</sup> deu ao considerar fiduciária a propriedade resolúvel que é transferida com o escopo de garantia. Essa disposição era exclusiva sobre a coisa móvel fungível até a entrada em vigor da Lei nº 13.043, de 2014, quando houve a extensão para os bens imóveis em virtude da alteração da redação do art. 1.367 do Código Civil<sup>110</sup>, tornando cristalino o raciocínio de que se trata de uma propriedade resolúvel, cuja proteção especial da lei transforma-a numa propriedade fiduciária a partir do registro do contrato.

Utilizando a alienação fiduciária de bem imóvel como exemplo, verificamos que o art. 23 da Lei nº 9.514/1997 determina que: “Constitui-se a propriedade fiduciária de coisa imóvel mediante registro, no competente Registro de Imóveis, do contrato que lhe serve de título.” Assim, por previsão do parágrafo único desse dispositivo legal<sup>111</sup>, com a constituição da propriedade fiduciária, no mesmo ato, ocorre o desdobramento da posse, tornando-se o fiduciante possuidor direto e o fiduciário possuidor indireto da coisa imóvel.

Cumpre relembrar que a propriedade de bem imóvel somente se transfere, entre vivos, mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis, nos termos do art.1.245 do Código Civil<sup>112</sup>, sendo certo que enquanto não houver o registro o alienante continua com a titularidade do imóvel. Essa é a mesma forma que se exige para a constituição, ou transmissão

---

<sup>109</sup> “Art. 1.361. Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor.”

<sup>110</sup> “Art. 1.367. A propriedade fiduciária em garantia de bens móveis ou imóveis sujeita-se às disposições do Capítulo I do Título X do Livro III da Parte Especial deste Código e, no que for específico, à legislação especial pertinente, não se equiparando, para quaisquer efeitos, à propriedade plena de que trata o art. 1.231. (Redação dada pela Lei nº 13.043, de 2014)”

<sup>111</sup> “Parágrafo único. Com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o fiduciante possuidor direto e o fiduciário possuidor indireto da coisa imóvel.”

<sup>112</sup> “Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.”

por ato entre vivos, de todos os direitos reais sobre imóveis, conforme determina o art. 1.227 do Código Civil<sup>113</sup>.

Logo, o contrato, o negócio jurídico fiduciário entabulado pelas partes é que serve de título para a constituição da propriedade fiduciária. E constituída a propriedade fiduciária, o credor fiduciário perde o direito de livre disposição do bem, cuja consolidação da propriedade somente ocorrerá em seu favor se houver o inadimplemento do devedor fiduciário, observado o minucioso procedimento previsto no art. 26 da Lei nº 9.514/1997<sup>114</sup>.

---

<sup>113</sup> "Art. 1.227. Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos (arts. 1.245 a 1.247), salvo os casos expressos neste Código."

<sup>114</sup> "Art. 26. Vencida e não paga, no todo ou em parte, a dívida e constituído em mora o fiduciante, consolidar-se-á, nos termos deste artigo, a propriedade do imóvel em nome do fiduciário.

§1º Para os fins do disposto neste artigo, o fiduciante, ou seu representante legal ou procurador regularmente constituído, será intimado, a requerimento do fiduciário, pelo oficial do competente Registro de Imóveis, a satisfazer, no prazo de quinze dias, a prestação vencida e as que se vencerem até a data do pagamento, os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais, os encargos legais, inclusive tributos, as contribuições condominiais imputáveis ao imóvel, além das despesas de cobrança e de intimação.

§2º O contrato definirá o prazo de carência após o qual será expedida a intimação.

§3º A intimação far-se-á pessoalmente ao fiduciante, ou ao seu representante legal ou ao procurador regularmente constituído, podendo ser promovida, por solicitação do oficial do Registro de Imóveis, por oficial de Registro de Títulos e Documentos da comarca da situação do imóvel ou do domicílio de quem deva recebê-la, ou pelo correio, com aviso de recebimento.

§3º-A Quando, por duas vezes, o oficial de registro de imóveis ou de registro de títulos e documentos ou o serventuário por eles credenciado houver procurado o intimando em seu domicílio ou residência sem o encontrar, deverá, havendo suspeita motivada de ocultação, intimar qualquer pessoa da família ou, em sua falta, qualquer vizinho de que, no dia útil imediato, retornará ao imóvel, a fim de efetuar a intimação, na hora que designar, aplicando-se subsidiariamente o disposto nos arts. 252, 253 e 254 da Lei no 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

§3º-B Nos condomínios edilícios ou outras espécies de conjuntos imobiliários com controle de acesso, a intimação de que trata o § 3º-A poderá ser feita ao funcionário da portaria responsável pelo recebimento de correspondência. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

§4º Quando o fiduciante, ou seu cessionário, ou seu representante legal ou procurador encontrar-se em local ignorado, incerto ou inacessível, o fato será certificado pelo serventuário encarregado da diligência e informado ao oficial de Registro de Imóveis, que, à vista da certidão, promoverá a intimação por edital publicado durante 3 (três) dias, pelo menos, em um dos jornais de maior circulação local ou noutro de comarca de fácil acesso, se no local não houver imprensa diária, contado o prazo para purgação da mora da data da última publicação do edital. (Redação dada pela Lei nº 13.043, de 2014)

§5º Purgada a mora no Registro de Imóveis, convalescerá o contrato de alienação fiduciária.

§6º O oficial do Registro de Imóveis, nos três dias seguintes à purgação da mora, entregará ao fiduciário as importâncias recebidas, deduzidas as despesas de cobrança e de intimação.

§7º Decorrido o prazo de que trata o § 1º sem a purgação da mora, o oficial do competente Registro de Imóveis, certificando esse fato, promoverá a averbação, na matrícula do imóvel, da consolidação da propriedade em nome do fiduciário, à vista da prova do pagamento por este, do imposto de transmissão inter vivos e, se for o caso, do laudêmio. (Redação dada pela Lei nº 10.931, de 2004)"

§ 8º O fiduciante pode, com a anuência do fiduciário, dar seu direito eventual ao imóvel em pagamento da dívida, dispensados os procedimentos previstos no art. 27. (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004)

É interessante ressaltar que na hipótese de inadimplemento do devedor, após a consolidação da propriedade em nome do fiduciário este é obrigado a promover leilão público para a alienação do imóvel<sup>115</sup>. Foi a forma encontrada para não incorrer na vedação do pacto comissório previsto no art. 1.365 do Código Civil<sup>116</sup>, que impede o proprietário fiduciário de ficar com a coisa alienada em garantia, reforçando a função de garantia do negócio fiduciário.

Esclarecida essa espécie de negócio fiduciário, faremos mais uma análise antes da recolha dos elementos do negócio fiduciário que nos propusemos.

Trata-se da espécie do negócio fiduciário de administração, cujo exemplo mais aparente é o fundo de investimento, cuja disciplina jurídica foi inserida recentemente no Código Civil pela denominada lei da liberdade econômica, a Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019.

No fundo de investimento há a transferência de recursos financeiros para serem administrados por um terceiro, sem a atuação do investidor que é o beneficiário. Os recursos são confiados para essa administração diante da capacidade e competência da estrutura existente que é representada pelo administrador.

A despeito do novo regramento do Código Civil conferir a competência para a Comissão de Valores Mobiliários para disciplinar o fundo de investimento, tal competência já é exercida há muito tempo, o que nos levaria a duvidar do motivo pelo qual houve a inserção se não fosse, além das regras de responsabilidade, a autorização concedida para a constituição do denominado patrimônio segregado.

Verifica-se no inciso III do art. 1.368-D do Código Civil<sup>117</sup> que a constituição de patrimônio segregado para cada classe de cotas do fundo de investimento é uma faculdade, ou

---

<sup>115</sup> “Art. 27. Uma vez consolidada a propriedade em seu nome, o fiduciário, no prazo de trinta dias, contados da data do registro de que trata o § 7º do artigo anterior, promoverá público leilão para a alienação do imóvel.”

<sup>116</sup> “Art. 1.365. É nula a cláusula que autoriza o proprietário fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia, se a dívida não for paga no vencimento. Parágrafo único. O devedor pode, com a anuência do credor, dar seu direito eventual à coisa em pagamento da dívida, após o vencimento desta.”

<sup>117</sup> Art. 1.368-D. O regulamento do fundo de investimento poderá, observado o disposto na regulamentação a que se refere o § 2º do art. 1.368-C desta Lei, estabelecer: (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

I - a limitação da responsabilidade de cada investidor ao valor de suas cotas; (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

II - a limitação da responsabilidade, bem como parâmetros de sua aferição, dos prestadores de serviços do fundo de investimento, perante o condomínio e entre si, ao cumprimento dos deveres particulares de cada um, sem solidariedade; e (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

seja, pode ou não ocorrer, sendo essa uma decisão dos responsáveis na redação e registro do respectivo regulamento do fundo de investimento.

O denominado patrimônio segregado no Código Civil consolida, o que podemos enunciar, como uma nova era na noção de patrimônio.

A separação do patrimônio é atual estágio de um tema instigante, não somente para o estudo do *trust*, mas para o direito comercial, para a segurança jurídica e o desenvolvimento econômico, o que está bem evidenciado com as alterações legislativas promovidas no Brasil.

A primeira foi a Lei nº 8.668, de 25 de junho de 1993, que trata da instituição e do regime tributário dos Fundos de Investimento Imobiliário<sup>118</sup>, seguida da Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, que criou o Sistema de Financiamento Imobiliário – SFI<sup>119</sup>. E, posteriormente, entrou em vigor a Lei nº 10.931/2004, que regula a criação de um detalhado regime de patrimônios de afetação na incorporação imobiliária<sup>120</sup>, motivado por um rumoroso caso ocorrido com uma das maiores empresas brasileiras atuante no setor da construção civil

---

III - classes de cotas com direitos e obrigações distintos, com possibilidade de constituir patrimônio segregado para cada classe. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

<sup>118</sup> “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.”

<sup>119</sup> “Art. 11. Os créditos objeto do regime fiduciário:

I - constituem patrimônio separado, que não se confunde com o da companhia securitizadora;

II - manter-se-ão apartados do patrimônio da companhia securitizadora até que se complete o resgate de todos os títulos da série a que estejam afetados;

III - destinam-se exclusivamente à liquidação dos títulos a que estiverem afetados, bem como ao pagamento dos respectivos custos de administração e de obrigações fiscais;

IV - estão isentos de qualquer ação ou execução pelos credores da companhia securitizadora;

V - não são passíveis de constituição de garantias ou de excussão por quaisquer dos credores da companhia securitizadora, por mais privilegiados que sejam;

VI - só responderão pelas obrigações inerentes aos títulos a ele afetados.”

<sup>120</sup> “Art. 31-A. A critério do incorporador, a incorporação poderá ser submetida ao regime da afetação, pelo qual o terreno e as acessões objeto de incorporação imobiliária, bem como os demais bens e direitos a ela vinculados, manter-se-ão apartados do patrimônio do incorporador e constituirão patrimônio de afetação, destinado à consecução da incorporação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes.”

que acabou por lesar milhares de credores, em especial as pessoas que haviam adquirido imóveis em construção.

Todas essas hipóteses criam, com nomes distintos, um idêntico regime jurídico que afronta a concepção clássica de unicidade do patrimônio.

A questão da nomenclatura não passa despercebida diante de tantos adjetivos (separados, especiais, afetados, segregados, autônomos, destinados) empregados ao patrimônio que podem levar a uma confusão.

Respeitando as correntes doutrinárias que consideram todos os adjetivos como sinônimos<sup>121</sup>, o que efetivamente não o são, bem como as diversas classificações do patrimônio<sup>122</sup>, consideramos a classificação apresentada por Pontes de Miranda como a de maior rigor técnico: “Todo patrimônio é unido pelo titular único, ou por titulares em comum, mas únicos. Isso não quer dizer que cada pessoa só corresponda a um patrimônio; há o patrimônio geral e os patrimônios separados ou especiais. Só a lei pode separar os patrimônios.”<sup>123</sup>

Aderimos a tal classificação porque dela também podemos inferir a noção de capacidade patrimonial, que fundamenta e permite a existência de vários patrimônios detidos pela mesma pessoa natural ou jurídica que podem ser separados. Porém, proporemos uma nomenclatura diversa, sem alterar a essência da classificação, para que não se prejudique o que se construiu em termos legislativos e doutrinários, inclusive em direito comparado. Contudo, a linha mestra de toda essa questão é a separação de patrimônios.

---

<sup>121</sup> Leia em Milena Donato Oliva, *Patrimônio separado: herança, massa falida, securitização de créditos imobiliários, incorporação imobiliária, fundos de investimento imobiliário, trust*, Rio de Janeiro, Renovar, 2009 p. 219.

<sup>122</sup> Luiz Edson Fachin, *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, Renovar, Rio de Janeiro, 2001, pp 41-42, adota uma nomenclatura diferente como sendo patrimônio de destinação: “É possível distinguir patrimônio de destinação, patrimônio autônomo e patrimônio separado: no primeiro, uma parte das relações atinentes a uma pessoa constitui uma distinta unidade jurídica com vistas a uma finalidade específica; no segundo, estar-se-ia diante de patrimônio pertencente a uma pluralidade de pessoas, em uma organização coletiva, que poderá ou não constituir pessoa jurídica; o último, diria respeito à herança, que permanece distinta do patrimônio geral do herdeiro até a apuração dos débitos.”

<sup>123</sup> Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda. *Tratado de direito privado*. t. V, Rio de Janeiro, Borsoi, 1954, p. 368.

A separação de um patrimônio do patrimônio geral de uma pessoa decorre do seu regime jurídico ou de uma finalidade própria para a atividade a que se propõe, uma destinação.

São separados os patrimônios por reconhecimento da lei de determinadas situações jurídicas ou regimes jurídicos, ou como uma faculdade conferida pela lei ao titular<sup>124</sup>.

Essa separação decorre da própria natureza do regime jurídico ou de uma faculdade que a lei conferiu ao titular de decidir se fará a separação patrimonial. Ou seja, haverá o mesmo efeito de separação do patrimônio se decorrer da própria lei ou se o titular exercer a faculdade que a lei lhe conferiu.

São exemplos de patrimônio separados pela sua natureza: a herança, os bens do ausente, os bens particulares dos regimes de casamento, a massa concursal, o fideicomisso, os bens e direitos integrantes do fundo de investimento imobiliário, os créditos do regime fiduciário decorrente da alienação fiduciária de bem imóvel.

Da faculdade conferida pela lei ao titular podemos exemplificar como separados os patrimônios das cotas do fundo de investimento e o regime de patrimônios de afetação na incorporação imobiliária, frisando que essa afetação é uma subespécie que podemos classificar segundo a lição de Pontes de Miranda como especial, porque tem uma destinação e um regime próprio delimitado pela lei.

A utilização da expressão afetação é equivocada, pois está consagrada na doutrina a sua utilização para os bens públicos com relação à destinação especial que lhe seja conferida. Como rigor doutrinário se impõe, convém que as classificações sejam unívocas. Por outro lado, pode-se sustentar que haveria a identidade necessária para a utilização da mesma expressão em função da sua destinação.

---

<sup>124</sup> Veja Fábio Ulhôa Coelho, *Comentários à Lei de Falências e Recuperação de Empresas*, 3ª ed., E-book, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2018, item 328: “A separação do patrimônio pode decorrer diretamente da lei ou de negócio jurídico por esta especificamente autorizado. Os sujeitos de direito não têm a faculdade de cindir seus patrimônios em qualquer hipótese, mas apenas naquelas previstas em preceito legal. Como a regra é a da unicidade e indivisibilidade do patrimônio, apenas nas exceções abertas pela lei admite-se a segregação.” No mesmo sentido, confira: Melhim Namem Chalhum, *Trust: perspectivas do direito contemporâneo na transmissão da propriedade para administração de investimentos e garantia*, Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 126

Essa noção da existência de uma espécie de patrimônio especial dentro do gênero patrimônio separado é relevante como veremos adiante para o negócio fiduciário da espécie de administração.

Dessa forma, o patrimônio pode ser separado, e podem existir vários patrimônios separados vinculados ao mesmo titular.

Em termos de classificação que propomos para a separação patrimonial, há que se ter em destaque a noção de patrimônio. Patrimônio é o gênero do qual há duas espécies: o patrimônio geral e o patrimônio segregado.

Patrimônio segregado é um sinônimo de separado. O termo segregado vem sendo utilizado em direito comparado, e, também, com igual sentido da expressão na lei brasileira, o que para a finalidade de sistematização deve ser aceito, tanto pela funcionalidade de respeitar o que se construiu até agora, como também, porque não resulta numa contradição com relação à separação. Separado é segregado.

E como subespécie do patrimônio segregado existe o patrimônio afetado, porque além de ser separado tem uma destinação e um regime próprio delimitado pela lei.

A doutrina brasileira ignorou a lição de Pontes de Miranda no sentido de que: “O patrimônio serve ao fim; não é fim em si”<sup>125</sup>, ensinamento que rompe com a noção da unicidade do patrimônio, como fundamentaremos em fortalecimento ao princípio da autonomia patrimonial como uma técnica que resulta da natureza de um negócio jurídico, sem alterar a sua essência.

Contudo, é forçoso recordar que a teoria do patrimônio, de autoria de Charles Aubry e Charles Rau, surgiu na segunda metade do século XIX. A partir da obra de Karl Salomo Zachariae, eles elaboraram a teoria lastreada fundamentalmente nos artigos 2092 e 2093 do

---

<sup>125</sup> Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. V, *cit.*, p. 369.

Código Civil Francês, editando o livro "*Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*", que foi considerado o primeiro tratado moderno pelos irmãos Mazeaud.<sup>126</sup>

A importância da teoria decorre do fato de apresentarem uma fundamentação e a definição do patrimônio, ou seja, muito além de apenas repetir a letra da lei expressa no Código de Napoleão, o que resultou no seu reconhecimento como a teoria clássica do patrimônio, subjetiva, em virtude da vinculação com a personalidade.

Ressalte o momento histórico, influenciado pelo período após da Revolução Francesa, que impõe a Napoleão a máxima proteção da liberdade e da propriedade individual, anseios prementes motivadores de que a propriedade tenha um valor absoluto.<sup>127</sup>

No discurso preliminar ao Código de Napoleão proferido por Portalis, a expressão patrimônio é utilizada para caracterizar um conjunto de bens pertencente a um sujeito.<sup>128</sup>

A definição de Aubry e Rau para patrimônio é de objeto imaterial, conceituando-o como o conjunto de direitos civis de uma pessoa sobre os objetos que constituem bens, sendo uma abstração a partir de direitos em relação aos bens, formando uma universalidade de direito.<sup>129</sup>

---

<sup>126</sup> Confira: Norberto Bobbio. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Compiladas por Nello Morra; tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p.84: "A história da escola da exegese [...] pode ser dividida, segundo Bonnacase, em três períodos: os primórdios (de 1804 a 1830), o apogeu (de 1830 a 1880) e o declínio (de 1880 em diante, até próximo do fim do século passado). Os maiores expoentes dessa escola, cujas obras apareceram precisamente durante a segunda fase de sua história, são: [...] Charles Aubry e Frédéric Charles Rau (professores na Universidade de Estrasburgo), um binômio indissolúvel e cuja obra-prima é o Curso de direito civil francês (*Cours de droit civil français*) em 5 volumes, publicados na sua primeira edição entre 1838 e 1844. Esta obra suscitou muitas polêmicas acerca de sua originalidade e suas relações com o Tratado de Zachariae, porque nas suas duas primeiras edições foi apresentada como tradução deste último. Na realidade, nas edições posteriores foi passo a passo radicalmente reelaborada pelos dois autores franceses, de modo a constituir uma obra autônoma e original."

<sup>127</sup> Leia em Sylvio Capanema de Souza, "O Código Napoleão e sua Influência no Direito Brasileiro", *cit.*, p. 39: "Mas é evidente que sendo Napoleão um filho da Revolução Francesa, o seu Código teria que refletir seus ideais, neles se inspirando. Vinculado à declaração dos Direitos do Homem, todo o Código repousa numa concepção puramente individualista, o que influenciou todo o direito do Século XIX, inclusive o nosso. Não é difícil perceber que, no plano jurídico, o Código refletiu o pensamento liberal consagrado na Revolução Francesa. A obsessiva busca da proteção da liberdade e da propriedade individual, que iria se alcançar com a limitação do poder absoluto dos governantes, desaguou, como não poderia deixar de ser na exaltação da lei como o único instrumento capaz de limitar a liberdade das pessoas."

<sup>128</sup> Jean-Étienne-Marie Portalis. *Discours préliminaire au premier projet de Code Civil*. Bordeaux, Éditions Confluences, 2004, pp. 28, 40, 47 e 50.

<sup>129</sup> Charles Aubry e Charles Rau. *Cours de Droit Civil Français*, t. II, 2.a ed., Bruxelles, Société belge de librairie, Hauman et Ce, 1842, pp. 2-3 explicam "On peut considérer les objets des droits civils, soit en eux-mêmes et d'après

E o patrimônio exprime um valor pecuniário, sendo uma emanção da personalidade, cada pessoa, seja ela física ou jurídica, é titular de um patrimônio, mas apenas de um patrimônio. Portanto, se cada pessoa só pode ter um patrimônio, decorre a conclusão de que o patrimônio é uno e indivisível, tal como a personalidade, não sendo, portanto, possível fracioná-lo em partes, de modo a formar universalidades jurídicas distintas. Logo, o patrimônio é uno porque a personalidade é una.

Finalmente, a teoria de Aubry e Rau, elenca cinco faculdades que o titular do patrimônio possui: a de administrar o patrimônio, que engloba providências atinentes a sua conservação, seu aumento e dele retirar vantagens; a de receber os rendimentos, lucros provenientes do patrimônio; a faculdade de dispor, por testamento, da totalidade ou de uma cota-parte do patrimônio; a de reclamar, "por meio de uma ação pessoal que podemos qualificar de ação de *in rem verso*, a restituição dos objetos ou valores pertencentes ao patrimônio", a de reivindicar o patrimônio, uma vez que uma pessoa não pode ser privada de seu patrimônio senão quando tenha perdido sua própria personalidade em razão de seu falecimento.<sup>130</sup>

Interessante observar que a teoria também destaca que o patrimônio é composto por elementos fungíveis, nos quais opera a chamada sub-rogação real, isto é, "uma ficção segundo a qual um objeto vem a substituir outro para se tornar a propriedade da pessoa à qual pertenceria a esse último, e para revestir sua natureza jurídica".<sup>131</sup>

---

*leur nature ou leur forme constitutive, soit sous le rapport de l'utilité qu'ils offrent à la personne qui a des droits à exercer sur eux. Envisagés sous ce dernier point de vue, et par conséquent abstraction faite de leur individualité, ces objets s'appellent des biens. (...) La distinction des objets des droits civils, en corporels et incorporels, en meubles et immeubles, n'est point à la rigueur applicable aux biens, car ce terme n'exprime qu'une abstraction. (...) L'ensemble des biens d'une personne constitue son patrimoine. Les éléments du patrimoine consistent donc dans les objets des droits civils, considérés en leur qualité de biens; et comme ces objets ne revêtent cette qualité qu'à raison des droits auxquels ils sont soumis envers une personne, on peut aussi, en substituant en quelque sorte la cause à l'effet, définir le patrimoine, l'ensemble des droits civils d'une personne sur des objets constituant des biens. Le patrimoine est une universalité de droit, en ce sens que les biens forment, en vertu de l'unité même de la personne à laquelle ils appartiennent, un ensemble juridique."*

<sup>130</sup> Confira: Charles Aubry e Charles Rau, *Cours de Droit Civil Français*, cit., pp. 246-247.

<sup>131</sup> Charles Aubry e Charles Rau, *Cours de Droit Civil Français*, cit., p. 235, ensinam: "La subrogation réelle est, dans le sens le plus général, une fiction par suite de laquelle un objet vient en remplacer un autre, pour devenir la propriété de la personne à laquelle appartenait ce dernier, et pour revêtir sa nature juridique."

Esse ponto é extremamente relevante pelas consequências da sub-rogação nessa ordem de ideia de universalidade, portanto, permitindo ao credor a faculdade de executar todos os bens que integrem o patrimônio do devedor, desde que exercido o devido processo legal.

Nesse aspecto reside o motivo de existir da noção de unicidade patrimonial, qual seja, o temor de frustrar a satisfação de créditos, ou na explicação de Jacques Chevallier, o receio em se permitir a existência jurídica de uma massa patrimonial despida de personalidade se deve à necessidade de segurança jurídica dos credores de poderem ver cumpridas as obrigações que pactuaram<sup>132</sup>.

