Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP

Faculdade de Direito

RAQUEL DO AMARAL DE OLIVEIRA SANTOS

Trust: Das origens à aceitação pelos países de direito romano-germânico

São Paulo

2009

Raquel do Amaral de Oliveira Santos

Trust: Das origens à aceitação pelos países de direito romano-germânico

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito Tributário (Direito do Estado), sob a orientação do Professor Doutor José Artur Lima Gonçalves.

SÃO PAULO
2009

Banca Examinadora

DEDICATÓRIA

Aos meus filhos Alexandre, Felipe, Rodrigo e Rafaela: meus amores, só sei viver se for por vocês.

AGRADECIMENTOS

Após anos casada com um fundista, acabei percebendo que um mestrado é como uma maratona, uma corrida longa que não exige velocidade, mas sim determinação, preparo e estratégia.

Para a maioria dos corredores, não é importante vencer a maratona, chegar à frente dos demais, a verdadeira meta é concluí-la, completar os 42 quilômetros. Para um mestrando, não importa o resultado obtido pelos demais, o que vale é o produto do seu próprio trabalho.

Existem alguns maratonistas e mestrandos iluminados que atingem seus objetivos somente com esforço próprio. Eu, contudo, faço parte daqueles que somente chegam à reta final com a ajuda de muitas pessoas queridas, que nos guiam, que torcem, que nos apóiam, que nos ajudam a levantar quando tropeçamos e que não nos deixam desistir, mesmo nos momentos em que o cansaço parece ser mais forte. É a elas que agradeço.

Primeiro agradeço a Deus, que recentemente me poupou e me permitiu concluir este trabalho.

Agradeço ao meu orientador, professor José Artur Lima Gonçalves, que me guiou por esse longo e árduo percurso.

Aos meus pais e minha irmã, que sempre acreditaram em mim, torceram e, com muito amor, fizeram de tudo para que eu seguisse meu caminho. Sem vocês três, eu não teria sequer começado essa minha maratona.

Aos meus quatro amados filhos: Alexandre, Felipe, Rodrigo e Rafaela. Meus três meninos queridos que, aqui na Terra, são a razão do meu viver e minha florzinha Rafaela que, hoje em um lugar melhor, ilumina esse meu coração materno cheio de saudade e me inspira a ser uma pessoa melhor a cada dia. Vocês quatro são a minha vida, o ar que eu respiro.

Ao meu querido Fernando, que ao longo desta minha maratona esteve comigo, na alegria e na tristeza, sempre me motivando a seguir em frente.

Às minhas avós, que sempre encheram de doçura minha vida, e meus avôs, que sempre estimularam o conhecimento.

À minha Tia Tânia, a primeira tributarista que conheci e que até hoje tanto me ensina.

Aos meus primos e tios pelo carinho e apoio.

Cabe um agradecimento especialíssimo à doce e querida Leonor Leite Vieira, um exemplo de mulher, profissional e ser humano.

Ao professor Paulo de Barros Carvalho, pela compreensão, pelos ensinamentos e pelo gosto pela Ciência do Direito.

Ao professor Heleno Taveira Tôrres, pelo apoio e amizade.

A todos os amigos e colegas de TozziniFreire, em especial Ana Cláudia Utumi, Jorge Zaninetti, Cristina Mussi, pelo apoio que me deram nos momentos em que mais precisei, e da L.O. Baptista, em especial professor Luiz Olavo Baptista, Marcos Barbosa e Umberto Celli.

Aos professores Diogo Leite de Campos e Alejandro Altamirano que tão gentilmente colaboraram e tanto enriqueceram o trabalho.

Aos amigos e amigas de todas as horas: Luciana Tambellini, Alessandra Okuma, Vanessa Hataka da Cruz, Viviane Moreno, Rodrigo Amaral, Maurício Martinez, Camila Petrone, Juliana Biondi, Andressa Mazzafera, Alessandra Soares e as queridas d-d-êmicas.