É inegável que a unicidade do patrimônio da teoria subjetiva decorre da ligação entre patrimônio e a noção de personalidade: "a ideia de patrimônio é corolário da ideia de personalidade"<sup>133</sup>.

Essa concepção clássica atendeu por certo tempo às demandas da sociedade e foi dominante no cenário jurídico, a ponto de ser ter sido "repetida, ao longo do tempo, de modo monocórdio e acrítico"<sup>134</sup>.

Contudo, a atividade econômica de uma sociedade mais moderna exigiu a aparição de novos instrumentos capazes de delimitar riscos e fortalecer os mecanismos de garantia existentes no mercado, revelando que o conceito clássico de patrimônio era insuficiente<sup>135</sup>.

---

<sup>132</sup> Jacques Chevallier, *Cours d'introduction à l'étude du droit et droit civil*, Paris, Les Cours de droit, 1965, p.110, explica: "On comprend alors qu'il ne puisse dépendre de la volonté d'une personne, en grevant ses biens d'une affectation déterminée, de restreindre le droit de ses créanciers et de soustraire certains de ses biens à leur poursuite. C'est là ce que signifie le principe de l'unité et de l'indivisibilité du patrimoine qui raisait en définitive l'enjeu de toute la controverse. Bien au-delà de considérations purement abstraites ce principe repose sur une exigence de loyauté que la doctrine classique n'a pas soumettre assez en valeur. Notre droit français n'admet pas qu'un débiteur puisse soustraire une partie de ses biens à la poursuite de ses créanciers; il exige qu'un débiteur réponde toujours sur tous ses biens de chacune de ses dettes".

<sup>133</sup> Charles Aubry e Charles Rau, *Cours de Droit Civil Français*, cit., p. 306.

<sup>134</sup> Gustavo Tepedino, Prefácio, in: Milena Donato Oliva, *Patrimônio separado*, cit., p.ix.

<sup>135</sup> Leia: Luiz Edson Fachin, *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, cit., p.41: "Essa idéia de patrimônio, criada no século XIX e projetada para o futuro do pretérito, tinha a função de preservar o indivíduo frente ao Estado, afirmando-se que toda pessoa tem patrimônio e que este estaria submetido à sua vontade. Com o tempo, todavia, operou-se a sua desvinculação da pessoa, transformando-se em instrumento de atuação econômica, que está mais direcionado à proteção de terceiros (garantia de dívidas) que, propriamente, à pessoa de seu titular." Também, Milena Donato Oliva, *Patrimônio separado*, cit., p.1, ressalta que: "Tal concepção, contudo, forjada no bojo de contextos especial e temporal específicos, atendeu a determinadas necessidades históricas que, atualmente, não subsistem com a mesma configuração".

Não há dúvida que eram fundadas tais razões no momento histórico em que essa teoria subjetiva foi concebida. Basta lembrar a passagem do sistema de garantia do Direito romano, no qual o devedor respondia com seu corpo e sua liberdade, para execução patrimonial.<sup>136</sup>

Constatamos o anacronismo do pensamento jurídico a partir de um mito e de um fantasma. O mito da unicidade patrimonial e o fantasma da fraude.

Como demonstrado, a unicidade patrimonial pretendia atender aos anseios de proteção da propriedade individual, o que efetivamente é apenas um discurso retórico. A proteção da propriedade não resulta da negativa de existência de patrimônios separados em função de situações jurídicas justificadas, como já era o caso na época com relação ao dote, e ao patrimônio da mulher. Trata-se de um mito desde a sua origem.

O atual contexto e as necessidades são radicalmente diferentes, como precisamente observa Luiz Edson Fachin: “Os fatos explodem os conceitos, e situações podem ser levantadas e que apontam precisamente a incapacidade da teoria clássica em aceitar a existência de categorias jurídicas que fogem à estruturação sistemática da lógica analítica dos conceitos. Não passa incólume, por conseguinte, a noção de patrimônio.”<sup>137</sup>

Por isso, é possível afirmar que exatamente pela mesma razão que se teme a frustração de uma possível indenização decorrente de danos provocados por atividades sem lastro patrimonial, em fraude à possibilidade de ter que responder com o patrimônio, exatamente por isso que devemos evoluir para reconhecer a importância do princípio da autonomia patrimonial, exatamente para evitar que credores sejam frustrados diante da vantagem de se possibilitar a segregação patrimonial<sup>138</sup>. O fantasma não assusta.

---

<sup>136</sup> Confira: Ricardo Luis Lorenzetti, *Fundamentos do direito privado*, Tradução de Véra Maria Jacob de Fradera, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, p.62: “No direito Romano, foi um instrumento para aliviar a situação do devedor, permitindo superar a submissão pessoal para passar à execução patrimonial. No século XIX, o Código concebeu o cidadão como indivíduo distinto do Estado e conferiu-lhe atributos, entre os quais se encontravam o nome, a capacidade e o patrimônio. A função que desempenha nesse contexto é de preservar o cidadão frente ao Estado: daí afirmar-se que toda pessoa tem um patrimônio e que o mesmo está submetido a sua vontade.”

<sup>137</sup> Confira: Luiz Edson Fachin, *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, cit., p.29.

<sup>138</sup> Vide: Melhim Namem Chalhub, *Da incorporação imobiliária*, 3.ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2010, p. 85: “Importa registrar, por relevante, que a formação de patrimônios especiais, visando a consecução de determinadas finalidades, deve ser autorizada por lei, devendo o regime legal específico que disciplinar a segregação patrimonial estabelecer as condições da afetação, os limites e a forma de consecução das finalidades para as quais há de se operar a segregação. A necessidade de autorização legal se explica por que a separação patrimonial relativiza o princípio segundo a qual o patrimônio constitui garantia geral dos credores e, ainda, o princípio da livre utilização

A vantagem da segregação reside exatamente na mesma lógica do princípio da taxatividade dos direitos reais, ou seja, será a lei quem determinará as hipóteses permitidas de segregação do patrimônio. Dessa forma, há uma tipicidade na segregação patrimonial criando uma verdadeira especialização no regime da responsabilidade patrimonial vinculando bens para uma possível e futura satisfação de créditos decorrentes da atividade do titular daquele patrimônio, com explica Elgueta.<sup>139</sup>

Logo, a questão reside na necessidade de garantir que os patrimônios separados sejam compatíveis com a finalidade a que se propõem, não se podendo estabelecer um raciocínio jurídico invertido, presumindo a má-fé e pautado na patologia.

Nesse sentido, constata-se o fortalecimento de uma teoria objetiva, de gênese alemã e que teve larga aderência na França como se pode constatar com a Lei nº 2007-211, de 19 de fevereiro de 2007, que acrescentou o artigo 2.011 no Código Civil francês disciplinando o instituto da fidúcia, no livro intitulado “Das diferentes maneiras pelas quais se adquire a propriedade.”<sup>140</sup>.

Posteriormente, houve a edição de outra lei que permitiu a criação de patrimônios separados no Direito francês. A Lei nº 2010-658, de 15 de junho de 2010, relativa ao empresário

---

do patrimônio por parte do seu titular. De fato, a permissão legal para formação de patrimônios especiais faculta ao sujeito segregar ou excluir certos bens de seu patrimônio e dar-lhes destinação determinada, exclusiva; tal faculdade, se não disciplinada por regime legal especial e cercada de cautelas especiais, pode dar ensejo a fraude, daí a necessidade de intervenção legislativa, pela qual se estabeleça um regime especial de garantia a que a massa desse patrimônio estiver vinculada, com rigorosa limitação dos poderes atribuídos ao seu titular, condicionado o exercício desses poderes ao cumprimento da finalidade para o qual tiver sido constituído o patrimônio separado.”

<sup>139</sup> Giacomo Rojas Elgueta, *L'autonomia privata e le limitazioni dela responsabilità patrimoniale del debitore*, Roma, Aracne Editrice, E-book, 2006, p. 53: “Per poter comprendere esattamente il fondamento della tipicità dei patrimoni separati sembra corretto guardare questo fenomeno nella prospettiva del diritto di proprietà. Infatti, è possibile cogliere una stretta interdipendenza fra il principio del numerus clausus dei diritti reali e quello della tipicità dei patrimoni separati. Come si è detto la separazione patrimoniale realizza una specializzazione nella disciplina dela responsabilità patrimoniale vincolando alcuni beni del debitore alla soddisfazione di determinati crediti titolati.” Nossa tradução livre: “Para entender exatamente o fundamento da tipicidade dos patrimônios separados parece correto olhar para este fenômeno na perspectiva do direito de propriedade. De fato, é possível apreender uma estreita interdependência entre o princípio do *numerus clausus* dos direitos reais e aquele da tipicidade dos patrimônios separados. Como foi dito, a separação patrimonial realiza uma especialização na disciplina da responsabilidade patrimonial vinculando alguns bens do devedor à satisfação de certos créditos titulados.”

<sup>140</sup> “La fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires.” (Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGISCTA000006118476/>. Acesso em: 05 nov. 2021.)

individual sujeito à responsabilidade limitada, que insere no código uma nova seção que compreende os artigos 526-6 a 526-21. No artigo 526-6 é determinado que todo empresário individual pode afetar à sua atividade profissional um patrimônio separado de seu patrimônio pessoal, sem que para isso seja necessária a criação de uma pessoa jurídica.<sup>141</sup>

Portanto, a teoria objetiva do patrimônio revela a autonomia entre as noções de patrimônio e personalidade, o que permitiu que Leon Duguit preconizasse que no patrimônio de uma pessoa, "não há, em realidade, outra coisa que a afetação socialmente protegida de uma certa quantidade de riquezas a um objetivo determinado"<sup>142</sup>.

Ainda nesse quadro evolutivo, a noção de patrimônio também tem sido interpretada em função da dignidade da pessoa humana<sup>143</sup>, especialmente a partir do art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, que a estabeleceu como fundamento da República, impondo a garantia de direitos fundamentais à propriedade, que é um elemento do patrimônio.

A noção atual de patrimônio indica um horizonte de inclusão e proteção, inclusive reconhecendo a existência de um patrimônio mínimo para cada ser humano<sup>144</sup>.

O objeto do nosso estudo impõe que sejam explicitadas a existência, a conveniência e a oportunidade do patrimônio segregado no ordenamento jurídico brasileiro.

---

<sup>141</sup> "Tout entrepreneur individuel peut affecter à son activité professionnelle un patrimoine séparé de son patrimoine personnel, sans création d'une personne morale. « Ce patrimoine est composé de l'ensemble des biens, droits, obligations ou sûretés dont l'entrepreneur individuel est titulaire, nécessaires à l'exercice de son activité professionnelle. Il peut comprendre également les biens, droits, obligations ou sûretés dont l'entrepreneur individuel est titulaire, utilisés pour l'exercice de son activité professionnelle et qu'il décide d'y affecter. Un même bien, droit, obligation ou sûreté ne peut entrer dans la composition que d'un seul patrimoine affecté. « Pour l'exercice de l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté, l'entrepreneur individuel utilise une dénomination incorporant son nom, précédé ou suivi immédiatement des mots: " Entrepreneur individuel à responsabilité limitée " ou des initiales: " EIRL". (Disponível em: [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article\\_lc/LEGIARTI000038584749/](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000038584749/) . Acesso em: 06 nov. 2021.)

<sup>142</sup> Vide: Leon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, v. 1, 2.ed., Paris, Fontemoing, 1921, p.372: "Dans ce qu'on appelle patrimoine d'une personne, il n'y a pas, en réalité, autre chose que l'affectation socialement protégée d'une certaine quantité de richesses à un but déterminé."

<sup>143</sup> Leia: Jussara Meirelles, O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial, in: Luiz Edson Fachin, *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*, Rio de Janeiro, Renovar, 1998, p.87-114.

<sup>144</sup> Vide: Luiz Edson Fachin, *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, cit., p.280-281: "tal mínimo é valor e não metrificção, conceito aberto cuja presença não viola a idéia de sistema jurídico axiológico. O mínimo não é menos nem é infimo. É um conceito apto à construção do razoável e do justo ao caso concreto, aberto, plural e poroso ao mundo contemporâneo." Leia também: Adriano Ferriani. *Responsabilidade patrimonial e mínimo existencial*. São Paulo, Editora IASP, 2017, pp.201-213.

Apesar das diferenças expressivas entre o Código Civil de 1916 e o de 2002, visto que o primeiro possuía inspiração positivista, ao passo que o segundo possui influência culturalista, no que concerne à noção de patrimônio uno e indivisível tal como propalado pela teoria subjetiva, como compreender as recentes leis brasileiras que admitem a criação de patrimônios separados? Afinal, qual teoria é atualmente adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro?

Não há dúvida que houve o rompimento com o conceito da unicidade do patrimônio, o que, aliás, já estava previsto no Código Civil em relação ao patrimônio particular que se distingue do patrimônio comum nos regimes de bens. (CC. arts. 1.663 e 1.665), entre outros exemplos já citados.

A capacidade patrimonial é o novo paradigma que fundamenta e permite a existência de vários patrimônios detidos pela mesma pessoa natural ou jurídica, sem que haja preocupação com a lesão aos direitos de herdeiros ou alheios. Uma autonomia com responsabilidade, conferindo uma nova dimensão para o patrimônio com ênfase no seu regime jurídico ou na sua finalidade.

Dessa forma, como vimos nos exemplos acima da legislação especial e no Código Civil, o princípio da autonomia patrimonial é concretizado com a faculdade conferida ao titular do patrimônio para que possa separar o patrimônio tendo em vista uma finalidade própria para a atividade a que se propõe.

Nesse contexto, desde a primeira Constituição no Brasil de 1824, mesmo no Império, o direito de propriedade e o princípio da legalidade são invioláveis e representam uma garantia do cidadão.<sup>145</sup> Essas proteções foram sendo repetidas em todas as Constituições, sem exceção, o que demonstra de forma inequívoca a prioridade valorativa de proteção da propriedade e da legalidade.

---

<sup>145</sup> “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. I. Nenhum Cidadão póde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude da Lei.”

Portanto, essa dimensão da propriedade é respeitada quando a lei, e somente a lei pode fazê-lo, confere essa faculdade de instituição da segregação patrimonial ou mesmo protege como no caso do reconhecimento de situações jurídicas onde há patrimônio segregados, como nos casos clássicos da herança, do ausente, dos bens particulares dos regimes de casamento, da massa concursal, do fideicomisso.

É a expansão do reconhecimento de que a propriedade, como um elemento do patrimônio, deve ser protegida, e assim também haverá a proteção do patrimônio nos casos especificados pela lei.

Nos negócios jurídicos, a segregação patrimonial caracteriza-se como um elemento derogável, que decorre da natureza de um determinado tipo negocial, e pode existir ou não, porque é uma faculdade exercida em virtude da autonomia privada.

Podemos concluir que a segregação patrimonial é uma técnica legal que resulta da natureza de uma situação jurídica ou de um tipo de negócio jurídico, que não altera a sua essência, e decorre do pleno reconhecimento do princípio da autonomia patrimonial, representando uma evolução para o direito comercial, para a segurança jurídica e o desenvolvimento econômico, o que está bem evidenciado com o resultado das alterações legislativas promovidas no Brasil.

De todo o exposto, conseguimos identificar quais são os elementos inderrogáveis, ou seja, os elementos sem os quais não existe o negócio fiduciário. Logo, são da essência do negócio fiduciário no Brasil: a finalidade, a fidúcia e a transmissão temporária.

A ordem indicada não é aleatória.

Primeiramente há a finalidade desejada pelo fiduciante. Essa finalidade existe em qualquer que seja a espécie de negócio fiduciário e é determinante para que se materialize o pacto no qual a fidúcia representa a confiança de que a transmissão da coisa deve atingir a finalidade, com o cumprimento recíproco de todas as obrigações das partes contratantes, especialmente com relação ao destino da coisa.

Como frisa A. Barreto Menezes Cordeiro: “(...) os negócios fiduciários, em especial na sua vertente para garantia são especialmente utilizados no comércio jurídico por entidades bancárias e financeiras. Mais do que uma confiança no fiduciário, confia-se em que o sistema funciona e que o Direito pode, a todo o tempo, ser chamado a intervir.”<sup>146</sup>

Nas espécies de negócios fiduciários de garantia típicos, previstos em lei, a transmissão pode resultar numa propriedade fiduciária, o que não ocorre nos negócios fiduciários atípicos que venham a ser pactuados.

Como um elemento derogável do negócio fiduciário, desde que haja previsão em lei, poderá haver a segregação do patrimônio no negócio fiduciário.

Por fim, cumpre ressaltar que a finalidade revela uma intensa presença do princípio da autonomia privada para que o negócio fiduciário seja realizado, desde as tratativas, formação e execução do contrato.

Essa revelação demonstra também a existência da *causa fiduciae* que acaba por preencher todo o conteúdo do negócio fiduciário, de forma unitária, tanto se estiverem conjuntamente presentes efeitos de natureza real ou de natureza obrigacional. Existindo a *causa fiduciae*, ela é única, suficiente e determinante para a realização do negócio fiduciário. Não há duplicidade de causa para o negócio fiduciário. Essa causa fiduciária também é determinante para justificar a razão econômica e jurídica do negócio, muitas vezes ditados por parâmetros já consolidados pela prática de mercado, como no Brasil verifica-se, por exemplo, com o contrato de alienação fiduciária de bem imóvel.

### **3.2. O *trust* e o negócio fiduciário**

O caminho percorrido até aqui, propositadamente, pretendeu explicitar os elementos existentes dos dois institutos jurídicos, o *trust* e o negócio fiduciário, para que pudéssemos identificar quais são os elementos que unem e os que separam os dois institutos, com o declarado objetivo de sistematização.

---

<sup>146</sup> Antônio Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust no Direito Civil*, cit., p. 949.

Constatamos que tanto o *trust*, quanto o negócio fiduciário, são expressões do negócio jurídico, cuja vontade qualificada é extremamente marcante e reveladora da presença do princípio da autonomia privada como evidencia Mota Pinto: “Autonomia privada está presente nos domínios em que o direito civil visa uma função de modelação e disciplina positiva da vida social.”<sup>147</sup>

Efetivamente o negócio jurídico é a forma de atuação da autonomia privada o que motivou Francisco Amaral a se filiar à corrente de que “não há motivo para que não se considere o negócio jurídico fonte de direito, e a autonomia privada, de que ele é expressão, verdadeiro poder normativo. Aceitar a autonomia privada como poder de criar regras jurídicas é, aliás, estabelecer mais um critério para distinguir os atos jurídicos, em senso estrito, dos negócios jurídicos. Estes, ao contrário daqueles, criam regras jurídicas.”<sup>148</sup>

A reflexão traz à tona a constatação que o princípio da autonomia privada se encontra presente tanto no *trust*, quanto no negócio fiduciário, em função da vontade qualificada<sup>149</sup> e da confiança para transferência temporária de bens e direitos.

Entretanto, o *trust* é instituído unilateralmente, ao passo que o negócio fiduciário é um contrato, portanto, pelo menos bilateral, consubstanciando-se numa diferença estrutural que não pode ser ignorada, representada por elementos gerais distintos no plano da existência do negócio jurídico.

---

<sup>147</sup> Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria geral do direito civil*, 4ª. ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 104.

<sup>148</sup> Francisco Amaral, *Direito civil: introdução*, cit., p. 573. Leia a nota de rodapé 1068: “Na doutrina italiana, são adeptos da concepção normativa do negócio jurídico, isto é, o negócio jurídico como fonte normativa, entre outros: Ascarelli, Esposito, Tedeschi, Carnelutti, Pergolesi, Santi Romano, D'Eufemia, Salvatore Romano e Passerin D'Entrèves; na Alemanha, Büllow, Danz, Kelsen, Manigk, Nawiasky, Alexeiev. Têm opinião contrária: Betti, Trimarchi, Scognamiglio, Messineo, Stolfi, Cariota-Ferrara. Cf. Ferri, p. 33. No Brasil, a concepção dominante é a tradicional, que não vê o negócio jurídico como fonte normativa. Cf. Walküre Lopes Ribeiro da Silva, A autonomia privada como fonte de normas jurídicas trabalhistas, n. 44, p. 64.”

<sup>149</sup> António Junqueira de Azevedo, *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, cit., p. 17-18, explica: “O negócio jurídico não é, por outras palavras, uma simples manifestação de vontade, mas uma manifestação de vontade qualificada, ou a uma declaração de vontade. Já dizia Saleilles, na abertura de seus comentários aos §§ 116 a 144 do Código Civil alemão: ‘Não é preciso apenas que (a vontade) seja revelada por um fato ou por uma atitude externa, é preciso que ela tenha querido se produzir externamente *como vontade constitutiva de direito*. E a palavra ‘declaração de vontade’ implica este *elemento novo*, que consiste numa finalidade de manifestação jurídica, não somente de irrevogabilidade de manifestação jurídica, mas, se se pode dizer assim, de produção ou de eficácia jurídica”.

Não há no *trust* a incidência do princípio da liberdade contratual, porque não há um contrato. Não há negociação, nem tratativas, há a declaração unilateral de vontade.

É verdade que para a instituição de um *trust*, em regra, o instituidor é assessorado por muitos profissionais para todas as escolhas fundamentais que deve fazer como, por exemplo, a finalidade, o beneficiário, a individualização dos bens, o *trustee*, os termos do *trust*. Porém, essa dinâmica faz parte exclusivamente da elaboração e exteriorização da sua vontade, não se confundido com a dinâmica contratual, efetivamente mais complexa porque dependente de uma conjugação de vontades, dependente de um consentimento recíproco. As autonomias de vontades, de parte a parte, constroem a autonomia privada que resulta no contrato.

A dinâmica da autonomia da vontade para o negócio jurídico unilateral é diferente. Apesar de não haver a negociação, impõe uma profunda reflexão e responsabilidade. O poder da tomada de decisão e da concretização está concentrado exclusivamente na figura de uma única só pessoa. Grandes poderes importam em grandes responsabilidades.

Como tivemos oportunidade de destacar com relação aos limites da fixação do conteúdo contratual, que além das limitações de ordem formal e de ordem pública que se impõem como a licitude do objeto, há também no negócio jurídico unilateral os mesmos limites com relação à função social, boa-fé e abuso do direito. Podemos até classificá-los como limites subjetivos para os princípios da autonomia privada e da liberdade contratual, porque assim se apresentam de ordem subjetiva, que podem ser revelados posteriormente à concretização do negócio jurídico, próprio da fluidez da conformação das relações jurídicas que se estabelecem a partir do negócio jurídico.

No *trust*, mesmo sendo um negócio jurídico unilateral, a autonomia privada manifestada pelo instituidor, apesar de não ser ilimitada, é bastante ampla. E produz efeitos na vida de terceiros.

O beneficiário de uma finalidade instituída por um *trust* tem efetivamente um direito expectativo como explica Pontes de Miranda: “O nosso século limpou a doutrina jurídica das confusões entre expectativa e direitos potestativos, ou entre expectativa e direitos expectativos.

Se há efeitos, há fato jurídico; se há fato jurídico, o efeito, que òle produz, já é, - portanto não se trata de expectativa. Isso não quer dizer que o direito expectativo tenha de ter efeitos desde logo, ou que, em terminologia que leva às confusões mais lamentáveis, não haja direito expectativo sem os chamados efeitos preliminares. Direito é efeito jurídico; o direito expectativo já é, de si só, efeito jurídico.”<sup>150</sup>

E tais efeitos na vida de terceiros decorre do fato de um *trust* se tratar de um negócio jurídico unilateral receptício, pois a vontade qualificada do instituidor tem que se tornar conhecida.

De tudo o que foi exposto, ficaram explícitos que a vontade qualificada para atingir uma finalidade, a fidúcia e a transmissão temporária são os pontos comuns existentes entre os dois institutos jurídicos, o *trust* e o negócio fiduciário.

A partir da classificação de Antônio Junqueira de Azevedo que nos propusemos, no plano da existência de um negócio fiduciário apresentam-se como elementos inderrogáveis, ou seja, os elementos sem os quais não se configura o negócio fiduciário: a finalidade, a fidúcia e a transmissão temporária.

O *trust*, por sua vez, tem como elementos inderrogáveis, ou seja, os elementos sem os quais não se configura um *trust*: a finalidade, a fidúcia, a transmissão temporária e o patrimônio segregado.

Portanto, há uma identidade ampla dos elementos inderrogáveis do negócio jurídico existentes entre o *trust* e o negócio fiduciário. São eles: a finalidade, a fidúcia e a transmissão temporária.

O único elemento inderrogável que não é coincidente é o patrimônio segregado, amplamente tratado no item anterior, e cuja existência somente pode ser prevista por lei, da mesma forma com relação aos direitos reais. Deflui-se do negócio fiduciário que haverá direitos e obrigações de natureza pessoal, podendo haver direitos reais. Esses direitos reais dependerão

---

<sup>150</sup> Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. V, *cit.*, pp. 295-296.

da existência de previsão legal, não estando ao arbítrio das partes, diante do princípio da taxatividade.

A distinção entre o *trust* e o negócio fiduciário no âmbito dos elementos gerais do plano da existência do negócio jurídico, não aparenta ser um fator intransponível para a sua caracterização como uma espécie de negócio fiduciário.

O negócio jurídico em geral pode ser formalmente realizado de forma unilateral, ou bilateral, não havendo determinação específica ou vedação legal. Portanto, não se apresenta incompatível que o negócio fiduciário possa existir por intermédio de qualquer uma das duas formas. O fato de haver alguns negócios fiduciários com determinação legal específica sobre a forma, não desautoriza a noção geral do negócio jurídico que pode ser tanto unilateral quanto bilateral.

O elemento geral distinto do plano de existência do negócio jurídico fiduciário não impede a sua realização, e não interfere na essência de natureza fiduciária.

A fidúcia é da essência do negócio fiduciário. É a confiança de que a transferência da coisa é temporária para o atingimento da finalidade que representa a própria razão de existir do negócio. Não é sem sentido de que não estamos falando da transmissão de um direito para alguém de confiança. O núcleo fundamental não é a transmissão, mas a confiança. A confiança de que a transferência da coisa é temporária para o atingimento da finalidade.<sup>151</sup>

Reiteramos a noção histórica da *fides* que muito significa, com bastante profundidade e amplitude, revelando o que verdadeiramente é a fidúcia: a palavra dada. Efetivamente se confia no cumprimento do pacto que é a materialização da finalidade para qual ele foi realizado.

---

<sup>151</sup> António Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust no Direito Civil, cit.*, p. 1140, explica: “Tradicionalmente, o negócio fiduciário é apresentado como uma transmissão de um direito para alguém de confiança, que se compromete a atuar nos exatos termos acordados e a retransmitir o bem com a verificação dos pressupostos acordados. Esta interpretação está hoje ultrapassada. Nada impede que o titular de um direito assumira essa mesma obrigação no âmbito de uma posição já ocupada. Assim, o elemento primário do negócio fiduciário não é a transmissão de um direito, mas a assunção da posição de fiduciário.”

De fato, a fidúcia é assim entendida por confiança, como enuncia A. Barreto Menezes Cordeiro: “Desde os seus primórdios mais arcaicos, a fidúcia teve sempre uma aura muito própria. Fidúcia significa confiança: a confiança que une as diversas partes intervenientes.”<sup>152</sup>

Incontornável a constatação da presença da boa-fé como uma diretriz para a confiança, pois o seu sentido ético representa a expectativa que se mantenha a correção e o equilíbrio na forma e no conteúdo.

O princípio da eticidade, propalado por Miguel Reale como um dos três princípios que ancoram todo o Código Civil, é informador do princípio da boa-fé na medida em que elege como paradigma os critérios ético-jurídicos. Daí porque existe o limite de que é vedado o abuso do direito no negócio jurídico.

Não é um objetivo desse trabalho dissertar sobre a boa-fé, nem deixar de reconhecer que seja um tema indissociável de toda e qualquer abordagem que envolva um negócio jurídico, tanto pelo seu caráter subjetivo, quanto objetivo, como bem retrata Menezes Cordeiro indicando a sua natureza jus-cultural, tornando a boa-fé uma criação humana, fundada, dimensionada e explicada em termos históricos.<sup>153</sup>

Não há negócio jurídico sem boa-fé.

A nossa menção à boa-fé sob ângulo da confiança, decorre especialmente diante da confusão quanto aos deveres anexos da boa-fé objetiva, especialmente considerando a atuação do *trustee* na administração do *trust*.

Não se deve confundir a confiança como um dever anexo, que rigorosamente não se classifica dessa forma, como explica Judith Martins-Costa: “Quando atuar como fonte de deveres, exercendo a sua função nomogenética, a boa-fé gera deveres anexos aos deveres de prestação e deveres de proteção. Esta classificação carece de ser explicitada, pois não raramente se vê o emprego atécnico (quando não meramente retórico) dessas categorias jurídicas.”<sup>154</sup>

---

<sup>152</sup> António Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust no Direito Civil*, cit., p. 947.

<sup>153</sup> Confira: António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, *Da boa-fé no direito civil*, Coimbra, Livraria Almedina, 2001, p. 18.

<sup>154</sup> Judith Martins-Costa, *A boa-fé no direito privado : critérios para a sua aplicação*, 2. ed., São Paulo, Saraiva

A questão não é nova na doutrina da Alemanha, tendo sido Canaris, em sua obra “Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht” (1971), que abordou a confiança como a causa para a responsabilização, criando uma distinção com relação à boa-fé.

A principal tese sobre o tema da confiança, de Carneiro da Frada, cuidou de fundamentar a existência de uma autonomia entre a responsabilidade pela confiança e a regra de conduta segundo a boa-fé, com o objetivo de apresentar um sistema de proteção da confiança, de eminente caráter preventivo, sem ignorar a possibilidade de responsabilização pela violação específica da confiança.

Mesmo diante da complexidade de reestruturar dogmaticamente institutos jurídicos consolidados, como o abuso do direito da regra de conduta e boa-fé, é impactante o reconhecimento de que há um fundamento diverso para responsabilização e indenização nas hipóteses onde há a frustração decorrente da violação da confiança, como aponta Carneiro da Frada: “Nos negócios de confiança pode arrancar-se de uma confiança tipicizada, presumida face às características habituais nele envolvidas; prescindindo-se, portanto, da demonstração de uma situação concreta e individualizada de confiança por parte do sujeito que dela beneficia Mas a função deve ser autonomizada do fundamento. Por isso, uma genuína proteção da confiança apenas é de afirmar quando verdadeiramente se trate de assegurar o cumprimento de expectativas ou compensar a sua frustração em si mesmo, sem absorção desta protecção às mãos de outro fundamento.”<sup>155</sup>

Mas, verdadeiramente deve ser a confiança, e exclusivamente ela, identificada como o bem a ser tutelado e indenizado, e não ela sendo mais um elemento dentro da situação jurídica específica. A dificuldade de identificação é tamanha, que somente o caso concreto poderá confirmar a hipótese.<sup>156</sup>

---

Educação, *E-book*, 2018, p. 153.

<sup>155</sup> Manuel António de Castro Portugal Carneiro da Frada, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, cit., p. 553.

<sup>156</sup> Confira Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria geral do direito civil*, cit., p. 127: “Uma manifestação especialmente relevante do princípio da boa fé e que vem adquirindo já hoje uma particular densidade e identificação é o princípio da confiança. Aliás, várias das soluções legislativas que apelam ao princípio da boa fé em sentido objectivo são em grande medida inspiradas pela necessidade de tutela da confiança. Trata-se, no fundo, de acolher a ideia de que, em certos casos, deve relevar juridicamente a confiança justificada de alguém no comportamento de outrem, quando este tiver contribuído para fundar essa confiança e ela se justifique igualmente

Esse, sem dúvida, é o principal desafio de uma teoria que considera o princípio da confiança um princípio autônomo com relação ao princípio da boa-fé, frisando que estamos em domínio pouco explorado, como reconhecido pelo próprio Carneiro da Frada: “Perscrutando com atenção esta bravia «terra de ninguém», não se descobre apenas, nítido, o trilho da genuína e autêntica responsabilidade pela confiança. Encontram-se igualmente hipóteses que, mais do que propriamente com a frustração de expectativas, se prendem com a violação de deveres de comportamento. Deste modo, a ‘relação obrigacional primária sem deveres primários de prestação’ estrutura também - ainda que sem absorver na totalidade - o espaço de responsabilidade não delitual nem contratual; memorável criação dogmática, ela emerge assim como um dos mais altos cumes recortado na caleidoscópica paisagem do direito da imputação dos danos.”<sup>157</sup>

A dificuldade reside da evidente superposição existente entre boa-fé e confiança, que em geral está ínsita à boa-fé, mas que pode se distinguir, cuja interdependência é explicada por Judith Martins-Costa: “Assim, enquanto o princípio da confiança tem por escopo imediato assegurar expectativas, a função primeira da boa-fé como *standard* jurídico é propiciar o *direcionamento de comportamentos* no tráfico negocial, tendo, portanto, acrescido ao papel negativo (não violar a legítima expectativa, causando danos injustos ao parceiro), ainda um papel ativo ou dinâmico de direção e coordenação da interação social (agir positivamente em vista do fim do contrato; colaborar para que o adimplemento seja atingido). Em cada caso, se há de ter presente o peso de cada um desses princípios na relação de interdependência que entre si mantêm.”<sup>158</sup>

Adquirir confiança é uma dinâmica totalmente distinta da boa-fé. A boa-fé sempre está presente, ou deve estar. Não é porque se tem boa-fé, que se confia. Porém, adquirida a confiança, a boa-fé estará presente. Confiar é um ato de boa-fé. Por isso, que não há como falar em confiança sem a boa-fé.

---

em face das circunstâncias do caso concreto. Essa relevância jurídica pode levar a atribuir efeitos jurídicos a uma situação tão-só aparente, ou ficar-se, como sucederá normalmente, por criar a obrigação de indemnização pela frustração das legítimas expectativas.”

<sup>157</sup> Manuel António de Castro Portugal Carneiro da Frada, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, cit., p. 765.

<sup>158</sup> Judith Martins-Costa, *A boa-fé no direito privado : critérios para a sua aplicação*, cit., p. 164.

A confiança remete-nos para a boa-fé, como destaca A. Barreto Menezes Cordeiro: “Ora, a confiança remete-nos para a boa-fé; e sendo a fidúcia um negócio atípico, a boa-fé representa um papel central em toda a sua construção. Não nos parece, contudo, que a posituação legal do instituto fiduciário resulte no afastamento da confiança ou da boa-fé, com a conseqüente desadequação da denominação ‘negócio fiduciário’. O peso da boa-fé não se esgota com a tipificação de um negócio.”<sup>159</sup>

Por isso, a noção de confiança, como um princípio, deve ser mantida na essência dos negócios fiduciários.<sup>160</sup>

Dessa forma, estão explicitados três princípios jurídicos presentes no *trust* como um negócio fiduciário: a autonomia privada, a autonomia patrimonial e a boa-fé.

O princípio da autonomia privada encontra-se presente em função da vontade qualificada do instituidor, da estipulação da finalidade do *trust* e seus beneficiários, e da transferência de bens e direitos, com possíveis condições suspensivas e resolutivas, ou a fixação de termo, modo ou encargo, sempre em consonância com os limites jurídicos existentes em respeito à legalidade e à ordem pública.

O princípio da autonomia patrimonial decorre do patrimônio que é destinado na instituição do *trust*, e que é separado do patrimônio do *trustee*, sendo essa separação uma característica fundamental conquistada ao longo do tempo da aplicação do *trust* no direito inglês, e que serve de garantia para que não haja confusão com o patrimônio do *trustee*, evitando prejuízo para o patrimônio do *trust* na hipótese de haver alguma responsabilização patrimonial do *trustee*.

---

<sup>159</sup> Antônio Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust no Direito Civil*, cit., p. 950.

<sup>160</sup> Leia em Judith Martins-Costa, “Os dilemas da incoerência” in *Ele, Shakespeare, visto por nós, os advogados*, organização José Luiz Alquéres, José Roberto de Castro Neves, 1ª. ed., Rio de Janeiro, Edições de Janeiro, 2017, pp. 160-161: “O princípio da confiança não é, de modo algum, a extirpação da autorresponsabilidade, da diligência para consigo próprio e de um saudável juízo crítico sobre o que as aparências indicam. Depende sempre de uma cuidadosa análise das circunstâncias fáticas e normativas, que pontuam a distância entre o *poder confiar* e o *dever desconfiar*.”

E, finalmente, o princípio da boa-fé a partir da confiança para o atingimento da finalidade que foi a causa da transferência de bens e direitos conferindo a natureza fiduciária ao negócio jurídico.

O nosso objetivo de sistematização entre o *trust* e o negócio fiduciário é muito dificultado pela ausência de tipicidade dos negócios fiduciários. A classificação de institutos jurídicos decorre de modelos consagrados pela doutrina, após um processo lento e profundo que circula o mundo jurídico, e invariavelmente encontramos suas raízes no Direito romano. Portanto, considerar típico ou atípico um negócio jurídico decorre desse processo.

Nesse aspecto, em termos mundiais, a denominada fidúcia moderna, ou seja, os institutos do *trust*, da fidúcia, das diversas modalidades de alienação fiduciária em garantia, de bens móveis e imóveis, têm ganhado espaço cada vez maior na atividade comercial e na vida da sociedade, o que conduzirá ao seu *status* de negócio jurídico típico.

A antiga classificação de atipicidade pela ausência de previsão legal nos Códigos deverá evoluir para aceitar um modelo do negócio jurídico fiduciário, ou há de ser incluído o negócio jurídico fiduciário no Código Civil, cujas bases doutrinárias não faltam para tanto.

### **3.3. Institutos jurídicos brasileiros que se aproximam do *trust***

A constatação de que o *trust* enquadra-se como um negócio jurídico atípico no Direito brasileiro, de natureza fiduciária, impõe a investigação de quais institutos jurídicos mais se aproxima, diante o inegável reconhecimento de que se trata de uma lacuna jurídica normativa.

Como preconiza Maria Helena Diniz: “O problema das lacunas não se coloca *in abstracto*, mas sempre por ocasião da ocorrência de um caso hipotético ou concreto não previsto expressamente pelas normas de um dado sistema.”<sup>161</sup>

A despeito da questão envolvendo as lacunas no Direito ser um assunto de grande complexidade, situações jurídicas como o *trust*, ou seja, institutos jurídicos próprios de outro

---

<sup>161</sup> Maria Helena Diniz, *As lacunas no direito*, 7ª. ed. adaptada ao novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002, São Paulo, Saraiva, 2002, pp. 75-76.

sistema jurídico como o da *Common Law*, são prontamente constatados como uma lacuna jurídica normativa.

Isso porque, mesmo que o *trust* possa ser considerado um negócio fiduciário atípico, alguns dos seus elementos inderrogáveis para sua existência, tais como o enquadramento desse patrimônio como uma propriedade fiduciária protegida no rol dos direitos reais, o patrimônio separado, dependem expressamente de previsão legal. Além da própria concepção da propriedade e seus desdobramentos no sistema da *Common Law* serem efetivamente muito distintos com relação ao nosso sistema da *Civil Law*.

Portanto, a verificação de institutos jurídicos que se aproximam do *trust* tem a vantagem dogmática de buscar alguns outros elementos que possam contribuir para um processo integrativo, especialmente a analogia, e sua conformação com o Direito brasileiro.

Registre-se, ainda, que há certas disposições da Lei 13.254/2016 e de sua regulamentação, limitadas à regularização dos bens alocados ao *trust* no âmbito do Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT), mas sem nenhuma disciplina jurídica do instituto.

Um minucioso trabalho de pesquisa leva à conclusão de que há muitos institutos com algumas características similares, mas com funções muito distintas, tais como o mandato, a procuração em causa própria, a gestão de negócios, a comissão, o usufruto, a enfiteuse, o contrato de compra e venda com pacto de retrovenda, a venda a contento sob condição suspensiva, a venda feita pelo condômino da sua quota ideal a terceiro estranho ao condomínio sem observar o direito de preferência, a doação com cláusula de reversão ao patrimônio do doador, caso este sobreviva o donatário, e a alienação fiduciária para garantia.

Esse aspecto da função deve ser destacado porque efetivamente um *trust* é um negócio fiduciário da espécie de administração, administração essa sob responsabilidade obrigatoriamente de uma pessoa (*trustee*) escolhida pelo instituidor, que ao aceitar o encargo é obrigada para essa administração e será titular de um patrimônio cuja destinação tem uma finalidade e beneficiários.

Nesses termos, nenhuma hipótese legal que não contenha essa configuração não se aproxima do *trust*. Pode haver alguns elementos que se identificam, mas que não tem o condão de exercer a mesma função, ou mais importante, ter a mesma essência ao ponto de haver a coincidência como espécie de negócio jurídico.

É o caso, por exemplo, do mandato que pode ser relacionado com os poderes do *trustee*, como administrador, mas que carece de autonomia com a qual incide a responsabilidade do *trustee* pelos seus deveres de administração.

O contrato de mandato observa o disposto nos arts. 653 a 692 do Código Civil. Nesse sentido, em que pese tanto o mandante quanto o *settlor* confiarem, respectivamente, ao mandatário e ao *trustee* a administração de seus bens, fato é que o mandato e o *trust* não são coincidentes. Isso porque, enquanto no mandato “alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses” (art. 653), no *trust*, por sua vez, o *trustee* torna-se titular com a transferência que recebe dos bens administrados, atuando, por isso, em nome próprio. No primeiro há o cumprimento de ordem sem qualquer margem de discricionariedade para o executor, ao passo que no *trust*, a característica marcante é a possibilidade de o *trustee* atuar de forma independente, ainda que respeitando limites e objetivos inicialmente delineados pelo instituidor.

Há que ser ter rigor no processo comparativo porque a figura do *trustee* não se confunde com o *trust*. Nossa missão é buscar institutos jurídicos com semelhança dos elementos de existência com o *trust*, não com a função do *trustee* ou do instituidor.

Somente por esse aspecto não há aproximação com o *trust* porque na relação jurídica da representação sempre há dois sujeitos. Mandante e mandatário. No caso do *trust*, o instituidor não confere poderes de representação, e a partir do momento que há a instituição e o patrimônio é transferido para o *trustee*, há a autonomia, o que faz desaparecer o liame da representação, razão pela qual a procuração em causa própria também não se aproxima do *trust*.

O *trustee* não atua em representação para a administração do patrimônio que é titular, a despeito de poder haver instruções a serem seguidas, determinados pelo instituidor, na hipótese de um *trust* não discricionário.

Aliás, essa circunstância da administração traz à tona dois pontos para a relevante perspectiva do *trust* como instrumento financeiro.

O primeiro ponto diz respeito à possibilidade que o *trust* seja instituído como uma pessoa jurídica. Na verdade, haveria a constituição de uma pessoa jurídica cujo patrimônio e capital social seria o patrimônio transferido pelo instituidor, e o *trustee* seria o seu órgão de administração.

A ideia parece sedutora se não fosse a questão relacionada com a garantia de que a finalidade do *trust* seria atingida.

Para além do problema formal de que a constituição de uma pessoa jurídica descaracteriza a instituição do *trust*, há também o problema de adequar um elemento inderrogável do *trust* que é a sua finalidade com o objeto social de uma pessoa jurídica. Parece incontornável que a imaginada pessoa jurídica não poderia ter como objeto social, por exemplo, o gerenciamento e pagamento dos estudos de um beneficiário. Teria por objeto social, necessariamente, a administração de bens. E essa administração estaria vinculada às regras de poderes dos sócios. Assim, se o instituidor fosse o único ou principal sócio desta pessoa jurídica, não haveria a autonomia e transferência de bens para fora do patrimônio do instituidor. Haveria apenas a transferência dos bens para uma pessoa jurídica, a qual ele continuaria detendo o patrimônio por intermédio das cotas sociais.

Contudo, se o instituidor não fosse sócio, e por exemplo, o *trustee* fosse o sócio, não haveria como vincular a finalidade original de um *trust*, restando apenas a confiança de que seriam cumpridas as expectativas do instituidor, sem as garantias próprias da declaração de instituição de um *trust*.

Todas as possíveis vantagens de uma administração por intermédio de uma pessoa jurídica podem ser atingidas de outra forma, na medida em que o *trustee* pode ser uma pessoa jurídica.

Portanto, esse é o segundo ponto relevante e que tem relação do que tem sido o modelo adotado por algumas jurisdições do sistema da *Civil Law*, tais como a França, Suíça, Quebec e Colômbia que regulam o *trust* como um contrato. Essa perspectiva da utilização do contrato é o que Lupoi explica como sendo uma contratualidade emergente.<sup>162</sup>

A imensa relevância econômica, bem com as responsabilidades envolvidas decorrentes da administração dos *trusts*, resultou na organização profissional da atividade por companhias de *trusts* que se ocupam desde o assessoramento inicial para a instituição do *trust*, como para uma gestão profissional do *trust* envolvendo diversas áreas técnicas necessárias como a administrativa, contábil, legal, tributária.

Diante do vulto econômico dos bens, que invariavelmente são destinados para a instituição de um *trust* com uma finalidade bem específica, a figura do *trustee* apresenta-se como decisiva para o êxito do negócio jurídico.

Portanto, nas jurisdições do sistema da *Civil Law* é razoável sustentar que o contrato seja mais eficiente em termos de garantias e responsabilidades. Como já adiantamos, trata-se de um aspecto formal relacionado aos elementos gerais da existência do negócio jurídico, não havendo incompatibilidade, nem vedação, quanto à utilização do negócio jurídico bilateral, ou o unilateral como é efetivamente da natureza e da tradição do *trust* como uma declaração unilateral de vontade. Ou, mesmo é possível considerar a instituição do *trust* pela declaração unilateral de vontade, sem a indicação inicial do *trustee*, e a sua contratação num ato subsequente, ou, até mesmo, serem realizados dois atos sequenciais simultâneos com a instituição do *trust* por declaração unilateral e a imediata assinatura do contrato com o *trustee* para a administração.

---

<sup>162</sup> Confira: Maurizio Lupoi, *Introduzione ai trusts*, Milano, Giuffrè, 1994, p. 41-42.

As soluções podem apresentar vantagens operacionais porque o *trustee* deve aceitar o encargo, requisito de validade que poderia ser cumprido com maior eficiência, nada obstante a prática tem demonstrado que as companhias de *trusts* não tem nenhuma dificuldade com o cumprimento das formalidades a partir da instituição do *trust* por declaração unilateral.

A partir dessa noção de contratualidade emergente, podemos analisar alguns outros institutos jurídicos de natureza contratual como o contrato de constituição em renda, o fundo de investimento e a estipulação em favor de terceiro.

No contrato de constituição em renda o rendeiro, ou censuário, dispõe-se a pagar uma renda em favor do rentista, ou censuista. O negócio pode ser unilateral, por mera liberalidade aproximando-se da doação diante da transferência de bens para a outra parte de forma gratuita. Na hipótese do negócio ser bilateral, a parte credora transfere a posse dos bens, móveis ou imóveis, para a pessoa que se obrigou a satisfazer as prestações a favor do credor ou de terceiros. Nessa hipótese de contrato oneroso, o credor pode exigir que o rendeiro preste garantia real ou fideijussória.

Da breve noção acima do contrato de constituição em renda verifica-se de plano a possibilidade de haver um terceiro beneficiário. Entretanto, há várias diferenças com relação ao *trust* na medida em que o *trustee* não é devedor do instituidor. No *trust*, o *trustee* torna-se titular, e não possuidor dos bens, objeto do negócio jurídico. Também a finalidade não se limita a pagar uma renda, tampouco tem previsão que o *trustee* obrigue-se prestando garantia real ou fideijussória.

O fundo de investimento previsto no Código Civil tem a semelhança com a estrutura do *trust* pela faculdade que a lei conferiu de constituir um patrimônio segregado de uma própria classe de cota do fundo. Contudo, toda a administração do fundo será em benefício do titular das cotas do fundo. Se o fundo for constituído em nome de terceiro, equivalerá à uma doação, pois na qualidade de proprietário, a pessoa que foi beneficiada com a constituição do fundo, poderá usar, gozar e dispor livremente.

A estipulação em favor de terceiro representa uma maior aproximação com a estrutura do *trust* diante da flexibilidade contratual prevista pelo Código Civil, com explica Luciano de

Camargo Penteadó: “Pode-se estipular a favor de terceiros para doar, assim como para pagar, para criar um crédito a favor do beneficiário. Daí que a estipulação, em si, é figura abstrata, cuja causa depende de circunstâncias externas ao modelo, que poderão estar no contrato em que se situa a estipulação ou em outras relações jurídicas anteriores ou posteriores entre os sujeitos. Tudo dependerá das circunstâncias de cada operação econômica.”<sup>163</sup>

Nessa espécie de contrato, cuja expressão maior é o contrato de seguro, está presente a figura do beneficiário, tal e qual no *trust*.