RESMO

O presente trabalho tem o propósito de analisar a possibilidade de introdução no ordenamento jurídico brasileiro da figura jurídica surgida na *common law* conhecida como *trust*. Os *trusts* foram criados na Inglaterra durante a Idade Média e hoje são um dos mais populares instrumentos para gestão patrimonial, caridade, planejamento sucessório, financiamento de projetos, entre outras finalidade. Como foram criados no ambiente da *common law*, muitos obstáculos de caráter dogmático têm sido colocados ao seu reconhecimento pelos países de direito romano-germâmico. Os maiores empecilhos colocados pelos juristas romano-germânicos relacionam-se ao conceito romanista de direito de propriedade, o qual é radicalmente distinto daquele encontrado na *common law*. Destarte, discutiremos as raízes históricas desse problema, os esforços que alguns países romanistas têm despendido para superá-lo, bem como os eventuais desafios que serão eventualmente encontrados pelo legislador brasileiro na tarefa de reconhecer os *trust*s em nosso ordenamento.

Palavras-chave: *Trusts*. Origem. Reconhecimento. *Common law*. Direito Romano-Germânico.

ABSTRACT

The purpose of this essay is to analyze the possibility of introducing the common law legal figure known as *trust* in the Brazilian legal system. *Trust*s were created in England during the middle age and nowadays they are one of the most popular legal devices for wealth management, charity, wills and estate planning and project finance, among other purposes. As they were formed within the common law environment, many dogmatic obstacles to the recognition of the *trust*s have been raised by some civil law jurisdictions. The main difficulties related to *trust*s acknowledgment found by civil lawyers are related to the Romanist concept of property rights, which are radically different from the one created by the common law. Hence, we will discuss the historical background of the issue, the efforts that some civil law countries provided to overcome it, as well as the challenges that will eventually be faced by the Brazilian legislator in order to recognize "*trust*s" into our legal system.

Keywords: Trusts. Origin. Recognition. Common law. Civil Law.

SUMÁRIO

1 METODOLOGIA 13

2 INTRODUÇÃO 15

2.1 O Ordenamento Jurídico Brasileiro 17

2.2 Origem do Direito Romano-Germânico 19

2.3 As Origens do Sistema Jurídico Brasileiro 25

2.4 Do *trust* como objeto do nosso trabalho: 27

3 A ORIGEM DO DIREITO INGLÊS E NORTE-AMERICANO 31

3.1 O Surgimento do Direito Inglês 32

3.2 A Origem Do Direito Norte-Americano 36

4 O SURGIMENTO DO *TRUST* E SUA INCORPORAÇÃO AOS DIREITOS INGLÊS E NORTE-AMERICANO 38

4.1 A Origem do *Trust* 38

4.2 O Reconhecimento do Trust no Âmbito do Direito Inglês 41

4.3 O *Trust* e o Direito Norte- Americano 42

4.4 O *Trust* e a Noção de Propriedade na *Common law* 43
4.4.1 A Origem da propriedade no Direito Inglês 44
4.4.2 Property law 45
4.4.3 Distinção entre “real property” e “personal property” 47
4.4.4 Real property 48

5 ESTRUTURA E MECANISMO DE FUNCIONAMENTO DO *TRUST* 52

5.1 A Estrutura do *Trust* 52
5.1.1 O Settlor 53
5.1.2 O Trustee 55
5.1.3. O Beneficiário 58
5.1.4 A “res” 58
5.1.5 A Declaração de Vontade 59

5.2 As Formas Básicas de *Trust* 61
5.2.1 Private Trusts 61
5.2.1.1 Express trusts 61

a) Discretionary Trusts 62

b) Fixed Trusts 63
5.2.2 Constructive Trusts 63
5.2.3 Public ou Charitable Trusts 64

5.3 O *Trust* nos Dias Atuais 66

6 O *TRUST* E A PROPRIEDADE ROMANO-GERMÂNICA 70

6.1 O Direito Romano e a Origem da Propriedade 70

6.2 Fundamentos da Propriedade 71

6.3 A Propriedade Enquanto Direito Real 74

6.4 A Propriedade no Direito Brasileiro 77

6.5 A Propriedade Romano-Germânica e o *Trust* 79

7 A CONVENÇÃO DE HAIA E A ADOÇÃO DOS *TRUSTS* POR PARTE DOS PAÍSES DE TRADIÇÃO ROMANISTA 81

7.1 O Direito Internacional Privado 82
7.1.1 A uniformização e a harmonização do Direito Internacional Privado 83

7.2 A Conferência de Haia e a Unificação do Direito Privado 83
7.2.1 Estrutura da Convenção 86
7.2.2 Análise da Convenção 87

7.3 A Itália e o Reconhecimento do *Trust* 95
7.3.1 Efeitos Tributários dos Trusts na Itália 100
7.3.1.1 Tributação para os Beneficiários 100
7.3.1.2 Tributação dos Trusts 101