Trata-se de um negócio jurídico com três pessoas da relação jurídica: o estipulante, o promitente e o beneficiário, assemelhando-se à estrutura do *trust*.

O estipulante é quem realiza a estipulação em benefício de outra pessoa, um terceiro. Esse benefício poderá ser uma obrigação de dar, fazer e não fazer. O promitente é a pessoa que promete executar o que foi determinado pelo estipulante. O promitente é a pessoa que deverá cumprir a obrigação que foi direcionada em benefício de terceiro.

Nos termos, do artigo 438 do Código Civil, o estipulante pode substituir o beneficiário a qualquer momento, sem a necessidade de solicitar sua anuência ou a aprovação. Não é requisito que o beneficiário tenha capacidade civil, bem como o beneficiário não precisa ser determinado, bastando que seja determinável.

Porém, diante da desnecessidade de anuência, é imprescindível que haja gratuidade do benefício, não acarretando contraprestação ao beneficiário. O beneficiário não é obrigado a aceitar um benefício, bem como a sua recusa constitui renúncia se o direito tiver sido adquirido. Entretanto, se o beneficiário anuir, não será considerado parte do contrato, mas poderá, em igualdade de legitimidade com o estipulante, exigir o cumprimento da obrigação pelo devedor.

Verifica-se uma aproximação com o *trust* em virtude da declaração que existe na estipulação em favor de terceiro realizada no bojo do contrato. Dessa forma, a amplitude do escopo contratual permitiria prever finalidades idênticas a que se fariam num *trust* pelo

---

<sup>163</sup> Luciano de Camargo Penteadó, Efeitos contratuais perante terceiros, São Paulo, Quartier Latin, 2007, p. 129.

estipulante, cuja figura equivaleria ao instituidor. Além dessa amplitude em estabelecer a finalidade, inclusive com a possibilidade de previsão de cláusulas suspensivas e resolutivas, há também a possibilidade de revogação, como ocorre em uma das espécies dos *trusts* que são revogáveis.

Contudo, a transferência de bens para o promitente, figura que equivaleria ao *trustee*, não estaria protegida além da obrigação pessoal do promitente, lembrando a antiga figura da *fiducia* romana. Também não haveria a constituição de um patrimônio segregado, por ausência de previsão legal.

A despeito das vulnerabilidades acima serem suficientes para evitar a sua utilização, a reflexão, sobre a aproximação do *trust* com a estipulação em favor de terceiro, revela dois pontos muito importantes.

O primeiro ponto decorre da constatação sobre a possibilidade de recusa por um beneficiário de um *trust*.

Primeiramente, há de se distinguir algumas situações que podem ocorrer no *trust*, tais como a sua instituição *inter vivos* ou *causa mortis*, e a instituição da finalidade com encargo para o beneficiário.

Se for a hipótese de *trust causa mortis*, a situação pode equivaler à renúncia, se algum direito for imediatamente transmitido para o beneficiário e ele não o aceitar. Entretanto, se não houver essa transmissão imediata porque depender de um encargo, da mesma forma que se o encargo for estabelecido num *trust inter vivos*, ele dependerá da aceitação do beneficiário.

A questão é bem explicada por A. Barreto Menezes Cordeiro: “É evidente que nenhum sujeito pode ser obrigado a suportar o recebimento, na sua esfera jurídica, de direitos que não deseje, por muito benignos que, em abstrato, possam parecer para o declaratório normal. Nas palavras de LORD LINDELY: ‘*No one can be made the beneficial owner ... against his will.*’ Os tribunais ingleses têm, todavia, considerado que, sendo a constituição do *trust* do interesse do beneficiário, até este rejeitar o direito transmitido presume-se ser o seu legítimo titular, mesmo que essa transmissão implique a assunção de encargos jurídicos ou financeiros. No caso

de o beneficiário pretender declinar a transmissão do direito, deve fazê-lo de imediato, assim que tenha conhecimento da sua constituição. Ao atuar, expressa ou tacitamente, como beneficiário da relação, o sujeito perde a oportunidade de recusar a transmissão do direito.”<sup>164</sup>

Assim sendo, se o beneficiário pode recusar quando o recebimento apenas é um benefício, mais evidente se apresenta essa faculdade se o recebimento depender de um encargo.

O segundo ponto tem relação com o fato de que a estipulação em favor de terceiro é uma exceção ao princípio da relatividade dos efeitos do contrato, caracterizando uma expansão da eficácia do contrato, porque os efeitos transcendem as partes contratantes e beneficiam um terceiro.<sup>165</sup> O beneficiário, determinado ou determinável, pode exigir o cumprimento de estipulação em seu favor, mesmo não sendo parte do contrato.

A preocupação com a proteção do beneficiário talvez seja o tema mais tormentoso do direito inglês, diante das situações de lesão decorrentes do descumprimento dos deveres de lealdade e de cuidado<sup>166</sup> pelos *trustees*, razão pela qual os tribunais ingleses construíram o

---

<sup>164</sup> António Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust no Direito Civil*, cit., p. 1034.

<sup>165</sup> Leia em Claudio Luiz Bueno de Godoy, *Função social do contrato : os novos princípios contratuais*, (coord. Renan Lotufo), São Paulo, Saraiva, 2004, p. 138: “Examinando justamente aquela ruptura do conceito tradicional do princípio da relatividade dos efeitos do contrato, Jacques Ghestin, depois de exemplificar com o desenvolvimento, a seu ver, da representação, da estipulação em favor de terceiro, do direito de preempção, dos contratos coletivos (que obrigam os contratantes individuais) - casos típicos, ao menos os últimos, que, de toda sorte, revelavam e revelam mitigações ao princípio citado -, bem acentua que, hoje, essa mesma mitigação vai mais longe e se consubstancia no alargamento do fenómeno da oponibilidade do contrato. Segundo o autor, e porque o contrato é um fato social, deve-se admitir que, ‘hoje, de uma maneira geral, o contrato pode ser oposto aos terceiros pelas partes e que, reciprocamente, os terceiros podem opor seus contratos às partes’. Essa a idéia de oponibilidade do ajuste. Em diversa obra, o mesmo jurista francês salienta que o princípio da oponibilidade do contrato na realidade representa verdadeiro complemento à força obrigatória, pelo menos quando se trata de as partes poderem opor o contrato a terceiros, porque, nessa hipótese, reforça-se a eficácia do ajuste. Para Jacques Ghestin, os casos inversos, de oponibilidade do contrato pelos terceiros às partes, mais se ajustam ao campo da responsabilidade (discutindo-se sobre se contratual ou aquiliana), como no exemplo em que, pela má execução de contrato de empreitada, terceiro sofre dano.”

<sup>166</sup> Veja em António Barreto Menezes Cordeiro, “Deveres fiduciários de cuidado: imprecisão linguística, histórica e conceitual”, in *Revista de Direito da Sociedade*, nº 3, Lisboa, Centro de Investigação de Direito Privado, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2015, p. 640: “Ora, a adoção das expressões deveres fiduciários de lealdade e deveres fiduciários de cuidado não se justifica, por razões de (i) ordem histórica – ambas as situações jurídicas desenvolveram-se autonomamente, no respetivo sistema de origem –; (ii) de ordem conceitual – tratam-se de realidades distintas, com propósitos próprios e diferenciados; (iii) de ordem sistemática – os deveres fiduciários ou de lealdade sentem-se com maior intensidade nas relações de confiança; já o dever de atuar diligentemente molda todas as posições jurídicas passivas; e (iv) de ordem linguística – o termo dever de lealdade, perfeitamente consolidado entre nós, assume-se como sinónimo de dever fiduciário.”

entendimento que o denominado *equitable right*<sup>167</sup> do beneficiário extravasou o simples campo obrigacional para assumir uma natureza análoga aos direitos reais.<sup>168</sup>

Dessa forma, diante do reconhecido direito expectativo de um beneficiário de um *trust*, não seria descabido que a sua proteção fosse uma preocupação da lei<sup>169</sup> nos países do sistema da *Civil Law*, razão pela qual a norma expressamente deveria prever como direito real<sup>170</sup> a propriedade fiduciária constituída pelos bens transferidos ao *trustee* quando da instituição do *trust*.

Representaria uma inegável evolução de proteção e estruturação do *trust* como um negócio fiduciário de administração, se a lei protegesse essa propriedade fiduciária como sendo um direito real, tanto pela sua oponibilidade contra terceiros, pelo princípio da continuidade que rege os registros públicos de imóveis, mas também pela publicidade que serviria de garantia para o cumprimento da finalidade instituída.

De todo o exposto, pode-se ver com clareza como os institutos jurídicos que estabelecem propriedade resolúvel, por exemplo, o contrato de compra e venda com pacto de retrovenda, conforme previsto no art. 505 do Código Civil, a venda a contento sob condição suspensiva, conforme disposto no art. 509 do Código Civil, a venda feita pelo condômino da sua quota ideal a terceiro estranho ao condomínio sem observar o direito de preferência, art. 504, a doação com cláusula de reversão ao patrimônio do doador, caso este sobreviva o donatário, e a alienação fiduciária para garantia, todos eles têm sua correlação exclusivamente com a transferência da coisa, sem a presença da função de administração que caracteriza o *trust* como uma espécie de negócio fiduciário, razão pela qual também não se aproximam do *trust*.

---

<sup>167</sup> Como explica António Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust no Direito Civil, cit.*, p. 668: “Numa aceção mais lata, o conceito de *legal right* corresponde à nossa ideia de direito subjetivo, pelo que os *equitable rights* são, também eles, *legal rights*.”

<sup>168</sup> Veja em António Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust no Direito Civil, cit.*, p. 669.

<sup>169</sup> Leia em António Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust no Direito Civil, cit.*, p. 962: “Apesar do enorme fascínio que acompanha a dimensão externa de negócio fiduciário, a proteção da posição do beneficiário é, antes de mais um problema legislativo ou interpretativo e não dogmático, no sentido criativo ou numa aceção teórica e científica”

<sup>170</sup> Consulte António Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust no Direito Civil, cit.*, p. 1076.

A possibilidade, como pode ocorrer em alguns *trusts*, do instituidor ser o próprio beneficiário não altera o fato de inexistir, nas hipóteses acima, a administração equivalente àquela realizada por um *trustee*.

Ainda no âmbito da propriedade resolúvel, na hipótese de instituição *causa mortis*, há a substituição fideicomissária.

O tema tem especial relevância para o *trust* porque muitos países latino-americanos adotaram o instituto do fideicomisso como a solução para a implantação do *trust* em seus ordenamentos jurídicos. A tese desenvolvida, em 1920, pelo jurista panamenho Ricardo Alfaro foi adotada na legislação mexicana de 1924 e no Código de Comércio do Panamá, espalhando para Colômbia, Venezuela, Argentina, Bolívia, Costa Rica, Chile, Equador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicarágua, Paraguai, Peru, República Dominicana, Uruguai, com diferentes tratamentos, mas que se utilizaram da estrutura do fideicomisso, realmente muito similar à estrutura do *trust* para o desenvolvimento, inclusive de atividades econômicas.<sup>171</sup>

No fideicomisso há a constituição da propriedade fiduciária para uma finalidade sendo um negócio fiduciário por excelência, tanto para garantia, quanto para administração, nos quais há a indicação de um beneficiário.

Entretanto, o Código Civil brasileiro modificou o fideicomisso que vigia no Brasil, limitando-o para a hipótese em benefício apenas da prole eventual, como pontua José Fernando Simão: “ (...) desencoraja o fideicomisso, já que, na prática, grande será o risco de não surgir a prole eventual e caducar o fideicomisso no caso concreto. Ademais, deixar bens implica, normalmente, conhecer a pessoa e querer beneficiá-la. A prole eventual é um nada no momento do testamento. Querer beneficiar prole eventual é dizer que não se quer beneficiar ninguém com quem convive no momento. É um ato de desesperança quanto às pessoas com quem o testador convive e esperança de um futuro melhor (o qual o testador não estará vivo para ver).”<sup>172</sup>

---

<sup>171</sup> Confira em Sergio Rodríguez Azuero, *Negocios fiduciarios su significación en América Latina*, 2ª. ed., Colombia, Legis, 2017, pp. 68-100.

<sup>172</sup> José Fernando Simão, *Código civil comentado. Doutrina e Jurisprudência*, Anderson Schreiber et al, Rio de Janeiro, Forense, 2019, p. 1592.

Não há dúvida que houve uma limitação indevida que acaba por deturpar um instituto jurídico de enorme valia não somente para o direito sucessório, mas para todo o direito comercial como está comprovado na América Latina que tem utilizado o fideicomisso como o instrumento análogo ao *trust*.

Finalmente, registre-se o instituto jurídico da fundação que tem correlação similar com o *charitable trust* cuja finalidade do instituidor é de interesse social. Nessa espécie de *trust*, o beneficiário é a coletividade, tal como ocorre com a fundação, e a administração ocorre de forma similar nos dois institutos com grande autonomia.

Há algumas diferenças com relação às regras de fundação no Brasil, como a forma da sua instituição mediante autorização, prestação de contas e fiscalização do Ministério Público, mas, a maior diferença reside no fato de que a fundação é uma pessoa jurídica.

A partir das aproximações feitas acima verifica-se que o *trust* é inconfundível com relação aos negócios jurídicos típicos do ordenamento jurídico brasileiro, ainda que similares em alguns pontos. Confirma a nossa afirmação de que o *trust* é, efetivamente, um negócio jurídico fiduciário atípico.

Todavia, lamentando a limitação ocorrida com o fideicomisso no Código Civil que poderia apresentar-se como o instituto jurídico mais próximo do *trust*, é possível constatar a vigorosa presença dos princípios da autonomia privada e da autonomia patrimonial no *trust*.

### **3.4. Limitações aplicáveis ao *trust***

Sendo o *trust* um negócio jurídico unilateral, verificamos que a autonomia privada não é ilimitada, e sofre os limites da ordem pública, da probidade, da boa-fé, da função social da propriedade, e da vedação do abuso do direito.

Na hipótese de considerar a inclusão do *trust* no sistema da *Civil Law* como um contrato, ou seja, um negócio jurídico bilateral, verificamos, igualmente, que a autonomia privada e a liberdade contratual não podem ser utilizadas irrestritamente, sofrendo os limites da

ordem pública, da proibidade, da boa-fé, da função social da propriedade, da vedação do abuso do direito, e da função social do contrato.

De início devemos destacar com base em tudo o que foi exposto, que há uma verdadeira harmonia da essência estrutural do instituto jurídico do *trust* com os princípios que regem o Direito brasileiro. Contudo, sendo um sistema da *Civil Law*, devemos investigar se há outros limites que decorrem das regras legais com o objetivo de identificar a presença dos requisitos do plano da validade, e os fatores para o plano da eficácia do negócio jurídico.

As normas têm uma característica de imperativo autorizante, como explica Goffredo Telles Junior: “A definição completa da NORMA JURÍDICA – da NORMA DE DIREITO – é a seguinte: *IMPERATIVO AUTORIZANTE, HARMONIZADO COM A ORDENAÇÃO ÉTICA VIGENTE*. Tal norma é *imperativa*, porque é um mandamento. É *autorizante*, porque autoriza a reação competente contra o ato que a viola. É um imperativo *harmonizado com a ordenação ética vigente* porque, pelo simples fato de ser *norma*, é mandamento condizente com o que é tido como *normal*.”<sup>173</sup>

Desse ensinamento, podemos compreender que o legislador pretendeu dar um tratamento rígido para a propriedade, estabelecendo um regime de taxatividade para várias das suas dimensões, como por exemplo, a segregação do patrimônio, a eficácia real e os direitos reais.

Em outras palavras, somente por lei expressa que pode haver a segregação do patrimônio, previsão da eficácia real de uma obrigação e a existência dos direitos reais.

A razão decorre, em larga medida, da decisão tomada no Código de Napoleão, influenciado pelo período após da Revolução Francesa. A propriedade tem um valor absoluto e assim é consagrada como um direito absoluto, indivisível, com normas rígidas e restritivas.

Como se todos fechassem os olhos, o dote, o patrimônio separado da mulher, foram ignorados para demonstrar o erro dessa concepção.

---

<sup>173</sup> Goffredo da Silva Telles Junior, *Iniciação na ciência do direito*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 2002, p. 103.

Não há incoerência com um modelo jurídico de negócio fiduciário, com a noção de propriedade, ou com o sistema jurídico da *Civil Law*, que haja a segregação de patrimônio, inclusive como uma regra geral. Tanto isso é verdade que se assim não fosse, sequer poderia se considerar válida a segregação do patrimônio autorizada pela lei.

Mais uma palavra necessita ser dita sobre o patrimônio segregado. Trata-se da concepção denominada patrimônio autônomo criada por Lepaulle.

Pierre Lepaulle, jurista francês, escreveu um tratado publicado em 1932 sobre o *trust* como decorrência do seu doutorado em Harvard. A sua dedicação sobre o tema influenciou decisivamente a doutrina da época, e sua tese foi acolhida pelo legislador do México e de Quebec.<sup>174</sup> Nada obstante o inegável mérito do trabalho de Lepaulle, ele propôs que o patrimônio do *trust* fosse autônomo, nos seguintes termos: “*Ayant ainsi découvert l'élément spécial unique qui caractérise le trust, nous sommes en mesure de proposer la définition suivante : le trust est une instituton juridique qui consiste en un patrimoine indépendant de tout sujet de droit et dont l'unité est constituée par une affectation qui est libre dans les limites des lois en vigueur et de l'ordre public.*”<sup>175</sup>

Logo, a tese sustenta que o patrimônio do *trust* não tem um sujeito vinculado, daí o fato de ser um patrimônio autônomo. A vinculação desse patrimônio estaria relacionada com o *trust*. A solução apresentada buscava alcançar a afetação, como aliás é mencionada por Lepaulle.<sup>176</sup> Porém, essa afetação seria para uma finalidade, permanecendo a ideia que o patrimônio é autônomo.

---

<sup>174</sup> Veja em António Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust no Direito Civil*, cit., pp. 865-882.

<sup>175</sup> Pierre Lepaulle, *Traité théorique et pratique des trusts em droit interne, em droit fiscal et em droit internacional*, Paris, Rousseau & Cie, 1932, p. 31. Nossa tradução livre: “Tendo assim descoberto o único elemento especial que caracteriza o trust, podemos propor a seguinte definição: o trust é uma instituição jurídica que consiste em um patrimônio independente de qualquer sujeito de direito e cuja unidade é constituída por uma afetação que é livre dentro os limites das leis em vigor e da ordem pública.”

<sup>176</sup> “*L'argument en effet pêche par la base : l'essence du trust n'est pas nous croyons l'avoir démontré, une forme nouvelle de propriété : c'est l'affection à um but déterminé*” em Pierre Lepaulle. *Traité théorique et pratique des trusts em droit interne, em droit fiscal et em droit internacional*, cit., p. 354. Nossa tradução livre: “O argumento de fato peca pela base: a essência do trust não é o que acreditamos tê-la demonstrado, uma nova forma de propriedade: é a afetação para uma finalidade determinada.”

Cumprido esclarecer que Lepaulle sustentou-se na doutrina alemã que discutia uma concepção objetiva do patrimônio com relação às pessoas jurídicas, em contraposição à teoria ficcionista elaborada por Savigny que considerava que a capacidade jurídica conferida à pessoa jurídica não era plena.

Calixto Salomão esclarece o que motivou Savigny a sustentar essa posição: “As concepções de Savigny são explicáveis menos à luz de rígidas posturas dogmáticas e mais em função das condições econômicas e sociais vigentes à época. Em 1835, sobretudo na Alemanha, vigorava ainda um modo de produção pré-industrial, caracterizado pela inexistência de mercado nacional e de sistema bancário e creditício. Isso fazia com que existisse, de um lado, grande necessidade de instrumentos que permitissem o agrupamento de recursos e, de outro, grande preocupação com a solvência das pequenas (e frequentemente subcapitalizadas) empresas. Daí a preocupação em facilitar a criação de novos centros de imputação de direitos e deveres e a preocupação em negar a possibilidade de separação patrimonial livre.”<sup>177</sup>

Respeitada a realidade histórica, é fundamental refletir sobre circunstâncias como essa, que resultam em consequências até os dias de hoje para a questão envolvendo o princípio da autonomia patrimonial, e a dificuldade de se fazer respeitar a segregação entre o patrimônio da pessoa jurídica e o patrimônio dos sócios.

Como reação à teoria ficcionista, primeiramente Brinz, e depois Becker, apresentam a ideia do patrimônio de afetação (*Zweckvermögen*) ou patrimônios objetivos, sustentando que há um princípio de separação patrimonial.

A concepção objetiva de patrimônio de Ernst Immanuel Bekker apresentou uma distinção entre o patrimônio de afetação dependente e o patrimônio de afetação independente. A tese do patrimônio de afetação dependente resultaria na separação entre o patrimônio empresarial com relação ao patrimônio particular do empresário. A tese do patrimônio de afetação independente sustenta que o patrimônio teria uma finalidade sem vinculação do sujeito.<sup>178</sup>

---

<sup>177</sup> Calixto Salomão Filho, *O novo direito societário : eficácia e sustentabilidade*, 5ª. ed., São Paulo, Saraiva Educação, E-book, 2019, p. 259.

<sup>178</sup> Consulte em Walfrido Jorge Warde Júnior, *Responsabilidade dos sócios : a crise de limitação e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica*, Belo Horizonte, Del Rey, 2007, pp. 109-110: “Bekker introduz a

À época prevaleceu a teoria da unicidade patrimonial cujas razões, tanto históricas, quanto jurídicas não mais se sustentam.

Contudo, Chalhumb recorre à construção teórica desenvolvida por Lepaulle, transcrevendo-a, e colocando em destaque que o *trust* tem como elemento um patrimônio autônomo, que não deve integrar o patrimônio de ninguém.<sup>179</sup>

A crítica que se faz a Lepaulle pela utilização da tese do patrimônio autônomo decorre do fato elementar de que o *trust* não é uma pessoa jurídica. Nunca o foi. Mas, o mais grave é a denúncia feita por A. Barreto Menezes Cordeiro: “Em termos conclusivos, a concepção do *trust*

---

distinção entre patrimônios independentes (massas patrimoniais com um fim e sem sujeito) e dependentes (massas patrimoniais afetadas por um objetivo e com um titular). Apoiado nessas subespécies de *Zweckvermögen*, Bekker foi capaz de distinguir - em razão dos diferentes graus de supressão dos direitos de disposição - o *Peculium* e o *Handelsvermögen* das *Akriengesellschaften*, demonstrando que a personalidade jurídica decorre da transferência (e conseqüente supressão) do poder de disposição (*Verfügungsbefugnis*) do criador do patrimônio finalístico em favor do *Zweckvermögen*, e da possibilidade de fruição de direitos (*Rechrgenusses*) pelo próprio patrimônio". Importante, nesse sentido, é notar que apenas a efetiva fruição e não a mera possibilidade de fruição seria prerrogativa exclusiva do homem. As coisas ou relações imateriais teriam, assim, possibilidade de fruição. Desse modo, a personalidade jurídica decorreria de um *Zwecksatzung mit Apparat*, capaz de afetar e administrar, por meio de pessoas, o patrimônio decorrente de uma *Artenwechsel der Verfügung*, i.e., uma cessão do poder de disposição sobre os bens para constituição de um patrimônio finalístico. A personificação decorreria, assim, da autonomização do poder de disposição e de fruição do patrimônio sobre o próprio patrimônio - sempre condicionado ao alcance de seus fins - e da conseqüente supressão dos poderes dos criadores do patrimônio de afetação.”

<sup>179</sup> Constate em Melhim Namen Chalhumb, *Trust: perspectivas do direito contemporâneo na transmissão da propriedade para administração de investimentos e garantia, cit.*, pp. 97-99: “Vejam alguns dos seus elementos essenciais: ‘Primeiramente, um patrimônio. É, com efeito, a conclusão necessária que se depreende dos seguintes princípios: a) Um ‘trust’, necessariamente, supõe direitos patrimoniais sobre aquilo que recai. Não basta estipular uma missão ao ‘trustee’; é preciso que essa missão esteja diretamente relacionada com os bens a ele confiados e que constituem a base indispensável do ‘trust’. Tal base deve constituir-se de direitos, os quais não podem ser senão patrimoniais. b) Esses direitos não devem integrar o patrimônio de ninguém. Não devem, com efeito, ficar no patrimônio do ‘settlor’; se assim fosse, não haveria senão um mandato, vinculado a um depósito. Tampouco devem esses direitos passar ao patrimônio do ‘trustee’, pois poderia configurar doação ou legado com encargo, ou estipulação em favor de terceiro, mas não haveria ‘trust’. Com efeito, num trust, os bens não estão jamais no patrimônio do ‘trustee’, não se transmitem aos seus herdeiros e não constituem garantia de seus credores. Por fim, a res tampouco constitui patrimônio do beneficiário (ao contrário, o ‘trustee’ seria mandatário, testamentário, mas não ‘trustee’). Cada ‘cestui’ tem em seu patrimônio um interesse beneficiário. c) Esses direitos permanecem integrados em um todo distinto. A res, por não integrar patrimônio algum, se encontra, por assim dizer, ilhada, e adquire por si mesma uma individualidade própria. Mas essa individualidade é particularmente remarcada pelo fato de que esses bens têm um guardião responsável, encarregado de administrá-los e têm uma lei, o ‘trust deed’, que determina e vincula sua gestão e seu destino. d) Por fim, a ‘res’ constitui uma universalidade. Por exemplo, uma casa que integre um ‘trust’ é permutada por uma área, que por sua vez é trocada por gado, que é vendido por 10.000 dólares; o ‘trustee’ compra com esse dinheiro valores que se elevam a 60.000 dólares. A identidade do patrimônio perdurará sem solução de continuidade através de todas as transformações sucessivas. O direito encontra a identidade do patrimônio através de todas essas metamorfoses. Desse modo, em todo ‘trust’ há necessariamente um patrimônio distinto.”

como um patrimônio autônomo, nos moldes desenvolvidos por LEPAULLE, não encontra correspondência com o regime vigente ou com os desenvolvimentos históricos do instituto.”<sup>180</sup>

Além das considerações acima, também é descabido imaginar que a propriedade não tenha um titular, ferindo o mais elementar princípio do direito das coisas. Sendo a propriedade um direito real, ele subordina a coisa à pessoa, ou seja, a quem a propriedade está diretamente vinculada.

Com sobra de razões portanto, que a teoria do patrimônio autônomo nunca terá guarida no Direito brasileiro, diferentemente da segregação patrimonial cuja possibilidade depende exclusivamente de uma escolha do legislador.

Como constatamos, o *trust* tem como elementos inderrogáveis, ou seja, os elementos sem os quais ele não se configura: a finalidade, a fidúcia, a transmissão temporária e o patrimônio segregado, sendo certo que esse patrimônio segregado é uma necessária consequência no nível sistemático e no nível funcional.<sup>181</sup>

Aliás, é exatamente em termos de funcionalidade da propriedade que a questão deve ser abordada, como explica Miguel Reale: “E o que nós costumamos dizer, que os modelos jurídicos às vezes entram em eclipse e, quando menos se espera, por circunstâncias completamente imprevistas, esses modelos jurídicos antigos reaparecem com roupagens novas, mas na mesma feição do antigo, para realizar a mesma feição ou feição análoga ou paralela à do modelo antigo. Assim acontece com a superfície: a superfície é um modo de dinamizar a propriedade para evitar muitas vezes a interferência do Estado.”<sup>182</sup>

---

<sup>180</sup> António Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust no Direito Civil*, cit., p. 869.

<sup>181</sup> Leia em Maurizio Lupoi, *Trusts: a comparative study*, cit., p. 199: “*The right entrusted to the trustee is segregated from the rest of his property. Segregation is a necessary consequence of entrusting on two grounds, one systematic, and one functional.*”

<sup>182</sup> Confira um trecho maior, bastante esclarecedor de Miguel Reale, *O projeto do código civil : situação atual e seus problemas fundamentais*, cit., p. 52: “O curioso que eu desejo pôr em realce é um fato muito interessante: o direito de superfície não é nada de novo, o direito de superfície já existia no Direito Romano. Toda vez que uma sociedade, como toda vez que um grande centro urbano se desenvolve e isto aconteceu em Roma surge a idéia do direito de superfície. E o que nós costumamos dizer, que os modelos jurídicos às vezes entram em eclipse e, quando menos se espera, por circunstâncias completamente imprevistas, esses modelos jurídicos antigos reaparecem com roupagens novas, mas na mesma feição do antigo, para realizar a mesma feição ou feição análoga ou paralela à do modelo antigo. Assim acontece com a superfície: a superfície é um modo de dinamizar a propriedade para evitar muitas vezes a interferência do Estado. O Estado, hoje em dia, não tem outra alternativa, ele desapropria para realizar esta ou aquela obra. Através do direito de superfície, o Poder Público pode, ao contrário, ir ao encontro do

O instituto jurídico do *trust* escancara essa efetiva necessidade de trazer a propriedade de volta para a luz, cujo eclipse não mais se justifica. A maneira de fazê-lo, sem dúvida será a sua funcionalização<sup>183</sup>.

Basta constatar que estamos rodeando uma circunstância que transcende o jurídico, qual seja, a escolha do legislador para a taxatividade dos direitos reais, da eficácia real da obrigação, e da segregação do patrimônio. Em outras palavras, nada impede em termos jurídicos, considerando a dogmática que envolve a propriedade, que o legislador institua um negócio jurídico fiduciário reconhecendo o direito real da propriedade fiduciária, a eficácia real de obrigações do pacto fiduciário e a segregação do patrimônio por intermédio da sua espécie que a afetação patrimonial.

Todo o obstáculo em torno da taxatividade, quer seja dos direitos reais, da eficácia real da obrigação, ou da segregação do patrimônio, resolve-se dessa maneira, com a previsão da lei.

Na verdade, a questão é mais grave diante da proteção constitucional da propriedade e da liberdade. Se a propriedade é um direito e garantia individual, como a liberdade também o é, há um erro na limitação da utilização da propriedade.

A questão da tipicidade baseada numa proteção de interesses coletivos, ou de vulneráveis é explicada por José de Oliveira Ascensão: “As normas que visam a proteção de interesses colectivos são as que excluem formas de aproveitamento socialmente nocivas, e em geral aquelas a que se pode atribuir um fundamento de ordem pública, como as que tutelam os bons costumes. As normas que visam a protecção de interesses de terceiros podem atender à situação de futuros adquirentes dos bens, ou dos terceiros que com essa situação jurídica por qualquer forma se possam relacionar. As normas que visam a protecção dos próprios

---

proprietário que cede a superfície para que as obras se realizem. Então surge uma obra em comum quando antes havia na realidade uma interferência total do Estado. O direito de superfície é um instrumento de mobilização e de dinamização da propriedade. Porque nós não podemos esquecer que enquanto a sociedade antiga do tipo agropatriarcal era baseada nos direitos imobiliários, a sociedade contemporânea é marcadamente fundada nos valores mobiliários.”

<sup>183</sup> Leia em António Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust no Direito Civil, cit.*, p. 1113: “A funcionalização do direito de propriedade é indesmentível. Ora, um ordenamento jurídico, enquanto sistema completo não pode ignorar este dado.”

intervenientes concernem à situação dos economicamente fracos ou dos inexperientes. Este é um esboço geral do fundamento das limitações à autonomia privada.”<sup>184</sup>

Os argumentos que sustentam a doutrina, de longa data, parecem desconexos com a realidade do nosso século, impondo uma profunda reflexão.

O titular da propriedade da mesma forma que é livre para comprar e vender, deveria ser livre para estabelecer negócios jurídicos em função da sua propriedade, cuidando a lei de proteger essa liberdade e não a limitar.

Ocorre a efetiva limitação porque nada invalida a realização de um negócio fiduciário atípico. Contudo, esse negócio fiduciário atípico não terá a proteção total da lei. Não poderá ser registrado no Registro de Imóveis, dando publicidade e prevenindo terceiros sobre a completa situação jurídica da propriedade. Nada mais irreal e contrário à funcionalização da propriedade.

Bastaria autorizar o registro do negócio jurídico envolvendo a propriedade, não sendo papel da lei, nem do registrador, perquirir sobre uma possível anulabilidade daquele negócio jurídico, desde que o negócio jurídico contenha os elementos de existência e os requisitos de validade, aliás, agindo exatamente da mesma forma com o registro dos demais direitos reais.

Finalmente, ainda sob o ângulo das regras legais que podem limitar o *trust*, devemos mencionar duas questões envolvendo o direito de família e das sucessões.

A primeira questão resulta da previsão do art. 1.846 do Código Civil<sup>185</sup> que estabelece o direito dos herdeiros necessários sobre a metade dos bens da herança. Esse direito é denominado pela lei como sendo a legítima.

Nesses termos, a doutrina separou o patrimônio entre disponível e indisponível em função da faculdade de uma pessoa poder testar os seus bens. Portanto, sem nenhuma dúvida, o Código Civil estabeleceu uma regra que limita a autonomia privada.

---

<sup>184</sup> José de Oliveira Ascensão, *A tipicidade dos direitos reais*, Lisboa, Petrony, 1968, p. 329.

<sup>185</sup> Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.

Tal limitação, mais uma vez, foi uma escolha do legislador, não sendo jurídico propriamente o critério, pois poderia haver um percentual diferente do total de bens ou até mesmo a liberdade total para testar. O limite que se impõe, de outra ordem, é que a pessoa perca os seus bens, seja expropriada deles, o que efetivamente foi a origem do *droit de saisine* para impedir que tal situação ocorra, configurando que com a morte há a transmissão dos bens para os herdeiros.

Portanto, não se pode testar além do que é disponível.

Contudo, a dificuldade sobre esse tema decorre exclusivamente das situações concretas, do que propriamente de uma questão dogmática. Ou seja, a identificação do descumprimento da regra sobre a legítima somente pode ser verificada no caso concreto, sendo intermináveis as possibilidades fáticas que sempre levarão à uma verificação calculada do “valor dos bens existentes na abertura da sucessão, abatidas as dívidas e as despesas do funeral, adicionando-se, em seguida, o valor dos bens sujeitos a colação”, segundo os critérios do art. 1.847 do Código Civil<sup>186</sup>.

A questão da legítima envolvendo o *trust causa mortis* representa, indiscutivelmente, uma limitação à autonomia privada do instituidor dispor do seu patrimônio, devendo seguir exatamente as mesmas regras legais previstas para o testamento.

Portanto, não há nenhuma razão para censurar previamente a utilização sob o argumento de possível lesão, o que, evidentemente, não se pode presumir. De fato, sempre será uma discussão reconduzível às regras do direito de família e das sucessões, e não relacionada diretamente com a essência do *trust*.

Por outro lado, e essa é a segunda questão a ser analisada, existe uma vedação legal prevista no art. 426 do Código Civil<sup>187</sup> sobre a contrato que tenha por objeto a herança de pessoa viva.

---

<sup>186</sup> Art. 1.847. Calcula-se a legítima sobre o valor dos bens existentes na abertura da sucessão, abatidas as dívidas e as despesas do funeral, adicionando-se, em seguida, o valor dos bens sujeitos a colação.

<sup>187</sup> Art. 426. Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva.

Diante dessa vedação do denominado pacto corvina<sup>188</sup> devemos retomar o nosso posicionamento, lastreado na natureza jurídica, de que o *trust* se trata de uma declaração unilateral de vontade, e, sendo assim, não incorreria na vedação legal.

Entretanto, não se ignora que a questão tenha a sua complexidade.

De um lado, se não houver a mudança da regra atual de vedação do pacto corvina, não será possível um *trust causa mortis* no Direito brasileiro sob a forma de um contrato.

Porém, mesmo que haja adoção da instituição do *trust* por intermédio da declaração unilateral, poderá haver a contestação de que incorreria na mesma vedação do pacto corvina em virtude do objeto do *trust* ser a herança, e assim sendo, somente poderia haver testamento pelas formas legais previstas.

No mínimo como precaução deveria haver uma alteração das regras no Código Civil, ou para eliminar a vedação do pacto corvina, revogando o art. 426, ou uma inclusão de norma para prever o *trust causa mortis* como uma nova espécie de disposição de última vontade, porque efetivamente não se trata de uma espécie de testamento.

Por derradeiro, deve ser afastada a discussão sobre a possível confusão entre a autonomia privada e a fraude aos direitos dos herdeiros. Novamente o argumento de possível lesão, não se pode presumir, e não representa uma discussão dogmática, valendo lembrar a noção de vida social na lição de José de Oliveira Ascensão: “(...) a morte, como fenômeno definitivo e irreversível, é causa de descontinuidade na vida social.”<sup>189</sup>

---

<sup>188</sup> Leia em José Fernando Simão, “Análise das regras do contrato de sociedade quando da morte dos sócios e a vedação da existência do pacto sucessório”, *Revista IMES de Direito*, Ano 5, Nº 10, São Caetano do Sul, Universidade Municipal de São Caetano do Sul, 2005, p. 47: “O nome do pacto sucessório advém da palavra corvo, designação comum a diversas grandes aves da espécie corvídeos, especialmente aquelas do gênero *corvus*, de plumagem negra e que são encontradas em todos os continentes, com exceção da América do Sul. O corvo é uma ave carnívora que se alimenta basicamente de seres mortos, sendo, portanto, necrófago. A analogia que se faz é justamente com relação aos hábitos alimentares do corvo (animais mortos) e o objeto do contrato (herança de pessoa viva). O negócio jurídico com tal objeto indicaria o desejo, os votos de morte para aquele de quem a sucessão se trata. Tal como os corvos, que esperam a morte de suas vítimas para se alimentarem, os contratantes estariam avidamente aguardando o falecimento para se apossarem dos bens da herança”.

<sup>189</sup> José de Oliveira Ascensão, *Direito civil - sucessões*, 5. ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 11.

A continuidade da vida social da pessoa humana deve ser garantida, e somente o caso concreto poderá resultar numa comprovação do descumprimento das regras legais, o que será uma discussão reconduzível às regras do direito de família e das sucessões, e não uma discussão relacionada diretamente com a essência do *trust*, desde que respeitado o limite de metade do patrimônio do seu instituidor<sup>190</sup>.

#### 4. A verdade conveniente

Não é possível inserir o *trust* no Brasil. Não exatamente como ele é, como ele funciona, no sistema da *Common Law*.

Essa afirmação poderia ser imputada como uma verdade inconveniente. Inconveniente em virtude de todos os desafios que resultam dessa constatação.

A afirmação, apesar de verdadeira, seria desanimadora para dar início a qualquer investigação, até o pesquisador recordar-se que nunca devemos partir das conclusões.

Porém, ainda mais importante é o resultado de destrinchar um instituto alienígena em busca da compreensão sobre a sua estrutura, os seus elementos, tentar aproximá-lo com o Direito brasileiro, descobrir os seus limites. É um processo imprescindível para as proposições.

---

<sup>190</sup> Gustavo Tepedino, “O trust no direito brasileiro”, *Soluções Práticas de Direito - Pareceres*, volume 2, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 515: “Por isso mesmo, deve respeitar a norma atinente à proibição de transferências gratuitas, ou sem correspectivo, em valor superior a 50% do patrimônio de quem as efetua. Assim, as transferências gratuitas destinadas à constituição do *trust* têm sua legitimidade associada ao fato de não superarem o valor correspondente à metade do patrimônio do seu instituidor. Conseqüentemente, os herdeiros necessários têm legitimidade para requerer judicialmente a verificação das transferências gratuitas realizadas em vida, para a constituição do *trust*, pelo autor de herança da qual são sucessores. Ao lado da redução das liberalidades inoficiosas, o Código Civil prevê o instituto da colação, aplicável na hipótese em que não fosse regularmente constituído o *trust*, ou que a sua gestão sofresse, de alguma forma, interferência dos instituidores, numa espécie de *commingling of funds*. Neste caso, os benefícios recebidos do *trust* poderiam ser considerados como distribuição indireta do próprio instituidor, suscitando, então, a colação dos benefícios distribuídos pelo *trust* durante a vida do instituidor. A colação incidiria sobre os valores distribuídos pelo *trust* para os herdeiros necessários durante a vida do instituidor. Tal mecanismo, contudo, não se aplica à hipótese analisada, tendo em conta ter sido regularmente constituído o *trust*, cuja autonomia patrimonial se encontra, portanto, consagrada pelo ordenamento jurídico brasileiro.”

Assim não fosse, bastaria afincar o *trust* no ordenamento jurídico brasileiro, tascando uma solução e arcar com as consequências. Possivelmente assistir o fracasso da atividade em torno dele.

Não se fantasiam soluções jurídicas, e a conclusão com relação ao *trust* é a impossibilidade de sua sistematização no Direito brasileiro.

Trata-se de um desafio, como apontou, em 1944, Sizino Rodrigues: “O instituto do *trust*, em sua moderna concepção, é um dos mais complicados do direito anglo-americano, sobre o qual muito se tem escrito na Inglaterra, onde êle surgiu, e nos Estados Unidos, que o adotaram e ampliaram a sua aplicação.”<sup>191</sup>

É impossível sistematizá-lo porque, apesar de termos constatado que o *trust* possui elementos inderrogáveis coincidentes com o negócio fiduciário, um dos seus elementos inderrogáveis, que é o patrimônio segregado, depende expressamente da previsão de uma lei que não existe. Também constatamos que há uma noção da propriedade, um enquadramento dos direitos dos beneficiários, a própria concepção do instituto em torno do sistema da *Common Law*, todos sem correspondência com o sistema da *Civil Law*. Aliás, sequer temos um modelo jurídico normatizado de negócio jurídico fiduciário no Brasil.

Entretanto, a despeito da ausência de todos os elementos para configurar um *trust* no Direito brasileiro no plano da existência dos negócios jurídicos, teremos que lidar com as discussões sobre a sua validade e eficácia em virtude da sua existência em outra jurisdição, com produção de efeitos no Brasil.

A partir desse cenário, podemos constatar que a conveniência da verdade reside na identificação dos caminhos que devem ser seguidos com missões distintas para a doutrina, para o Poder Judiciário, e para o Legislativo. É disso que nos ocuparemos nos próximos itens: das proposições.

#### **4.1. O contexto do *trust* no Brasil**

---

<sup>191</sup> Sizino Rodrigues, “Os ‘trust’ em face do direito brasileiro”, *Revista Forense*, vol. 99, Rio de Janeiro, agosto 1944, p. 43.

O contexto de uma lacuna jurídica normativa brasileira decorrente da ausência de previsão legal do instituto jurídico do *trust* precisa ser destacado diante de uma realidade que não passa despercebida pelos órgãos regulatórios financeiros e, que teve destaque quando nos anos de 2016 e 2017, o Brasil editou as leis 13.254 e 13.428 dispondo sobre possibilidade de adesão ao Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT) de recursos, bens ou direitos de origem lícita, não declarados ou declarados incorretamente, remetidos, mantidos no exterior ou repatriados por residentes ou domiciliados no País, para qual se alcunhou como repatriação.

Esse contexto é impulsionado pelo prazo decadencial das ações para impugnar as adesões a esse Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT), e por fatores que não são jurídicos, mas que perturbam a ordem jurídica, tais como a quase perene crise que o Brasil atravessa com despesas maiores que as receitas do orçamento público, indiscutivelmente acentuada pela pandemia do Covid-19, o que resulta numa instabilidade no ambiente de negócios.

O cenário é parecido, com singular similitude, daquele que Miguel Reale destacou em 1967 ao lançar a sua obra seminal “Teoria tridimensional do direito”: “Estávamos, porém, apenas no início de um longo e atormentado processo, que duas guerras mundiais e sucessivas revoluções de âmbito universal iriam acelerar, pondo em crise todo o sistema do direito, porquanto a crise do direito não é senão um aspecto relevante da crise geral da civilização contemporânea. De tal sorte que imprevistos fatores ideológicos e o violento impacto das ciências sobre a sociedade acentuaram ainda mais o significado problemático e contingente das estruturas jurídico-formais.”<sup>192</sup>

A adoção do Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT) revelou a declaração de patrimônios de brasileiros da ordem de R\$ 169,9 bilhões<sup>193</sup> na primeira fase, e R\$ 4,6 bilhões<sup>194</sup> na segunda fase, bem como a larga utilização do *trust* como um

---

<sup>192</sup>Confira: Miguel Reale, *Teoria tridimensional do direito*, 4. ed. rev. e aum., São Paulo, Saraiva, 1986, p.6.

<sup>193</sup> <https://www.gov.br/fazenda/pt-br/assuntos/noticias/2016/novembro/meirelles-comemora-201csucesso201d-do-programa-de-repatriacao-de-ativos-1> Acesso em: 06 nov. 2021.

<sup>194</sup> <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2017-08/programa-de-repatriacao-regulariza-r-46-bilhoes-estimativa-era-de-r-13> Acesso em: 06 nov. 2021.

instrumento de gestão desse patrimônio, apresenta o desafio de solucionar lacuna jurídica normativa sobre o *trust* no Brasil.

Não se perca de vista que o nosso trabalho doutrinário apresenta um escopo tanto teórico, quanto prático.<sup>195</sup>

Esse destaque é fundamental, porque é provável que o Poder Judiciário brasileiro seja provocado para a aplicação do direito relacionado às questões jurídicas envolvendo o *trust* decorrente da adesão ao Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT), na medida em que havendo impugnações ao conteúdo das adesões dos contribuintes, caberá ao Poder Judiciário a solução ao se deparar com um *trust* no rol de bens declarados, ou, exatamente o contrário, quando se constata que não houve a declaração do *trust*.

Evidentemente por não haver previsão legal expressa sobre o *trust* como um negócio jurídico, também não são regulados no âmbito tributário. No entanto, constata-se uma excessiva preocupação das autoridades fiscais com aspectos a eles relacionados, especialmente porque implicam em movimentação patrimonial.

Apenas a título exemplificativo dos desafios que se criam pela existência de uma lacuna jurídica, podemos citar que o art. 4º, § 1º, da Lei 13.254/2016, que instituiu o Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT), estabeleceu a possibilidade de declaração de regularização junto à Secretaria da Receita Federal e ao Banco Central “dos recursos, bens e direitos de qualquer natureza de que seja titular em 31 de dezembro de 2014”, dentre esses, “trust de quaisquer espécies”.

A Instrução Normativa 1.634, de 06 de maio de 2016, da Receita Federal do Brasil, definiu o beneficiário final como a pessoa natural que, em última instância, de forma direta ou indireta, possui, controla ou influencia significativamente uma determinada entidade, enquadrando-se neste entendimento os *trusts* e as *offshores* constituídas por brasileiros. Tal

---

<sup>195</sup> Confira Judith Martins-Costa. “Autoridade e utilidade da doutrina: a construção dos modelos doutrinários”. *in Modelos de direito privado*. São Paulo, Marcial Pons, 2014, p. 17: “Com efeito, compreendida a dogmática como o «campo da ciência do Direito dedicada à interpretação e à sistematização das normas jurídicas» esta nada mais é que o *resultado do trabalho doutrinário*, um trabalho de construção intelectual cujo escopo é tanto prático quanto teórico.”

providência decorreu das deliberações da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA) no intuito de identificar o beneficiário final das entidades domiciliadas no exterior.

Desse fato específico, podemos constatar os prejuízos da ausência de previsão legal do *trust* no Direito brasileiro, sendo certo que a sua faceta mais poderosa, a faceta financeira pode desvirtuar os seus rumos.

Como pudemos explicitar da estrutura de um *trust*, o patrimônio é transferido para um *trustee* que o administrará para atingir a finalidade estipulada em função de um beneficiário que tem um direito expectativo. É um direito expectativo porque não se implementaram todas as condições para que o patrimônio fosse transferido para a sua titularidade.

Portanto, a titularidade é do *trustee* com bem explicitou Ricardo Mariz de Oliveira: “o efeito mais significativo do ‘trust’ é a titularidade do ‘trustee’ sob os bens a ele transferidos, o que, conseqüentemente, significa a inexistência de direitos reais do ‘settlor’ e dos beneficiários sobre tais bens”<sup>196</sup>.

Assim sendo, o *trustee* é o responsável perante todos os órgãos públicos para cumprimento de todas as obrigações legais que porventura existam sobre o patrimônio.

Há, efetivamente, a possibilidade de um beneficiário receber prestações desse patrimônio administrado e de titularidade do *trustee*, o que não se confunde com o patrimônio. As prestações recebidas deverão ter o tratamento tributário próprio, conforme a jurisdição, destacando-se que entre os deveres do *trustee* estão presentes o de prestar contas e declarar todas as movimentações realizadas.