7.4 Holanda, Luxemburgo, Liechtenstein e Suíça 103
7.4.1 Holanda 104
7.4.2 Luxemburgo 105
7.4.3 Liechtenstein 107
7.4.4 Suíça 107

7.5 Louisiana 109

7.6 Síntese sobre a Adoção do *Trust* pelos Ordenamentos Romano-Germâncos . 111

8 O *TRUST*: SUA CONEXÃO COM AS ATUAIS FIGURAS PREVISTAS NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO 114

8.1 O *Trust* e os Contratos Segundo o Direito Brasileiro 114
8.1.1 Linhas Gerais sobre os Contratos Segundo o Direito Brasileiro 115
8.1.2 O Trust e os Contratos Típicos 118
8.1.3 O Trust como um contrato atípico 126

8.2 Os *Trusts* e os Direitos Reais 130
8.2.1 Os Direitos Reais Acolhidos no Direito Brasileiro 131
8.2.2 A Publicidade dos Direitos Reais 135

8.3 O *Trust* e as Fundações 136

8.4 Síntese sobre o Posicionamento do *Trust* no Ordenamento Brasileiro 140

9. O DIREITO BRASILEIRO E OS NEGÓCIOS FIDUCIÁRIOS 141

9.1 A Origem dos Negócios Fiduciários 141

9.2 Conceito de Negócio Fiduciário 143

9.3 Os negócios fiduciários aceitos no ordenamento jurídico brasileiro 145
9.3.1 Substituição Fideicomissária 145
9.3.2 Alienação Fiduciária em Garantia 146
9.3.3 Fundos de Investimento Imobiliário (FII) 147
9.3.4 O Regime Fiduciário da Lei 9.514/97 e o Sistema de Financiamento Imobiliário (SFI) 149

9.4 As diferenças entre os negócios fiduciários aceitos no Brasil e o *Trust* 151

9.5 O Fideicomisso Aceito nos Países Latinos 153

10 OS EFEITOS TRIBUTÁRIOS DECORRENTES DO RECONHECIMENTO DO *TRUST* NO BRASIL 156

10.1 A Regra Matriz de Incidência Tributária 157

10.2 Os tributos brasileiros passiveis de incidência sobre o *trust* 165
10.2.1 Do Imposto sobre a Renda 167
10.2.1.1 Aspecto Material 167
10.2.1.2 Aspecto Espacial 169
10.2.1.3 Aspecto Temporal 170
10.2.1.4 Aspecto Quantitativo 172
10.2.1.5 Aspecto Pessoal 173
10.2.2 Imposto sobre Operações de Câmbio 174
10.2.2.1 Aspecto Material 177
10.2.2.2 Aspecto Espacial 177
10.2.2.3 Aspecto Temporal 178
10.2.2.4 Aspecto Quantitativo 178
10.2.2.5 Aspecto Pessoal 178
10.2.3 Do Imposto sobre Transmissão de Bens Inter Vivos 179
10.2.3.1 Aspecto Material 179
10.2.3.2 Aspecto Espacial 180
10.2.3.3 Aspecto Temporal 180
10.2.3.4 Aspecto Quantitativo 180
10.2.3.5 Aspecto Pessoal 181
10.2.4 Do Imposto sobre Transmissão Causa mortis e Doação 181
10.2.4.1 Aspecto Material 182

10.2.4.2 Aspecto Espacial 183
10.2.4.3 Aspecto Temporal 183
10.2.4.4 Aspecto Quantitativo 184
10.2.4.5 Aspecto Pessoal 185

10.3 Da Tipicidade e a Subsunção do Fato à Norma 186

10.4 Da Tributação aplicável ao *Trust* Privado Testamentário 189
10.4.1 Da incidência na entrega dos bens para a administração do trustee 190
10.4.1.1 Do Imposto sobre a Renda 190
10.4.1.2 Do IO/Câmbio 192
10.4.1.3 Do ITBI-IV 192
10.4.1.4 Do ITCMD 193
10.4.2 Da incidência na transmissão da res para o beneficiário 195
10.4.2.1 Do Imposto sobre a Renda 195
10.4.2.2 Do IO/Câmbio 201
10.4.2.3 Do ITBI-IV 201
10.4.2.4 Do ITCMD 202

10.5 Da Tributação no *Trust* Privado *Inter Vivos* 204
10.5.1 Da incidência na entrega dos bens para a administração do trustee 204
10.5.1.1 Do Imposto sobre a Renda 204
10.5.1.2 Do IO/Câmbio 205
10.5.1.3 Do ITBI-IV 205
10.5.1.4 Do ITCMD 205
10.5.2 Da incidência na transmissão da res para o beneficiário 206
10.5.2.1 Do Imposto sobre a Renda 206
10.5.2.2 Do IO/Câmbio 207
10.5.2.3 Do ITBI-IV 207
10.5.2.4 Do ITCMD 207

11 CONCLUSÃO 208

REFERÊNCIAS 214

1 METODOLOGIA

O presente estudo desenvolveu-se com base no método dedutivo-histórico, partindo-se do geral para o particular e utilizando-se de bases históricas, para traçar uma evolução do tema até os dias atuais.

Foi realizada pesquisa bibliográfica sobre o tema, bem como sobre as disposições legais e normativas vigentes relacionadas ao *trust*; além disso, muitas informações foram obtidas mediante pesquisas na Internet.

O levantamento bibliográfico foi efetuado com o escopo de determinar e conhecer a maior quantidade possível de obras que tenham sido publicadas no Brasil e no exterior sobre o tema, mormente no que diz respeito aos seus aspectos jurídicos. Nesse tocante merece destaque a multidisciplinariedade do Estudo, pois se embasa não somente em institutos do Direito Tributário, mas também em Direito Civil.

Tal trabalho principiou com pesquisas de campo na Biblioteca Central da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), na Biblioteca do Departamento de Direito da Universidade de São Paulo (FADUSP) e em publicações encontradas na internet disponibilizadas por instituições idôneas como a Universidade de Oxford e a Conferência de Haia.

É importante mencionar que a pesquisa bibliográfica não se limitou aos trabalhos que tenham tratado do tema *trust* com exclusividade, mesmo porque a literatura específica acerca desse tema, no país, ainda não é expressiva.

Muitas das obras consultadas para o desenvolvimento do trabalho versam sobre aspectos gerais do Direito Tributário e Civil ou de outros temas necessários a sua compreensão.

Ademais, também foram objeto de pesquisa obras não jurídicas, mais especificamente obras históricas que auxiliam na compreensão da propriedade e da formação do *trust*. Nesse sentido, entendemos de suma importância a compreensão do contexto histórico, para a boa compreensão do instituto que nos propomos a examinar.

Tendo concluído a pesquisa bibliográfica, passou-se à elaboração do trabalho, o qual visa à compreensão e justificação da introdução do *trust* no Brasil e seus efeitos na seara tributária. Todavia, por se tratar de um trabalho que está em desenvolvimento, bem como em função da atualidade do tema, nada obsta que, à bibliografia original, sejam incorporadas outras obras.

Inicialmente, são apresentados os conceitos históricos relativos ao *trust*, evoluindo-se até os dias atuais e verificando-se a sua aplicação em outros países, para que se possa concluir por sua aplicabilidade no Direito Brasileiro.

2 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objeto central a análise do *trust*, um instituto jurídico reconhecido e utilizado em larga escala pelos países de sistema jurídico derivado da *common law*. Mais precisamente, temos o intuito de verificar a viabilidade da introdução de tal instituto no direito brasileiro, o qual tem sua raiz na família romano-germânica.

Contudo, antes de adentrarmos na analise do instituto do *trust*, existem certas premissas que devem ser definidas, a primeira delas é o conceito de Direito no presente estudo.

Não é fácil definir o Direito, existem inúmeras teorias que buscam explicá-lo com base em diversos ângulos de visão.

Para o presente trabalho, o ângulo que mais nos interessa é baseado no Direito enquanto fenômeno comunicacional destinado a regular as condutas interpessoais. Um de nossos pressupostos é que o Direito é linguagem.

Tanto o Direito se manifesta como linguagem que Gregório Robles afirma categoricamente que "Direito é texto"[1]. Isso significa que o Direito aparece ou se manifesta como texto e sua existência será real e idêntica à de um texto.

O Direito é um tipo de texto, existem outras espécies, obras literárias, os textos históricos, o texto bíblico e o texto jurídico; o que diferencia o texto jurídico dos demais é o caráter prescritivo que este possui. Será por meio do texto jurídico que o grupo humano se revela, comunicando com seus membros para exigir-lhes condutas.

Assim, podemos entender que o Direito é uma linguagem (ou texto) destinada a regular as condutas interpessoais; trata-se do Direito Positivo. Sob outro prisma, também podemos visualizá-lo como um conjunto de textos que buscam descrever o Direito Positivo; temos aí a Ciência do Direito.