Logo, a depender do caso concreto, quem responde por um *trust* é o seu *trustee*, e as prestações realizadas em favor de um beneficiário devem ser declaradas.

---

<sup>196</sup> Ricardo Mariz de Oliveira, “O instituto do ‘Trust’ na perspectiva do direito brasileiro”, In “Estudos de direito tributário em homenagem ao Professor Gerd Willi Rothmann”, SCHOUERI, Luís Eduardo (org.) e outros, São Paulo, Quartier Latin, 2016, p. 403.

Diante do princípio jurídico de que a boa-fé se presume e a má-fé tem que ser provada, poderá haver a comprovação da existência dos denominados *sham trusts*, que resultam de uma simulação ou fraude, o que poderá inquinar o negócio jurídico declarando-se a sua nulidade.

O *trust* também revela essa preocupação diante da necessária colaboração no âmbito das autoridades públicas por intermédio das convenções e tratados internacionais, como a Convenção Multilateral de Assistência Mútua em Matéria Tributária, da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE, para se coibir as práticas ilícitas envolvendo o instituto jurídico do *trust*, mas sem desvirtuar a sua fundamental importância pelo seu prisma social<sup>197</sup>.

#### **4.2. A crise da lacuna jurídica normativa**

A ausência de norma legal gera uma crise de segurança jurídica.

Nesse contexto, também em função da mudança de paradigma, da pirâmide à rede, a ciência tem sofrido com a velocidade e complexidade dos novos problemas, o que é manifesto reflexo do fato social e revelam lacunas normativas como a constatada em função do *trust*.

Mario Losano observa que a pirâmide tornou-se um vocábulo corrente do jurista, destacando que o sistema de Kelsen é prático, porque facilita o entendimento do direito, e tem uma função psicológica ao transmitir a certeza de que o direito está completo e ordenado.<sup>198</sup>

As metáforas arquitetônicas de construção, utilizadas pelos pandectistas, incentivaram Kelsen a estudar a estrutura do Direito e elaborar sua teoria, que teve a oportunidade de ser aplicada na prática em 1920, quando colaborou, como consultor constitucional e conselheiro do presidente, na criação da Constituição da Áustria Republicana, e, especialmente, para criação de uma Corte constitucional que serviu de modelo para outras instituições nas décadas

---

<sup>197</sup> Como ensina Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, cit., p. 21: “O negócio não é o que o agente quer, mas sim o que a sociedade vê como a declaração de vontade do agente. Deixa-se, pois, de examinar o negócio através da ótica estreita do seu autor e, alargando-se extraordinariamente o campo de visão, passa-se a fazer o exame pelo prisma social e mais propriamente jurídico.”

<sup>198</sup> Vide: Mario G. Losano, Modelos teóricos, inclusive na prática: da pirâmide à rede. Novos paradigmas nas relações entre direitos nacionais e normativas supraestatais (trad. Marcela Varejão), *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, n. 16, jul-dez. 2005, p. 269.

seguintes. A razão de ser da criação da Corte constitucional, a qual ele integrou na qualidade de juiz constitucional, era a proteção da coerência da pirâmide normativa pelo risco de normas desrespeitarem os níveis hierárquicos, ou seja, criou-se o controle de constitucionalidade das normas, garantindo a norma fundamental. Porém, Kelsen deixou a Áustria quando identificou que a mudança na forma de composição da Corte Constitucional, com a indicação dos juizes constitucionais pelo Governo, e não mais pelo Parlamento, representava uma incoerência no sistema normativo austríaco.<sup>199</sup>

Nada obstante a coerência da teoria de Kelsen, Miguel Reale tece sua crítica quanto ao todo unitário e escalonado de normas que não compreendem a experiência jurídica e o ordenamento jurídico que a torna positiva e objetiva, por considerar que há correspondência entre a experiência jurídica e a Ciência Jurídica. Ao invés da pirâmide escalonada de um único sistema de normas, há um ecossistema complexo que abrange inúmeros sistemas e subsistemas normativos que se escalonam distintamente, porém sempre condicionado, *ab initio*, pelos horizontes da Constituição que é centro do sistema.<sup>200</sup>

Portanto, é nítida a diferença entre Kelsen e Reale na medida em que a Constituição está em posição distinta no sistema. Para Kelsen a Constituição está no ápice da pirâmide, ao passo que Reale a considera no centro do sistema.

É intuitivo identificar um modelo de rede, no lugar da pirâmide, muito mais flexível, e que permite percorrer todo o ordenamento conforme as remissões explícitas e implícitas de cada norma, o que, apesar de sua complexidade, não é técnica desconhecida dos juristas.<sup>201</sup>

O citado modelo de rede também possibilita solucionar as intrincadas, e cada vez mais constantes, questões que ultrapassam os limites territoriais, quer seja pela globalização<sup>202</sup>, quer seja pela presença de institutos jurídicos alienígenas, como é o caso do *trust*.

---

<sup>199</sup> Confira: Mario G. Losano, Modelos teóricos, inclusive na prática, cit., pp. 266-70.

<sup>200</sup> Consulte: Miguel Reale, *Fontes e modelos do direito*, cit., pp. 82-95.

<sup>201</sup> Vide: Mario G. Losano, Modelos teóricos, inclusive na prática, cit., pp. 281-82.

<sup>202</sup> Conforme observa José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, 5. ed. totalmente refundida e aum., Coimbra, Livraria Almedina, 1991, p. 17: “O problema hoje, é o de saber se o *processo de institucionalização da modernidade* sucessivamente desenvolvido – *Estado Nacional* – *Estado de direito* – *Estado democrático* – *Estado social* – não teria chegado ao fim. Deixaremos de lado, e por agora, as querelas relacionadas com o ‘Estado-providência’ e concentremo-nos em mais um mote da pós-modernidade político-constitucional – *a perda do lugar e da inércia geográfica e territorial* (B. Guggenberg). Assim, os fenómenos da *globalização*, com os inerentes

Uma solução que não seria alcançada pela pirâmide de Kelsen, pois ela não consegue escalonar a complexa imbricação entre as relações de direito nacional, internacional e supranacional, o que nos remete, como explica Reale, a um novo paradigma normativo que guarde correspondência com a experiência social.<sup>203</sup>

Enfim, como solucionar uma crise de segurança jurídica decorrente de uma lacuna jurídica normativa?

Não há outro remédio senão a norma jurídica, destacada sua finalidade de proteção da sociedade, inclusive como forma de proteção individual, estando umbilicalmente unidas as atividades do ser humano e da sociedade.<sup>204</sup>

A produção da norma jurídica representa um momento único do ser humano na busca pela segurança jurídica, conforme ensina Miguel Reale: “À luz dessas considerações de ordem geral, mas em contraste direto com o que acontece na práxis jurídica, verifica-se que o ser e o fazer do homem, enquanto membro de uma coletividade, pratica, nem pode deixar de praticar, constantemente, atos valiosos para si e para os outros e que, na medida em que implica a pessoa do outro, põe uma exigência de medida, de composição ou de harmonia. A norma jurídica, por tal motivo, assinala sempre um momento de pausa, de objetividade relativa no decurso das operações incessantemente realizadas pelos indivíduos e pelos grupos, representando *a forma positiva de qualificação axiológica do fato em dada conjuntura*.”<sup>205</sup>

---

problemas de interdependência e modificações nas formas de direcção e controlo dos regimes e sistemas políticos, levam necessariamente à questão de saber como se devem estruturar deveres e obrigações para lá dos ‘confins do Estado territorial’ (S. Hoffman alude aqui, de forma sugestiva, a ‘*Duties beyond Borders*’). Como se poderão regular deveres e obrigações na ‘ausência’ de um centro político estadual?”

<sup>203</sup> Vide: Miguel Reale, *O direito como experiência : introdução à epistemologia jurídica*, 2. ed., 3ª. tir., São Paulo, Saraiva, 2002, pp. 165-166.

<sup>204</sup> Maria Helena Diniz, *Compêndio de introdução à ciência do direito*, 15. ed. à luz da Lei n. 10.406/02, São Paulo, Saraiva, 2003, p. 376-377, ensina: “É óbvio que a obediência às normas de aperfeiçoamento não é essencial à preservação da sociedade, pois elas têm em vista o bem individual. Mas a violação das normas de garantia acarretaria o aniquilamento do grupo social: sem normas jurídicas, a sociedade acaba desaparecendo. Ora, a sociedade é um bem necessário aos homens para a consecução dos fins humanos. Em consequência disso, pelo simples fato de viverem em sociedade e de desejarem continuar a servir-se dela, os homens aderem à norma jurídica, que, por sua vez, é autorizante, pois só assim assegura a paz e a ordem social.”

<sup>205</sup> Miguel Reale, *Teoria tridimensional do direito*, cit., p. 99-100.

E sob essa luz, sendo incontestável a utilidade do *trust* numa economia globalizada, é fundamental a existência de norma jurídica prevendo o instituto jurídico, buscando o máximo de segurança jurídica possível segundo o princípio da legalidade que sustenta o Estado Democrático de Direito.

A situação escancarada pelo Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT) obrigará o aplicador do direito a realizar uma das mais difíceis tarefas: a de colmatar uma lacuna jurídica normativa.<sup>206</sup>

#### **4.3. Parâmetros para o aplicador do direito que se depara com o *trust* no Brasil**

A constatação da lacuna jurídica normativa para as questões decorrentes dos *trusts* instituídos no exterior, com patrimônio declarado no Brasil, e/ou beneficiários brasileiros, impõe a apresentação de uma proposição.

As possíveis questões não se resumem às questões tributárias, podendo trazer reflexos também patrimoniais em função das regras de sucessão hereditária, ou de caráter penal, entre outros temas, não sendo o nosso objetivo antever toda a possível controvérsia.

Assim sendo, há que se explicitar quais são os parâmetros para o aplicador do Direito que se depara com um *trust* para proferir uma decisão judicial, pois não se pode negar que um *trust* pode ser objeto de uma discussão jurídica sobre a sua validade ou eficácia na jurisdição do Brasil.

O magistrado, como aplicador do direito, não está apenas sob a égide da legislação, mas dos valores sociais vigentes<sup>207</sup>, no seu dever de decidir nos termos do art. 140 do Código de Processo Civil<sup>208</sup>.

---

<sup>206</sup> Maria Helena Diniz, *As lacunas no direito, cit.*, p. 138.

<sup>207</sup> Consulte Maria Helena Diniz, *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*, 11. ed. adaptada à Lei n. 10.406/2002, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 139-140: “A ciência do direito, articulada no modelo teórico hermenêutico, ao encarar a decidibilidade do ângulo de sua relevância significativa, relacionando a hipótese de conflito e a hipótese de decisão, tendo em vista o seu sentido, assumindo, então, uma atividade interpretativa, tendo uma função primordialmente avaliativa, por propiciar o encontro de indicadores para uma compreensão parcial ou total das relações, surge como uma teoria hermenêutica, por ter, dentre outras, a tarefa de: (...) b) verificar a existência da lacuna jurídica, constatando-a e indicando os instrumentos integradores, que levem a uma decisão possível mais favorável, argumentada no direito vigente, mesmo quando se trate de critérios conducentes a uma decisão *contra legem*, nas hipóteses de lacunas axiológicas e ontológicas.”

<sup>208</sup> “Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.”

A garantia de vedação ao *non liquet* está consolidada no princípio jurídico da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal<sup>209</sup>, que impede que causa deixe de ser julgada. Apesar de haver algumas particularidades em função da competência jurisdicional, em se tratando de evidente lacuna jurídica normativa, como se verifica com relação ao *trust*, não há nenhuma dúvida que um magistrado não pode se escusar de decidir.

A doutrina consolidou a segurança jurídica como um princípio, reconhecendo o seu *status* de direito e garantia constitucional, como nos ensina José Afonso da Silva: “a segurança jurídica consiste no ‘conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida’. Uma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída.”<sup>210</sup>

As condições da segurança jurídica também se implementam quando uma questão é submetida para ser decidida pelo Poder Judiciário. Não se aguarda outro desfecho senão a emissão de um comando jurisdicional que soluciona a questão jurídica, cujos efeitos equivalem ao da norma jurídica no sentido lato, que não pode ser descumprida pelas partes do processo sob pena de sanção.

Trata-se de uma garantia constitucional própria da função do Poder Judiciário e de acesso à Justiça, sendo certo que não há usurpação de competência do Poder Legislativo, nem ofensa ao princípio da separação de Poderes. Isso porque o magistrado solucionará o caso concreto, integrando a lacuna jurídica normativa sob pena de não fazendo, violar o princípio da segurança jurídica na sua dimensão mais elementar, ou seja, a de dar a cada um o que é seu produzindo uma norma.

Esta segurança jurídica também se concretiza quando as regras do jogo são, prévia, e formalmente informadas aos participantes, ou seja, o direito que cada cidadão tem de saber

---

<sup>209</sup> “XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”

<sup>210</sup> José Afonso da Silva, *Comentário Contextual à Constituição*, São Paulo, Malheiros, 2006, p. 133.

quais a normas que devem ser seguidas para que suas relações jurídicas sejam válidas e eficazes, como explica Leonardo Greco.<sup>211</sup>

Portanto, tanto a garantia da norma legal, quanto àquela produzida pelo Poder Judiciário, formam um quadro de segurança jurídica. *A priori e a posteriori*. A força das normas legais que orientam condutas, como também a força das decisões judiciais que solucionam as questões jurídicas.

Sempre se buscou a segurança jurídica pelo benefício consistente na garantia do indivíduo de agir com liberdade e ter seus direitos pessoais e patrimoniais preservados de forma a não ser surpreendido em seus planos. E na medida em que o ser humano evolui, não há dúvida que maior é o grau de segurança almejado. Basta verificar, no recente processo de globalização, que a segurança jurídica tem sido um dos termômetros dos investimentos, principalmente estrangeiros.

Nas hipóteses de lacuna normativa, como é o caso do *trust*, incontornável a possibilidade de insegurança jurídica decorrente da natureza do processo de colmatar a lacuna jurídica, que apesar de ser técnico, pode levar à uma grande margem de discricionariedade.

Nesse sentido, é fundamental ter como premissa que a lei foi precisa em estabelecer um verdadeiro roteiro a ser seguido pelo magistrado para a integração de uma lacuna jurídica, qual seja, o art. 4º da Lei de introdução às normas de Direito brasileiro, que expressamente prevê: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

---

<sup>211</sup> Confira: Leonardo Greco, Eficácia da declaração *erga omnes* de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior, *Problemas de processo judicial tributário* (coord. Valdir de Oliveira Rocha), vol. 5, São Paulo, Dialética, 2002, p. 199. Veja também José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, cit., p. 384: “Embora o princípio da segurança jurídica seja considerado um elemento essencial do princípio do Estado de direito, não é fácil sintetizar o seu conteúdo básico. Além das imbricações que ele tem com o princípio da protecção da confiança, pode dizer-se que as ideias nucleares da segurança jurídica se desenvolvem em torno de dois conceitos: (1) *estabilidade* ou eficácia *ex post* da segurança jurídica: uma vez adoptadas, na forma e procedimento legalmente exigidos, as decisões estaduais não devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável que a sua alteração se verifique quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes. (2) *previsibilidade* ou eficácia *ex ante* do princípio da segurança jurídica que, fundamentalmente, se reconduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos actos normativos.”

A doutrina de Maria Helena Diniz é precisa para esclarecer que não se trata de uma ordem aleatória à disposição do aplicar do direito. Primeiramente, o juiz buscará a solução pelo recurso da analogia. Ausente a possibilidade de solução pela analogia, se socorrerá da verificação dos costumes como uma fonte para a sua tomada de decisão. Não sendo possível também a solução pelos costumes, o magistrado utilizará os princípios gerais de direito, sendo certo que a equidade é o último recurso.<sup>212</sup>

A ordem da utilização dos recursos visa garantir o máximo de segurança jurídica dentro de um cenário desafiador, buscando sempre os parâmetros mais concretos à disposição no sistema jurídico.

Essa ordem não pode ser subvertida, e trata-se de um processo que somente se percorre com o caso concreto. O magistrado não pode usar a equidade, ou os princípios gerais de direito, se a solução pode ser dada com base na analogia.

Mesmo sendo impossível apresentar qualquer tipo de solução prévia, a não ser o respeito à técnica jurídica de colmatar lacunas pelo Poder Judiciário acima indicada, lançaremos um exemplo sobre a aplicação da técnica.

Como verificamos, os *trusts* classificam-se em *trusts* discricionários, quando há segregação do patrimônio com a transferência do domínio do *settlor* para o *trustee*, e *trusts* não-discricionários, quando o *settlor* controla a atuação do *trustee*, determinando o destino dos ativos. Adicionalmente, os *trusts* podem ser classificados quanto à possibilidade de retorno dos ativos ao *settlor* em revogáveis e irrevogáveis.

É comum a confusão entre, de um lado, *trust* discricionário e não-revogável e, de outro, entre *trust* não-discricionário e revogável, como se fossem sinônimos ou espécies únicas. Todavia, não há que se confundir discricionariedade com revogabilidade. Tais características estão atreladas a aspectos distintos. A discricionariedade tem relação com a autonomia do *trustee*, sua liberdade e livre disposição dos ativos (ainda que restringidas pelos instrumentos

---

<sup>212</sup> Consulte Maria Helena Diniz, *As lacunas no direito*, cit., pp. 133-267.

constitutivos do *trust*). Já a revogabilidade diz respeito à possibilidade de o negócio ser desfeito a depender da ocorrência do evento previsto para tanto no seu ato de formação.

Nesses termos, é possível haver *trust* irrevogável e não-discrecionário: é o caso, por exemplo, de um *trust deed* no qual não há poder de revogação atribuído ao *settlor*, mas este pode exercer uma série de faculdades que demonstram a sua ingerência sobre o patrimônio do *trust*. Da mesma forma, pode haver *trust* revogável e discrecionário: é o que se verifica quando ocorre a transmissão da propriedade, deixando o *settlor* de ser titular dos ativos, inobstante tenha sido prevista a possibilidade de devolução a depender da configuração de determinadas circunstâncias. Nesse caso o fato de haver a possibilidade de, a depender das circunstâncias, o *settlor* voltar a ser proprietário da universalidade de bens e direitos não retira a característica de que, enquanto vigente o *trust*, a propriedade é exclusivamente do *trustee*, que inclusive pode se negar a realizar eventuais desejos do *settlor* se em desconformidade com o escopo previsto no ato de formação do *trust*.

São características comuns presentes em um *trust* não-discrecionário: (i) distribuições para o *settlor* durante a sua vida a seu critério; (ii) alteração do *trust deed* pelo *settlor* do modo como quiser e ao tempo em que desejar; e (iii) determinação ao *trustee* pelo *settlor* sobre a forma de administração dos bens contribuídos ao *trust fund*<sup>213</sup>.

Se surgir uma controvérsia a ser decidida pelo Poder Judiciário brasileiro sobre a validade de uma cláusula sobre um *trust* irrevogável e não-discrecionário, qual deverá ser a técnica a ser utilizada?

Tratando-se de uma obrigação constituída no exterior, aplica-se o art. 9º da Lei de introdução às normas de Direito brasileiro que prevê: “Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.”

---

<sup>213</sup> David Harris, *No such thing as a sham trust?* Private client business 95, 2004, aponta as seguintes características para um *trust* não discrecionário: “the power to amend or vary the terms of the trust; the power to alter the administrative provisions of the trust; the power to add or exclude beneficiaries; the power to act as investment adviser or manager; the power to veto the sale of private family company shares (or other special asset); the power to remove trustees; the power to appoint new trustees (including the settlor); the power to change the proper law of the trust; the power to change the forum of administration of the trust; the power to revoke the trust either wholly or partially; and the general power to appoint capital to any person.”

Contudo, se a obrigação deverá ser executada no Brasil, o parágrafo primeiro o art. 9º prevê: “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.”

Ainda, há que se verificar o domicílio do proponente, conforme prevê o parágrafo segundo do mesmo art. 9º: “A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.”

Portanto, se na hipótese o proponente, que pode ser entendido como sendo o *settlor*, for domiciliado no Brasil, será a lei brasileira que deverá ser aplicada, desde que, nos termos do art. 17 da Lei de introdução às normas de Direito brasileiro, a hipótese não ofenda a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes<sup>214</sup>.

E como não há lei no Brasil sobre o *trust*, o juiz deverá se socorrer em primeiro lugar da analogia.

Como ensina Maria Helena Diniz: “A analogia é um mecanismo auto-integrativo do direito e não interpretativo, no sentido de que não parte de uma lei aplicável ao fato, porque esta não existe, mas procura norma que regule caso similar ao não contemplado, sem contudo criar direito novo. É pressuposto da aplicação analógica que o fato sub judice se trate de um caso que o legislador não previu, porque se o tivesse previsto, ainda que não claramente compreendido na letra da lei, teria lugar a interpretação extensiva.”<sup>215</sup>

Portanto, o fundamento da analogia está na igualdade jurídica. E esta igualdade pode ser verificada de duas formas: a analogia *legis* ou a analogia *juris*.

Ocorre a analogia *legis* quando há uma norma no ordenamento jurídico que trate de uma hipótese similar à hipótese da lacuna. A analogia *juris* se socorre de mais de uma norma

---

<sup>214</sup> “Art. 17. 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.”

<sup>215</sup> Maria Helena Diniz, *As lacunas no direito*, cit., p. 180.

no ordenamento jurídico para extrair os elementos que estabeleçam a similitude com a hipótese da lacuna.<sup>216</sup>

De todo o exposto podemos tirar cinco conclusões. A primeira conclusão é a constatação de que existe uma proteção contra qualquer ofensa à soberania nacional, à ordem pública e aos bons costumes. A segunda conclusão é a constatação de que existe uma técnica precisa para a colmatação de lacunas jurídicas normativas, que, sendo corretamente aplicada, poderá integrar todas as lacunas jurídicas. A terceira conclusão é a constatação de que a colmatação de lacunas jurídicas normativas verdadeiramente se trata de uma tarefa complexa, na qual a correta fixação das premissas, para a investigação do aplicador do direito, é imprescindível para o êxito da técnica da integração. Não se decide por equidade em primeiro lugar, sendo esse o último recurso da integração das lacunas jurídicas normativas, a não ser quando haja expressa previsão legal, conforme prevê o parágrafo único do art. 140 do Código de Processo Civil. A quarta conclusão é a constatação de que a existência de lacunas jurídicas normativas poderá levar à diferentes soluções, por erro de aplicação da técnica, ou por uma margem maior de discricionariedade na fixação das premissas, criando um ambiente de insegurança jurídica. A quinta e última conclusão é a constatação de que a ciência da existência de uma lacuna jurídica normativa em situações com potencial para se repetirem, como é o caso do *trust*, recomenda a imediata providência do Poder competente que é o Poder Legislativo.

#### **4.4. Proposições ao Poder Legislativo**

A despeito de termos concluído ser impossível inserir o *trust* no Brasil, ressalvamos que não é possível inserir em nosso ordenamento jurídico exatamente como ele é, e como ele funciona, no sistema da *Common Law*.

Some-se às conclusões que pudemos obter da investigação da estrutura do *trust*, de seus elementos e das noções jurídicas, cotejando-os com o Direito brasileiro em busca de alicerces dogmáticos, o que explicitou uma aproximação com o negócio jurídico fiduciário.

---

<sup>216</sup> Confira em Maria Helena Diniz, *As lacunas no direito*, cit., p. 162.

Essa aproximação com o negócio jurídico fiduciário revelou, inclusive, a mais importante constatação sobre os elementos inderrogáveis do que seria uma estrutura similar ao *trust*. A constatação foi de que não há impedimento do ponto de vista jurídico para as questões envolvendo a segregação patrimonial, a propriedade fiduciária, os direitos reais e a obrigação com eficácia real. Tudo se resume numa questão de conveniência e oportunidade.

É verdadeiramente uma escolha legislativa.

É o exemplo patente do regime de patrimônios de afetação na incorporação imobiliária que veio à tona por intermédio da Lei nº 10.931/2004, motivado por um rumoroso caso ocorrido com uma das maiores empresas brasileiras atuante no setor da construção civil que acabou por lesar milhares de credores, em especial as pessoas que haviam adquirido imóveis em construção. A lei veio como uma resposta para a proteção da compra de um imóvel sob o novo regime que garantiria o patrimônio necessário para o cumprimento do contrato.

Outro exemplo é o refinanciamento com transferência de credor na alienação fiduciária de bem imóvel (Lei nº 9.514 de 1997), que foi incluído pela Lei nº 12.810 de 2013, também para atender uma demanda econômica e social de mercado possibilitando a denominada portabilidade do contrato.

Algumas escolhas do legislador podem determinar a existência de um negócio jurídico, como foi o caso da alienação fiduciária de bem imóvel em 1997, depois de tantos anos que já existia e funcionava com eficiência a alienação fiduciária de bem móvel.

Outras escolhas do legislador podem determinar a eficiência de um negócio jurídico, como os exemplos que citamos acima do patrimônio de afetação para incorporação imobiliária, ou o refinanciamento com transferência de credor.

Muito já foi feito por outros países com jurisdições da *Civil Law*, idênticas como o Brasil, resultando num grande progresso econômico, porque efetivamente um instrumento jurídico análogo ao *trust*, que cumpra as suas funções como um negócio jurídico fiduciário de administração, representa uma garantia para a sociedade em termos de fomento da atividade econômica.

Essa garantia decorre da estrutura do negócio jurídico no qual um patrimônio deve ser destinado, compatível com as finalidades, sendo uma legítima oportunidade de desenvolvimento da atividade, respeitadas algumas premissas, que são pontos nevrálgicos e pragmáticos<sup>217</sup> para o êxito e a eficiência de um dos maiores instrumentos financeiros do mundo.

A nossa sugestão vai além do que nos pareceu totalmente compreendido em termos de estrutura um instrumento jurídico análogo ao *trust*, que há muito sugerido, em 1965, quando da apresentação do Projeto do Código de Obrigações, qual seja, um contrato de fidúcia.

Constatada a impossibilidade de inserção do *trust* no Direito brasileiro exatamente da mesma forma como ele funciona no sistema da *Common Law*, a solução está na inserção de uma nova espécie de contrato que contenha todos os elementos gerais e inderrogáveis do *trust*, e cumpra a mesma função.

Além dos mesmos elementos inderrogáveis de um negócio fiduciário nos moldes dos exemplos existentes no ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam, a finalidade, a fidúcia, há que se prever, porque somente a lei poderá fazê-lo em função do princípio da taxatividade, que possa ser convencionada uma propriedade resolúvel, enquadrada como propriedade fiduciária e como um direito real, cuja titularidade será do fiduciário. Esse patrimônio deverá, também por previsão legal, ser afetado em função da sua destinação para cumprir as finalidades declaradas, inclusive dando eficácia real para as obrigações que estejam vinculadas aos bens imóveis.

Também deverá ser previsto um registro obrigatório dos atos de instituição, modificação ou extinção da fidúcia, com a declaração do patrimônio destinado, considerando

---

<sup>217</sup> Leia: Manoel A. Domingues de Andrade, *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis*, 4ª. edição, Coimbra, Arménio Amado, 1987, p. 101: "Ora, o legislador sensato não procura implantar ideais quiméricos de convivência social, inviabilizados por circunstâncias exteriores que não possa vencer e plasmar como for preciso. Mas não será também um dócil adorador dos factos presentes e das opiniões reinantes. Não se contentará com que a lei seja resultante apenas, simples expoente ou reflexo da conjuntura social, senão que pretenderá reagir, em certa medida, contra o seu tempo, elevando a lei à dignidade da causa operante, isto é, de coeficiente de transformação e progresso."

que poderá haver direitos e bens móveis, além dos imóveis, com a garantia de sigilo nos moldes do sistema bancário.

O Brasil é uma referência mundial em termos de sistema financeiro nacional, o que justifica que a atividade do fiduciário, pessoa física ou jurídica, seja restrita aos autorizados pelas autoridades monetárias a desenvolverem essa atividade específica.

A imensa relevância econômica, bem com as responsabilidades envolvidas decorrentes da administração do fiduciário, seus deveres para uma gestão profissional envolvendo diversas áreas técnicas necessárias, tais como a administrativa, contábil, legal, tributária, recomendam todas as cautelas e a experiência de quem administra recursos de terceiros.

O sentido de segurança é ínsito a estrutura da sociedade<sup>218</sup>, razão pela qual a insegurança do ambiente impulsiona o ser humano a aspirar segurança jurídica<sup>219</sup>.

Entretanto, mesmo as mais elaboradas e eficazes medidas de segurança para afastar o agente causador do dano acabam por trazer sequelas para o desenvolvimento da atividade econômica, pois acabam afastando também os interessados que não confiam e preferem ter garantias.

Basta observar na sociedade contemporânea o movimento em busca da segurança em todos os sentidos, exemplificado pela contratação dos mais variados seguros, em especial o seguro de vida e as previdências privadas.

E de fato, a ampliação dos danos reparáveis, da objetivação e da coletivização, com a especial influência do seguro<sup>220</sup> através da mutualização dos riscos é solução de comprovada eficácia, proporcionando às vítimas a certeza de ressarcimento, e ao empreendedor a

---

<sup>218</sup> Natalino Irti, *L'età della decodificazione*, 4. ed., Milão, Giuffrè, 1999, p. 21.

<sup>219</sup> Louis Josserand, *Evolução da responsabilidade civil*, (trad. Raul Lima), *Revista Forense*, vol.LXXXVI, 1941, p. 549.

<sup>220</sup> Vide: Fernando Noronha, *Direito das obrigações : fundamentos do direito das obrigações : introdução à responsabilidade civil*, v. 1, São Paulo, Saraiva, 2003, pp. 545-548.

tranquilidade para desenvolvimento econômico, sem a possibilidade de sofrer a condenação à indenização que possa inviabilizar o exercício normal das atividades.

Por essas razões, deverá haver um seguro obrigatório da atividade do fiduciário compatível com as suas responsabilidades de administração e titularidade do patrimônio fiduciário.

Finalmente, além da edição de uma lei regrado o contrato de fidúcia, o Brasil também deverá tornar-se signatário da Convenção Internacional de Haia sobre a Lei Aplicável a *Trusts*, na medida em que ela traça as principais características do instituto em âmbito internacional, sendo, portanto, forte diretriz a guiar a análise dos *trusts* de outras jurisdições, podendo servir de instrumento às autoridades nacionais no trato da figura, notadamente a Administração Fiscal e o Poder Judiciário.

A larga expansão mundial elimina qualquer dúvida sobre o êxito da inserção em nosso ordenamento jurídico de um instrumento jurídico análogo ao *trust*, que resultará em segurança e viabilidade econômica. Caberá a nós entendermos e atendermos a sua dimensão jurídica, como há muito preconizou Arnoldo Wald: “Se o desenvolvimento é o maior problema do nosso tempo e do nosso País, e se a sua realização se tornou determinação constitucional explícita, não se pode deixar de apreciar a contribuição que o advogado pode e deve trazer à ação comum. O direito visa garantir a estabilidade das sociedades que rege e, sempre, foi o catalizador do progresso.”<sup>221</sup>

O verdadeiro fundamento de todas essas proposições, cujo acolhimento já se mostra tardio, decorre do preâmbulo da nossa Constituição Federal e dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil de garantir o desenvolvimento nacional, cabendo à doutrina a demonstração dos sólidos alicerces dogmáticos para a inserção deste novo negócio jurídico fiduciário.

---

<sup>221</sup> Veja em Arnoldo Wald. “O direito do desenvolvimento”, in *Revista Forense*, vol. 220, Rio de Janeiro, out-dez 1967, p. 421.

## 5. Conclusões

A instituição de um *trust* é um ato unilateral, guardando estreita relação com a *Equity Law* na forma pela qual é interpretado e aplicado.

Na estrutura de um *trust*, o patrimônio é transferido para um *trustee* que o administrará para atingir a finalidade estipulada em função de um beneficiário que tem um direito expectativo.

A relação de confiança é um elemento nuclear do *trust*.

A essência do pacto fiduciário é o dever do fiduciário de usar do direito formalmente transferido para uma finalidade querida pelo próprio fiduciante, e com este pactuado, com eficácia real. A titularidade da coisa pelo fiduciário é plena, limitando o seu uso em termos obrigacionais.

A fidúcia é da essência do negócio fiduciário. É a confiança de que a transferência da coisa é temporária para o atingimento da finalidade que representa a própria razão de existir do negócio.

Incontornável a constatação da presença da boa-fé como uma diretriz para a confiança, pois o seu sentido ético representa a expectativa que se mantenha a correção e o equilíbrio na forma e no conteúdo.

A noção de confiança, como um princípio, deve ser mantida na essência dos negócios fiduciários.

É a confiança para a transmissão temporária da propriedade que modifica o paradigma dos negócios jurídicos.

A capacidade patrimonial é o novo paradigma que fundamenta e permite a existência de vários patrimônios detidos pela mesma pessoa natural ou jurídica, sem que haja preocupação com a lesão aos direitos de herdeiros ou alheios.

Patrimônio é o gênero do qual há duas espécies: o patrimônio geral e o patrimônio segregado. E como subespécie do patrimônio segregado existe o patrimônio afetado, porque além de ser separado tem uma destinação e um regime próprio delimitado pela lei.

Há uma tipicidade na segregação patrimonial criando uma verdadeira especialização no regime da responsabilidade patrimonial vinculando bens para uma possível e futura satisfação de créditos decorrentes da atividade do titular daquele patrimônio.

A segregação patrimonial é uma técnica legal que resulta da natureza de uma situação jurídica ou de um tipo de negócio jurídico, que não altera a sua essência, e decorre do pleno reconhecimento do princípio da autonomia patrimonial.

A aproximação do *trust* com o negócio jurídico fiduciário revelou que não há impedimento do ponto de vista jurídico para o reconhecimento pleno, como regra geral, da segregação patrimonial, da propriedade fiduciária, dos direitos reais e da obrigação com eficácia real. Tudo se resume numa questão de conveniência e oportunidade da atividade do Poder Legislativo.

Quando a causa do negócio jurídico é a relação fiduciária, estará caracterizada a atipicidade, se não estiver previsto em lei.

Diante da inserção do inciso V, do §1º o art. 113 do Código Civil promovida pela Lei nº 13.874, de 2019, caberá à doutrina retomar a análise dos fundamentos dogmáticos sobre a causa como requisito de validade do negócio jurídico.

Os limites da ordem pública, da função social do contrato, da proibidade, da boa-fé, da função social da propriedade, e da vedação do abuso do direito são limites subjetivos para os princípios da autonomia privada e da liberdade contratual.

O princípio da autonomia privada encontra-se presente em função da vontade qualificada do instituidor, da estipulação da finalidade do *trust* e seus beneficiários, e da transferência de bens e direitos, com possíveis condições suspensivas e resolutivas, ou a fixação de termo, modo ou encargo, sempre em consonância com os limites jurídicos existentes em respeito à legalidade e à ordem pública.

O princípio da autonomia patrimonial é concretizado com a afetação do patrimônio que representa uma evolução para o direito comercial, para a segurança jurídica e o desenvolvimento econômico.

O princípio da boa-fé é informador da confiança para o atingimento da finalidade que foi a causa da transferência de bens e direitos conferindo a natureza fiduciária ao negócio jurídico. A despeito da existência de leis que tratam de algumas espécies fiduciárias, não se pode considerar o negócio fiduciário *lato sensu* como um contrato típico por carecer de uma estrutura normativa que confira a unidade metodológica desejada como um modelo.

Constatada a impossibilidade de inserção do *trust* no Direito brasileiro exatamente da mesma forma como ele funciona no sistema da *Common Law*, a solução está na inserção de uma nova espécie de contrato que contenha todos os elementos gerais e inderrogáveis do *trust*, e cumpra a mesma função.

Qualquer que seja o instrumento adotado para a inserção de um instrumento análogo ao *trust* no Brasil, haverá a discussão sobre a vedação do pacto corvina em virtude do objeto ser a herança, e assim sendo, somente poderia haver testamento pelas formas legais previstas.

Deverá haver a alteração das regras no Código Civil, ou para eliminar a vedação do pacto corvina, revogando o art. 426, ou uma inclusão de norma para prever um instrumento análogo ao *trust causa mortis* como uma nova espécie de disposição de última vontade, porque efetivamente não se trata de uma espécie de testamento.

Constatada a lacuna jurídica normativa para as questões decorrentes dos *trusts* e a impossibilidade de inserção do *trust* no Direito brasileiro exatamente da mesma forma como ele funciona no sistema da *Common Law*, a solução está na inserção de uma nova espécie de contrato que contenha todos os elementos gerais e inderrogáveis do *trust*, e cumpra a mesma função.

A inserção de uma nova espécie de contrato deve conter a previsão expressa da propriedade resolúvel, enquadrada como propriedade fiduciária e como um direito real, cuja titularidade

será do fiduciário. Esse patrimônio deverá, também por previsão legal, ser afetado em função da sua destinação para cumprir as finalidades declaradas, inclusive dando eficácia real para as obrigações que estejam vinculadas aos bens imóveis.

Em virtude da inserção de uma nova espécie de contrato deverá ser previsto um registro obrigatório dos atos de instituição, modificação ou extinção do contrato, com a declaração do patrimônio destinado, considerando que poderá haver direitos e bens móveis, além dos imóveis, com a garantia de sigilo nos moldes do sistema bancário.

A atividade do fiduciário, pessoa física ou jurídica, deve ser restrita aos que forem autorizados pelas autoridades monetárias a desenvolverem essa atividade específica.

Deverá haver um seguro obrigatório da atividade do fiduciário compatível com as suas responsabilidades de administração e titularidade do patrimônio fiduciário.

Além da edição de uma lei regrado o contrato, o Brasil também deverá tornar-se signatário da Convenção Internacional de Haia sobre a Lei Aplicável a Trusts, na medida em que ela traça as principais características do instituto em âmbito internacional, sendo, portanto, forte diretriz a guiar a análise dos trusts de outras jurisdições, podendo servir de instrumento às autoridades nacionais no trato da figura, notadamente a Administração Fiscal e o Poder Judiciário.

O fundamento das proposições decorre do preâmbulo da nossa Constituição Federal e dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil de garantir o desenvolvimento nacional.

## BIBLIOGRAFIA

AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. Legislación consolidada. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763> Acesso em: 06 nov. 2021.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Contratos relacionais, existenciais e de lucro*. Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro, Padma, v. 45, jan. /mar.2011.

ALBALADELO, Manuel. *El negocio jurídico*, Barcelona, Bosch, 1958.

ALMEIDA, Verônica Scriptor Freire e. *O direito dos trusts no Brasil*. São Paulo, Almedina, 2020.

ALVES, José Carlos Moreira. *A retrovenda*, Rio de Janeiro, Borsoi, 1967.

\_\_\_\_\_. *Da alienação fiduciária em garantia*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1987.

\_\_\_\_\_. *Direito Romano*, 17. ed., Rio de Janeiro, Forense, E-book, 2016.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 10ª. ed. revista e modificada, E-book, São Paulo, Saraiva Educação, 2018.

\_\_\_\_\_. *Historicidade e racionalidade na construção do direito brasileiro, in O direito civil no século XXI* (coord. Maria Helena Diniz e Roberto Senise Lisboa). São Paulo, Saraiva, 2003.

ANDRADE, José Alfredo Ferreira. *Da alienação fiduciária em garantia*. São Paulo, 1970.

ANSELMO, Márcio Adriano. *A OCDE e os novos paradigmas no combate aos paraísos fiscais*. Doutrinas Essenciais de Direito Tributário. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ASCARELLI, Tullio. *Contrato Misto, Negócio Indireto, "Negotium mixtum cum donatione"*, Revista dos Tribunais, 101, 925, 2012.

\_\_\_\_\_. *Negócio Jurídico Indirecto*, Jornal do Fôro, Lisboa, 1965.

ARESPA COCHAGA, Joaquín de. *El trust, la fiducia y figuras afines*, Madrid, Marcial Pons, 2000.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral*. 13ª ed. Coimbra, Almeida, 2011.

\_\_\_\_\_. *A tipicidade dos direitos reais*, Lisboa, Petrony, 1968.

\_\_\_\_\_. *Direito civil - sucessões*, 5. ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2000.

AUBRY, Charles; RAU, Charles. *Cours de Droit Civil Français*, t. II, 2.a ed., Bruxelles, Société belge de librairie, Hauman et Ce, 1842.

\_\_\_\_\_. *Cours de Droit Civil Français*, t. VI, 4.a ed., Bruxelles, Société belge de librairie, Hauman et Ce, 1873.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 20ª ed., São Paulo, Malheiros/ Editora Juspodium, 2021.

\_\_\_\_\_. *Teoria da segurança jurídica*. 3ª ed. São Paulo, Malheiros, 2014.

AZEVEDO, Álvaro Villaça Azevedo, *Contratos inominados ou atípicos*, São Paulo, Bushatsky, 1975.

AZUERO, Sergio Rodríguez. *Negocios Fiduciarios su significación en américa latina*, 2. ed. Colombia, Legis, 2017

BAPTISTA, Luiz Olavo, “Entrevista” in: O Brasil e globalização: pensadores do direito internacional. Maurício Almeida Prado; Renata Duarte de Santana. (Org.), 1ª ed., São Paulo, Editora de Cultura, 2013.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira, *O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução*, Rio de Janeiro, Forense, 2000.

BAREA Juan B. Jordano. *El Negocio Fiduciario*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1959.

BARTOLI, SAVERIO. *Il Trust*, Milano, Giuffrè, 2001.

BESSONE, Darcy. *Direitos reais*. São Paulo, Saraiva, 1988.

BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*, 2ª edição, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2002.

BIANCA, Mirzia. *Giornata di Studio sul Trust* in *Rivista di Diritto Civile*, Anno 41, nº. 3, 1995.

Black’s Law Dictionary. St. Paul: West Group, 2007.

BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Efeitos do negócio jurídico nulo*. São Paulo, Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. São Paulo, EDIPRO, 2016.

\_\_\_\_\_. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 2.ed., São Paulo, EDIPRO, 2019.

\_\_\_\_\_. *Da Estrutura à Função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri, Manole, 2007.

\_\_\_\_\_. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Compiladas por Nello Morra; tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo, Ícone, 2006.

BRANCO, Luiz Carlos. *Equidade, proporcionalidade e razoabilidade: doutrina e jurisprudência*. 2ª ed. Campinas, Millennium, 2012.

BUZAID, Alfredo. *Ensaio sobre a alienação fiduciária em garantia*. In: Revista dos Tribunais, v. 401, p. 19.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Direito, poder justiça e processo: julgado os que nos julgam*. Rio de Janeiro, Forense, 1999.

CAMARGO, Cândido. “*Da alienação fiduciária em garantia e fundos contábeis de natureza financeira face à Lei de Mercado de Capitais*.” In Arquivos do Ministério da Justiça, Brasília, Ministério da Justiça, n. 103, 1967.

CAMPOS, Roberto, *Liberalismo : Roberto Campos em sua melhor forma. Frases, artigos e entrevistas*, 2ª. ed. Disponível em <<https://lebooks.com.br/shop/liberalismo-roberto-campos-em-sua-melhor-forma/>>. Acesso em: 05 de nov. de 2021.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*, trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra, Livraria Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*, 5. ed. totalmente refundida e aum., Coimbra, Livraria Almedina, 1991

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis*, trad. Carlos Alberto Álvaro Oliveira. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editora, 1989.

CARDOZO, Benjamin N. *A Natureza do Processo Judicial*. São Paulo, Martins Fontes, 2004.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. trad. A. Rodrigues Queiró e Artur Anselmo de Castro. Coimbra, Arménio Amado, 1942.

CASTRO, Torquato. *Da causa no contrato*. Recife, Jornal do Commercio, 1947.

CALGARI, Gerson Amauri. *O direito privado como meio de efetivação de direitos fundamentais*. Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil. São Paulo, Thomson Reuters, v. 1. 2011.

CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*. 4ª ed. rev. e. atual, Rio de Janeiro, Renovar, 2009.

\_\_\_\_\_. *Trust*. Revista Doutrinária, 5, 5, 2002.

\_\_\_\_\_. *Trust - breves considerações sobre sua adaptação aos sistemas jurídicos de tradição romana*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 790, p. 79-113, ago. 2001.

\_\_\_\_\_. *Trust-fidúcia: repercussões do Instituto Anglo-americano de Direito Brasileiro*. Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 51, 2002.

\_\_\_\_\_. *Trust: perspectivas do Direito contemporâneo na transmissão da propriedade para administração de investimentos e garantia. Instrumentos de proteção contratual e patrimonial: propriedade fiduciária, patrimônio de afetação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. *Da incorporação imobiliária*. 3.ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2010.

\_\_\_\_\_. *Trust - fidúcia. repercussões do instituto anglo americano no direito brasileiro*. Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro Rio de Janeiro, degrau cultural, 2002. v.51, p.25-33.

\_\_\_\_\_. *Afetação patrimonial no direito contemporâneo*. Revista Trimestral de Direito Civil : RTDC, Rio de Janeiro , v. 8, n. 29, p. 111-147, jan./mar. 2007.

CHESHIRE, Geoffrey Chevalier. *Il concetto del 'Trust' secondo la Common Law inglese*. Torino: Giappicheli, 1998.

CHEVALLIER, Jacques. *Cours d'introduction à l'étude du droit et droit civil*. Paris, Les Cours de droit, 1965.

CICERO, *Dos deveres*, trad. de Angélica Chiapeta, São Paulo, Martins Fontes, 1999.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Princípios do direito comercial: com anotações ao projeto de código comercial*. São Paulo, Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. *Comentários à Lei de Falências e Recuperação de Empresas*, 3ª ed., E-book, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2018.

COKE, Sir Edward. *Chudleigh's Case in The Reports of Sir Edward Coke, Knt: In Thirteen Parts, Volume 1: In Thirteen. Parts, 1826*. Disponível em [https://books.google.com.br/books?id=\\_9aJZF8utc4C&lpg=PA27-IA192&ots=kDAQdcDviy&dq=Chudleigh%E2%80%99s%20Case%20in%20The%20Reports%20of%20Sir%20Edward%20Coke&hl=pt-BR&pg=PA27-IA192#v=onepage&q=Chudleigh%E2%80%99s%20Case%20in%20The%20Reports%20of%20Sir%20Edward%20Coke&f=false](https://books.google.com.br/books?id=_9aJZF8utc4C&lpg=PA27-IA192&ots=kDAQdcDviy&dq=Chudleigh%E2%80%99s%20Case%20in%20The%20Reports%20of%20Sir%20Edward%20Coke&hl=pt-BR&pg=PA27-IA192#v=onepage&q=Chudleigh%E2%80%99s%20Case%20in%20The%20Reports%20of%20Sir%20Edward%20Coke&f=false) [https://books.google.com.br/books?id=\\_9aJZF8utc4C&lpg=PA27-IA192&ots=kDAQdcDviy&dq=Chudleigh%E2%80%99s%20Case%20in%20The%20Reports%20of%20Sir%20Edward%20Coke&hl=pt-BR&pg=PA27-IA192#v=onepage&q=Chudleigh%E2%80%99s%20Case%20in%20The%20Reports%20of%20Sir%20Edward%20Coke&f=false](https://books.google.com.br/books?id=_9aJZF8utc4C&lpg=PA27-IA192&ots=kDAQdcDviy&dq=Chudleigh%E2%80%99s%20Case%20in%20The%20Reports%20of%20Sir%20Edward%20Coke&hl=pt-BR&pg=PA27-IA192#v=onepage&q=Chudleigh%E2%80%99s%20Case%20in%20The%20Reports%20of%20Sir%20Edward%20Coke&f=false). Acesso em 05 de nov. de 2021.

CORDEIRO, Antonio Menezes. *Direito das obrigações*. v. 2. Lisboa, AAFDL, 1986.

\_\_\_\_\_. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra, Almedina, 2001.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito civil*, 4ª ed., reformulada e atualizada. V. 2ª v: parte geral: negócio jurídico. p. Lisboa, Almedina, 2014

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito civil*. vol. II, Tomo II, 4ª. ed. reformulada e atualizada, Coimbra, Almedina, 2014.

CORDEIRO, António Barreto Menezes. *Do trust no direito civil*. Coimbra, Almedina, 2014.

\_\_\_\_\_. *Deveres fiduciários de cuidado: imprecisão linguística, histórica e conceitual*, in Revista de Direito da Sociedade, nº 3, Lisboa, 2015.

*Corpus juris civilis: academicum parisiense. Opera et cura C. M. Galisset*, 12. ed., Paris, Lutetiae Parisiorum, 1888.

CRISCUOLI, Giovanni. *Fiducia e fiducie in Diritto Privato: dai negozi fiduciari ai contratti uberrimae fidei*, Rivista di Diritto Civile, 1983.