Logo, podemos afirmar que, desde que o homem vive organizado em sociedade, há Direito, ainda que nas suas formas mais rudimentares. O Direito é

[1] *O Direito como texto: quatro estudos de teoria comunicacional do Direito*. São Paulo: Manole, 2005.

inerente à vida em sociedade, pois dita as regras de convivência entre seus cidadãos.

Como nos ensina o Professor Miguel Reale[2], o Direito é "um fato ou fenômeno social; não existe senão na sociedade e não pode ser concebido fora dela. Uma das características da realidade jurídica é, como se vê a sua qualidade de ser social".

Não faz sentido existir o Direito sem um grupo social para ser regido, bem como é impossível o convívio social sem um mínimo normativo para disciplinar a conduta dos membros de uma determinada comunidade. Como se percebe, a relação entre o Direito e sociedade é praticamente simbiótica.

Sabemos que a vida em sociedade não é estática, por um lado, determinadas realidades sociais deixam de existir, e por outro, novas relações surgem, as quais carecerão de uma disciplina jurídica.

Determinadas normas jurídicas que, em uma certa época, diante de uma certa realidade social fazem sentido, perdem a eficácia quando o tipo de relação social que tutelam deixa de existir, é o caso, por exemplo, de leis que no século XIX regiam as relações escravocratas. Com a abolição da escravatura, tais regras deixaram de fazer sentido, haja vista que, a partir de tal advento, todos os homens passaram a ser considerados livres, não mais sendo tolerado o trabalho escravo.

Por outro lado, atualmente são cada vez mais recorrentes, em diversas áreas do Direito, discussões sobre a juridicização de questões relacionadas à internet, como, por exemplo, a regulamentação e a tributação do comércio virtual. Naturalmente o legislador responsável pelo Código Penal em 1940 não poderia imaginar, dado a realidade social então existente, que no futuro surgiriam questões como a tipificação e a punição de crimes cometidos pela internet.

Como se percebe, por força da intensa dinâmica das relações sociais, a linguagem do Direito deve ser capaz de acompanhá-las sob a pena de, por um lado, abrigar anacronismos e de outro deixar de tutelar determinados fatos sociais[3], o que

---

[2] *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 2.

[3] Nesse contexto, tomemos fatos sociais como eventos que foram relatados em linguagem, porém não são reconhecidos para o mundo do direito.

gera falta de segurança jurídica, justamente um dos pilares de qualquer estado democrático de direito.

Sem dúvida alguma, o texto jurídico é aberto, pois vai sendo renovado com o passar do tempo, sendo um mecanismo autopoiético. Por isso não se pode pensar o direito hermeticamente, pelo contrário, devemos enxergá-lo de forma que se possa amoldá-lo facilmente às constantes mudanças da sociedade, senão criaremos um Direito obsoleto, que não atende aos anseios dos indivíduos e que, em última instância, poderá perder sua eficácia social.

É sob esse ponto de vista que defendemos a possibilidade de aceitação do *trust* pelo ordenamento jurídico brasileiro. Se é crescente a utilização de *trusts* por residentes no Brasil (e se isso não afronta nosso Direito interno), nosso ordenamento jurídico não pode ignorar essa realidade, pelo contrário, deve juridicizá-la em homenagem a um dos valores mais importantes do Direito, a Justiça.

2.1 O Ordenamento Jurídico Brasileiro

Como pretendemos analisar viabilidade da aceitação do *trust* por nosso ordenamento jurídico, também julgamos necessário, de antemão, definir o que entendemos por “ordenamento jurídico brasileiro”.

Um ordenamento jurídico equivale a um sistema do Direito Positivo, isto é, a um conjunto de normas jurídicas (quer sejam de comportamento, quer de estrutura), que encontra seu ápice na norma hipotética fundamental elaborada por Hans Kelsen. Tal norma não se explica nem tão pouco se reveste de conteúdo *a priori*, já que seu conteúdo depende da edição de uma norma constitucional a qual lhe dará (a norma fundamental) validade.

A organização é característica essencial de qualquer sistema e, no caso de um sistema jurídico, este se agrupa de forma que cada norma extrai seu fundamento de validade na norma que lhe é superior hierarquicamente.

A validade é nada mais nada menos que a própria existência da norma. Dizemos que uma norma é válida quando ela existe dentro do sistema.