DA COSTA, Philomeno Joaquim, *Nota sobre o “livro Garantia Fiduciária”*. in RDM n. 18, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1975.

DA FONSECA, Rodrigo Garcia, *Considerações sobre o trust (fidúcia) no direito comparado*, in Revista Forense, vol. 334, p.188.

DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra, Livraria Almedina, 2004.

\_\_\_\_\_. *Contrato e deveres de protecção*. Coimbra, Livraria Almedina, 1994.

DA MOTA PINTO, Carlos Alberto. *Teoria geral do direito civil*, 4ª. ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

DA SILVA, José Afonso. *Comentário Contextual à Constituição*, São Paulo, Malheiros, 2006

DANTAS, Aldemiro. *Lacunas do ordenamento jurídico*. coord. Renan Lotufo, Barueri, Manole, 2005.

DAVID, René. *Os Grandes sistemas do direito contemporâneo*. trad, Hermínio A. Carvalho, São Paulo, Martins Fontes, 2002.

DE ALMEIDA, Candido Mendes. *Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal*. Rio de Janeiro, Typographia do Instituto Philomathico, 1870.

DE ANDRADE, Manoel A. Domingues. *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis*, 4ª. edição, Coimbra, Arménio Amado, 1987.

DE AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, 3 ed. rev, São Paulo, Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo, Saraiva, 2009.

DE CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa. *O problema da causa no código civil brasileiro*. São Paulo, Max Limonad, s.i.d.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*. Madrid, Editorial Civitas, 1985.

DE FRANCIS, Francesco. *Dizionario Giuridico Inglese-Italiano*. 1. Milano: Giuffrè. 1984.

DE GODOY, Claudio Luiz Bueno. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais* (cord. Renan Lotufo), São Paulo, Saraiva, 2004.

DE MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico : plano da eficácia*. 11ª ed., São Paulo, Saraiva Educação, 2019.

DE SOUZA, Sylvio Capanema. “O Código Napoleão e sua Influência no Direito Brasileiro” in Revista da EMERJ, v. 7, n. 26, 2004.

DELGADO, Mário Luiz; FIGUEIREDO, Jones. *Novo Código Civil: questões controvertidas. Direito das coisas*. Capítulo “Considerações sobre as novas formas de organização patrimonial no direito brasileiro”, 2008.

DINIZ, Maria Helena. *A ciência jurídica*. 5. ed. São Paulo, Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 15. ed. à luz da Lei n. 10.406/02. São Paulo, Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. *Conceito de norma jurídica como problema de essência*. 4. ed. São Paulo, Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. *As lacunas no direito*, 7ª. ed. adaptada ao novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002, São Paulo, Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*, 11. Ed. Adaptada à Lei n. 10.406/2002, São Paulo, Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 4º v., 19ª ed., São Paulo, Saraiva, 2004.

DO COUTO E SILVA, Clóvis. *A obrigação como processo*, Rio de Janeiro, FGV, 2006.

\_\_\_\_\_. *O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro*. Revista dos Tribunais. v. 628, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988.

DUGUIT, Leon. *Traité de droit constitutionnel*. v. 1, 2.ed., Paris, Fontemoing, 1921.

DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho: justiça e valor*. trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo, WMF Martins Fontes, 2014.

\_\_\_\_\_. *Levando os direitos a sério*. trad. Nelson Boeira. São Paulo, Martins Fontes, 2014.

ELGUETA, Giacomo Rojas. *L'autonomia privata e le limitazioni dela responsabilità patrimoniale del debitore*, Roma, Aracne Editrice, E-book, 2006.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, trad. João Baptista Machado. 10. ed. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. v. 1. 4. ed. Rio de Janeiro, Conquista, 1960.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. 1. Ed., 2. tir, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999.

FABIAN, Christoph. *Fidúcia: negócios fiduciários e relações externas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed. 2007.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, Rio de Janeiro, Renovar, 2001.

FARIA, José Eduardo. *Eficácia Jurídica e Violência Simbólica: O Direito Como Instrumento de Mudança Social*. São Paulo, EDUSP, 1988.

FERRARA, Luigi Cariota. *I Negozi Fiduciari*, Padova, Cedam, 1933.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. 4. ed. 2. tir. Rio de Janeiro, Forense, 2002.

\_\_\_\_\_. *Função social da dogmática jurídica*. 2ª ed. São Paulo, Atlas, 2015.

\_\_\_\_\_. “O trust no Direito Brasileiro”, in *Direito internacional na constituição: estudos em homenagem a Francisco Rezek*. (org. Alceu José Cicco Filho, Ana Flávia Penna Velloso, Maria Elisabeth Guimarães Teixeira Rocha), São Paulo, Saraiva, 2014.

FERREIRA, Waldemar Martins. *O ‘trust’ anglo-americano e o ‘fideicomiso’ latino americano*. Revista da Faculdade de Direito Universidade de São Paulo, São Paulo, v.51, p. 182-202, jan. 1956.

FELLET, André. *Regras e princípios, valores e normas*. São Paulo, Saraiva, 2014.

FERRIANI, Adriano. *Responsabilidade patrimonial e mínimo existencial*. São Paulo, Editora IASP, 2017.

FILHO, Calixto Salomão. *O novo direito societário : eficácia e sustentabilidade*, 5ª. ed., São Paulo, Saraiva Educação, E-book, 2019.

FINKELSTEIN, Cláudio. *O trust e o direito brasileiro*. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. v. 72. São Paulo: Revista dos Tribunais. abr.-jun. 2016.

FIÚZA, César. *Alienação Fiduciária em Garantia*, Rio de Janeiro, AIDE, 2000.

FOERSTER, Gerd. *O “trust” do direito anglo-americano e os negócios fiduciários no Brasil: Perspectiva de Direito Comparado (Considerações sobre o Acolhimento do “Trust” pelo Direito Brasileiro)*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2013.

FONSECA, Rodrigo Garcia da. *Considerações sobre trust (fidúcia) no direito comparado*. Revista Forense. Rio de Janeiro, 1996. v.334, p.153-190.

\_\_\_\_\_. *Considerações sobre o trust (fidúcia) no direito comparado*. v. 334. Rio de Janeiro: Forense. abr.-maio-jun. 1996.

FORGIONI, Paula Andrea. *A evolução do direito comercial brasileiro : da mercancia ao mercado*; prefácio de Eros Roberto Grau, 2. ed., São Paulo, Editora Revista Dos Tribunais, 2012.

FORSTER, Nestor José. *O negócio fiduciário*. In: Revista Forense, v. 216, p. 18.

\_\_\_\_\_. *Alienação Fiduciária em Garantia*. Porto Alegre, Livraria Sulina Editora, 1970.

FRANCHESCELLI, Remo. *Il "Trust" nel Diritto Inglese*, Padova, Cedam, 1935.

FREITAS, Ricardo de Santos. *Natureza Jurídica dos Fundos de Investimento*, São Paulo, Quartier Latin, 2005.

FREIRE, J. Renato Corrêa. *Negócio Jurídico Fiduciário*, Revista dos Tribunais, ano 59, v. 411, jan. 1970.

GAIUS. *Institutas do Jurisconsulto Gaius*. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004

GARCÍA, Ricardo Olivera. *El fideicomiso: versión latinoamericana del trust*. Jornadas Brasileño-Uruguayas de Derecho Comercial, São Paulo, 2014.

GOMES, Orlando. *A crise do direito*. São Paulo, Max Limonad, 1955.

\_\_\_\_\_. *Alienação fiduciária em garantia*, 3ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1972.

\_\_\_\_\_. *Contrato de Fidúcia ("trust")* in Revista Forense, vol. 211, ano 62, julho-agosto-setembro de 1965.

\_\_\_\_\_. *A função renovadora do Direito*. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, dez. 1969.

\_\_\_\_\_. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GOVERNO FEDERAL. Meirelles comemora sucesso do programa de repatriação de ativos. Disponível em: <https://www.gov.br/fazenda/pt-br/assuntos/noticias/2016/novembro/meirelles-comemora-2016-sucesso-2016-do-programa-de-repatriacao-de-ativos-1> Acesso em: 06 nov. 2021.

GRASSETTI, Cesare. *Del Negozio Fiduciario e Della sua Ammissibilità nel Nostro Ordinamento Giuridico*, 34, 1, 1916.

\_\_\_\_\_. *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico* in Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni, vol. XXXIV, parte prima, Milano, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1936.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*, 10 ed. refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do direito, São Paulo, Malheiros, 2021.

GRECO, Leonardo. Eficácia da declaração erga omnes de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior *in Problemas de processo judicial tributário*. v. 5. São Paulo, Dialética, 2002.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. “*Equidade em Shakespeare*” in Ele, Shakespeare, visto por nós, os advogados, organização José Luiz Alquéres, José Roberto de Castro Neves, 1ª. ed., Rio de Janeiro, Edições de Janeiro, 2017.

HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. Convenção sobre a lei aplicável ao trust e a seu reconhecimento. Disponível em: <https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=59>. Acesso em: 24 de Jan. de 2022.

HARRIS, David. *No such thing as a sham trust?* Private client business 95, 2004.

HAYTON, David; MATTHEWS, Paul; MITCHELL, Charles. *Underhill and Hayton Law of Trusts and Trustees*. 19th ed., Londres, LexisNexis Butterworths, 2018.

HOBBS, Thomas. *Diálogo entre um filósofo e um jurista*. trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino, 2 ed., São Paulo, Landy Editora, 2004.

HOMEM, Antonio Pedro Barbas, *A lei da liberdade – volume 1: Introdução histórica ao pensamento jurídico. Épocas medieval e moderna*. Cascais, Principia, 2001.

IRITI, Natalino. *L’età della decodificazione*, 4. ed., Milão, Giuffrè, 1999.

JAEGER, Guilherme Pederneiras. *O instituto inglês do Trust*. Revista Jurídica Empresarial, Porto Alegre , v. 3, n. 17, p. 167-187, nov. /dez. 2010.

JOHNSTON, David. *The Roman Law of Trusts*. The Cambridge Law Journal, 48, 3, 1989.

JOSSERAND, Louis. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações : introdução à responsabilidade civil*, v. 1, São Paulo, Saraiva, 2003.

JUSTO, António dos Santos. *A "Fictio iuris" no direito romano : Actio Ficticia : época clássica*, Coimbra, Gráfica de Coimbra, 1988.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do direito*, trad. João Baptista Machado. São Paulo, Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral das normas*, trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre, Fabris, 1986.

KUHN, Thomas. *Estrutura das revoluções científicas*, trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo, Perspectiva, 1975.

LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. 2v, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1958.

LEPAULLE, Pierre. *Traité théorique et pratique des trusts em droit interne, em droit fiscal et em droit internacional*. Paris, Rousseau & Cie, 1932.

LIMA, Otto de Souza Lima. *Negócio Fiduciário*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1962.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*, trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1998.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos do direito privado*, Tradução de Véra Maria Jacob de Fradera, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998

LOSANO, Mario Giuseppe. *Modelos Teóricos, inclusive na prática: da pirâmide à rede. Novos paradigmas nas relações entre direitos nacionais e normativas supraestatais*, trad. Marcela Varejão. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo n. 16, São Paulo, 2005.

LOTUFO, Renan. *Curso avançado de direito civil: volume 1: parte geral* (coord. Everaldo Augusto Cambler). São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. *Código Civil comentado : parte geral (arts. 1º a 232)*, volume 1, 3. ed., E-book, São Paulo, Saraiva, 2016.

LUPOI, Maurizio. *Introduzione ai trusts*, Milano, Giuffrè, 1994

\_\_\_\_\_. *Trusts*. Milano: Giuffrè, 1997.

\_\_\_\_\_. *Trusts: a comparative study*. trad. Simon Dix, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo, Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. *Notas sobre o negócio jurídico fiduciário*. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, 5, 20, 2004.

\_\_\_\_\_. *Tullio Ascarelli e o negócio jurídico indireto*. Revista dos Tribunais, 101, 925, 2012.

MAITLAND, Frederic William. *Equity: Also the Forms of Action at Common Law*. Cambridge, Cambridge University, 1910.

MARIZ DE OLIVEIRA, Ricardo. “O instituto do ‘Trust’ na perspectiva do direito brasileiro”. In “Estudos de direito tributário em homenagem ao Professor Gerd Willi Rothmann” SCHOUERI, Luís Eduardo (org.) e outros. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

MARTINS, Raphael Manhães. *Análise da 'aclimatação' do trust ao direito brasileiro: o caso da propriedade fiduciária*. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 11, n. 42, p. 244-276, abr./jun. 2010.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, 2. ed., São Paulo, Saraiva Educação, E-book, 2018

\_\_\_\_\_. *Os negócios fiduciários: considerações sobre a possibilidade de acolhimento do “trust” no Direito brasileiro*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.657, p.37-50, 1990.

\_\_\_\_\_. *Os dilemas da incoerência*. in Ele, Shakespeare, visto por nós, os advogados, organização José Luiz Alquéres, José Roberto de Castro Neves, 1ª. ed., Rio de Janeiro, 2017.

\_\_\_\_\_. *Autoridade e utilidade da doutrina: a construção dos modelos doutrinários*. in Modelos de direito privado. São Paulo, Marcial Pons, 2014.

MEIRA, Sílvio Augusto de Bastos. *Instituições de direito romano*, 4ª. ed., São Paulo, Editora IASP, 2017.

MEIRELLES, Jussara. *O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial*. in FACHIN, Luiz Edson. Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro, Renovar, 1998.

MIRANDA, Custódio da Piedade Balduino. *Negócio jurídico indireto e negócios fiduciários*. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, 8, 29, 1984.

MONTEIRO, António Pinto. “*Breves reflexões em torno do princípio da boa-fé.*”, Revista do Advogado, ano XLI, nº 151, São Paulo, AASP, setembro 2021.

NERI, Arianna. *Il trust e la tutela del beneficiário*. Padova, CEDAM, 2005.

NETO, Eduardo Salomão. *O conceito de trust e sua influência no Direito societário brasileiro*. São Paulo: [s.n.], 1994.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. 2ª ed. São Paulo, WMF Martins Fontes, 2014.

NINO, Carlos Santiago. *Introdução à Análise do Direito*. São Paulo, Martins Fontes, 2010.

NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. *Direito e Sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo*. Rio de Janeiro, Revan, 2010.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. *Direito e sistemas sociais: a jurisprudência e a criação de direito para além da lei*. Florianópolis, Editora da UFSC. 1988.

OLIVA, Milena Donato. *Do Negócio Fiduciário à Fidúcia*. São Paulo, Atlas, 2014.

\_\_\_\_\_. *Patrimônio separado - herança, massa falida, securitização de créditos imobiliários, incorporação imobiliária, fundo de investimento imobiliário, trust*. Rio de Janeiro, Renovar, 2009.

\_\_\_\_\_. *O trust e o direito brasileiro - patrimônio separado e titularidade fiduciária*. Revista Semestral de Direito Empresarial, Rio de Janeiro, n. 6, p. 149-177, jan. /jun. 2010.

\_\_\_\_\_. *A proteção dos incapazes e a utilidade da incorporação do trust pelo direito brasileiro*. Revista dos Tribunais, São Paulo, n.938, p. 59-77, dez. 2013.

\_\_\_\_\_. in TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*, Belo Horizonte: Fórum, 2019.

OLIVEIRA, Kelly. Programa de Repatriação regulariza R\$ 4,6 Bilhões. Agência do Brasil, 2017. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2017-08/programa-de-repatriacao-regulariza-r-46-bilhoes-estimativa-era-de-r-13> . Acesso em: 06 de nov. 2021

PENTEADO, Luciano de Camargo, *Efeitos contratuais perante terceiros*, São Paulo, Quartier Latin, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito civil: alguns aspectos da sua evolução*. 1. ed. 2. tir., Rio de Janeiro, Forense, 2001.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito civil*, v. 2. 15. ed. 2. tir. Rio de Janeiro, Forense, 1997.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito civil*. v. 3. 10 ed. 15. tir. Rio de Janeiro, Forense, 2000.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. trad. Maria Cristina De Cicco. 3.ed., rev. ampl, Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

PETTIT, Philip H. *Equity and the Law of Trusts*. 12. ed. Oxford, Oxford University Press, 2012.

PINTO, Eduardo Vera-Cruz. *O Futuro da Justiça*. São Paulo, Editora IASP, 2015.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito romano*. Cascais, Principia, 2009

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro, Pimenta de Mello & C., 1928.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Privado*, tomo III, Rio de Janeiro, Borsoi, 1954.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Privado*, tomo V, Rio de Janeiro, Borsoi, 1954.

PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. *Discours préliminaire au premier projet de Code Civil*. Bordeaux, Éditions Confluences, 2004.

POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das obrigações*. trad. Adrian Sotero De Witt Batista e Douglas Dias Ferreira. Campinas, Servanda, 2001.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra, Almedina, 2016.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo, Max Limonad, 1952.

\_\_\_\_\_. *Ato jurídico*. 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

REALE, Miguel. *Fundamentos do Direito*. 4ª ed. São Paulo, Migalhas, 2014.

\_\_\_\_\_. *O direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica*. 2ª ed. 3ª tir. São Paulo, Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. *Teoria tridimensional do direito*. 4ª ed. rev. e aum. São Paulo, Saraiva, 1986.

\_\_\_\_\_. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo, Saraiva, 1994.

\_\_\_\_\_. *Estudos preliminares do Código Civil*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. *Horizontes do direito e da história*. 3ª ed. rev. e aum. São Paulo, Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_. *O projeto do código civil : situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo, Saraiva, 1986.

\_\_\_\_\_. *Nova fase do direito moderno*. São Paulo, Saraiva, 1990.

REALI, Alessio. *Un modello di trust conforme all'ordinamento italiano: il trust senza l'equity*. Rivista Di Diritto Civile, Padova , v. 57, n. 2, pt. 2, p. 161-209, mar. /abr. 2011.

REPUBLIQUE FRANÇAISE. Code Civil. Version en vigueur au 05 novembre 2021. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGISCTA000006118476/> Acesso em: 05 nov. 2021.

REPUBLIQUE FRANÇAISE. Code Civil. Version en vigueur depuis le 24 mai 2019. [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article\\_lc/LEGIARTI000038584749](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000038584749) Acesso em: 06 de nov. 2021.

RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende. *Abuso do direito - contornos de direito material e processual*. Revista do Advogado, São Paulo, v. 98, p. 133-142, 2008.

RESTIFFE NETO, Paulo. RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Garantia fiduciária: direito e ações : manual teórico e prático com jurisprudência*. 3ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000.

RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. trad. da 3. ed. francesa por Osório de Oliveira. São Paulo, Livraria Acadêmica, 1937.

RODRIGUES, Sizino. *Os 'trust' em face do direito brasileiro*, Revista Forense, vol. 99, Rio de Janeiro, agosto 1944.

ROEBUCK, Derek. *The Background of the Common Law*. 2th. ed., Oxford, Oxford University Press, 1990.

ROMERO, Miguel Acosta. *Naturaleza Jurídica del Fideicomiso in Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. XLIII, nº. 191-192, septiembre-diciembre 1993.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra, Almedina, 2009.

SALAMA, Bruno Meyerhof. *O fim da responsabilidade limitada no Brasil*. São Paulo, Malheiros Editores LTDA, 2014.

SALOMÃO NETO, Eduardo. *O trust e o direito brasileiro*. São Paulo: Trevisan Editora, 2016.

SAUNDERS D. The Biographical Turn: Lord Nottingham, His Case. Disponível: <https://journals.latrobe.edu.au/index.php/law-in-context/article/view/66>. Acesso em: 24 de Jan. de 2022.

SIDOU, J. M. Othon. *Dicionário jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. 8. ed. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2003.

\_\_\_\_\_. “*O papiro do Cairo (PSI-1182) na integração do palimpsesto de Verona (Institutas de Gaio)*”, Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, n. 31.

SIMÃO, José Fernando. *Código civil comentado*. Doutrina e Jurisprudência, Anderson Schreiber et al, Rio de Janeiro, Forense, 2019.

\_\_\_\_\_. “*Análise das regras do contrato de sociedade quando da morte dos sócios e a vedação da existência do pacto sucessório*”, Revista IMES de Direito, Ano 5, Nº 10, São Caetano do Sul, Universidade Municipal de São Caetano do Sul, 2005.

SMITH, Lionel. *Re-imagining the trusts: trusts in civil law.*, ed. Cambridge University Press, 2012.

SOUZA LIMA, Otto de. *Negócio fiduciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1962. p. 170

STUBER, Walter Douglas. *A legitimidade do "trust" no Brasil*, Revista de Direito Mercantil, 28, 76, 1989.

\_\_\_\_\_. A legitimidade do 'trust' no brasil. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo, rev. dos tribunais, 1989. v.76, p.103-108.

STURZENEGGER, Luiz Carlos. *A doutrina do “patrimônio de afetação” e o novo sistema de pagamento brasileiro*, in Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, Revista dos Tribunais, nº. 11, jan/mar. 2001.

TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. *Iniciação na ciência do direito*. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4ª ed, Rio de Janeiro, Renovar, 2004.

\_\_\_\_\_. FACHIN, Luiz Edson (Org.) *Diálogos sobre direito civil*, v. 3. Rio de Janeiro, Renovar, 2012.

\_\_\_\_\_. “*O trust no direito brasileiro*”, *Soluções Práticas de Direito - Pareceres*, volume 2, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011.

TERPINS, Nicole Mattar Haddad. *Algumas considerações sobre o trust e as perspectivas de sua assimilação no direito brasileiro*. Revista de Direito Mercantil : Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo , v. 49, n. 153/154, p. 165-198, jan. /jul. 2010.

THOMAS, G. e HUDSON, A., *The Law of Trusts*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2010.

TOMÉ, Maria João Romão Carreiro Vaz; DE CAMPOS, Diogo Leite. *A propriedade fiduciária (trust): estudo para sua consagração no direito português*. Coimbra, Almedina, 1999.

TORO, Carlos Eduardo Costa M. A. *Reflexos fiscais do uso trust e os limites do planejamento tributário*, in Revista de Direito Tributário Internacional, ano 3, nº 7, 2007.

TORRES, Heleno. *Direito Tributário Internacional: planejamento tributário e operações transnacionais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. *Trust não pode ser usado para sonegação fiscal*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2015-nov-11/consultor-tributario-trust-nao-usado-sonogacao-fiscal#author]. Acesso em: 30 nov. 2021.

UNIDROIT, INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW. *Unidroit Principles 2016*. Disponível em: <https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles2016-e.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2021.

VIDARI, Francesco Pene. *Trust e divieto dei patti successori*. Rivista Di Diritto Civile, Padova , v.46, n.6, pt. 2 , p. 851-889, nov. 2000.

WAISBERG, Ivo. *Direito e economia - O efeito bumerangue do populismo jurídico*. in *A empresa no terceiro milênio: aspectos jurídicos*. São Paulo, Juarez de Oliveira, 2005.

\_\_\_\_\_. *O Projeto de Lei n. 1.572/2011 e a autonomia do direito comercial*. in COELHO, Fábio Ulhoa; LIMA, Tiago Asfor Rocha; NUNES, Marcelo Guedes (Coords). *Reflexões sobre o Projeto de Código Comercial*. São Paulo, Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende (Org.). *Temas de Direito da Insolvência: estudos em homenagem ao Professor Manoel Justino Bezerra Filho*. 1ª ed., São Paulo, Editora IASP, 2017.

WALD, Arnoldo. *Algumas considerações a respeito da utilização do 'trust' no direito brasileiro*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo, n.99, p.105-120, 1995.

\_\_\_\_\_. "O direito do desenvolvimento", in Revista Forense, vol. 220, Rio de Janeiro, out-dez 1967.

WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. *Responsabilidade dos sócios : a crise de limitação e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica*, Belo Horizonte, Del Rey, 2007.

WATERS, Donovan W.M., *The institution of the trust in civil and common law*, Recueil des Cours, 252, 113, 1995.

\_\_\_\_\_. *The Constructive Trust – The case for the new approach in English law*. Reino Unido: University of London – The Athlone Press, 1964.

WEINREB, Lloyd L. *A Razão Jurídica: o uso da analogia no argumento jurídico*. Trad. Bruno Costa Simões, 1ª ed., São Paulo, WMF Martins Fontes, 2008.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 4ª ed., trad. A. M. Botelho Hespanha, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

WORTLEY, B. A. *Les trust et ses applications modernes en droit anglais*. Revue Internationale de Droit Comparé. 4, Paris, oct.-dec. 1962, p. 699-710.