Nosso trabalho será voltado eminentemente ao sistema do direito positivo brasileiro, isto é, às normas válidas dentro de nosso ordenamento. Em muitos momentos faremos referência a sistemas estrangeiros, porém nosso objetivo é analisar a viabilidade da introdução, em nosso sistema de direito, de normas que permitam o reconhecimento do *trust* em nosso país. Assim, se faz necessário delimitar o nosso escopo, isto é, é entender o que é o ordenamento jurídico brasileiro para fins do presente trabalho.

Do ponto de vista sistêmico, podemos afirmar que nosso ordenamento jurídico encontra seu ápice na Constituição Federal de 1988.

Explica o célebre doutrinador lusitano J. J. Gomes Canotilho[4]:

> "'[...] O sistema jurídico do Estado de direito democrático português é um sistema normativo aberto de regras e princípios. Este ponto de partida carece de descodificação (1) é um sistema jurídico porque é um sistema dinâmico de normas; (2) é um sistema aberto porque tem uma estrutura dialógica (Caliess), traduzida na disponibilidade e capacidade de aprendizagem das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da verdade e da justiça; (3) é um sistema normativo, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, é feita através de normas; (4) é um sistema de regras e de princípios, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como sob a sua forma de regras."

Embora ele se refira ao sistema jurídico português, tal lição se aplica com perfeição ao caso brasileiro, haja vista que nosso ordenamento, como veremos, é fortemente influenciado pelo português.

Portanto, sempre que mencionarmos o ordenamento jurídico brasileiro, estaremos nos referindo às normas de Direito atualmente em vigor no país, organizadas de forma sistemática e que encontram seu fundamento de validade na Constituição Federal de 1988. É nesse ordenamento que pretendemos analisar a viabilidade de introdução do *trust*.

---

[4] *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Lisboa: Almedina,1999, p. 1088-1089.

Importante ressaltar que nosso ordenamento jurídico tem origem no Direito Romano- Germânico, o qual é completamente distinto da *common law*, família jurídica na qual se originou o *trust*.

As distinções existentes entre a *common law* e o direito romano-germânico têm fundamentos históricos importantes, por isso entendemos necessário analisar a origem de ambas as famílias jurídicas em comento, do contrário não poderemos, com propriedade, traçar os conceitos necessários à compreensão do *trust* e das dificuldades de sua assimilação pelos países de direito romanista.

2.2 Origem do Direito Romano-Germânico

O ordenamento jurídico brasileiro, como veremos adiante, pertence à tradição romano-germânica, portanto, entendemos que, para compreender as eventuais dificuldades de reconhecimento do *trust* no direito brasileiro, é necessário perquirir as raízes históricas de nosso ordenamento.

Mais adiante também adentraremos nas origens dos Direitos inglês e norte-americano, para que possamos situar o *trust*, enquanto figura jurídica, e entender a raiz de eventuais incompatibilidades com nosso sistema.

Os sistemas jurídicos que derivam da família romano-germânica ou romanista têm sua gênese na antiguidade clássica, no Direito Romano, e sua evolução encontra-se diretamente ligada à história da sociedade européia continental.

A civilização romana, última grande do Período Antigo, até o século VI d.C. foi regida por um notável sistema de direito positivo. A história de Roma pode ser didaticamente dividida em 3 períodos: (i) arcaico, (ii) clássico e (iii) pós-clássico.

O período arcaico inicia-se com a fundação de Roma em VIII a.C. e segue até o século II a.C., é dessa época a "Lei das XII Tábuas", publicada em 450 a.C. e que representa as primeiras leis escritas da história de Roma.[5]

Em seguida, temos o período clássico (século II a.C. até o século III d.C.), no qual a civilização romana e seu direito viveram seus dias de glória.

Como sempre sustentamos, o Direito naturalmente acaba acompanhando a sociedade (nem sempre na velocidade desejada), e no caso romano não foi diferente, pois, à medida que a civilização evoluiu, seu Direito foi adquirindo maior grau de refinamento.

Lamentavelmente, no último período, o pós-clássico (séculos III d.C. e IV d.C.), vemos o declínio da civilização romana e, conseqüentemente, a estagnação de seu Direito (mais uma prova de que o Direito acompanha a sociedade). Poucas foram as inovações dessa época. O grande marco desse período, em termos jurídicos, verificou-se quando Justiniano codificou no "Corpus Juris Civilis" os textos legais contemporâneos e também de épocas anteriores.

Essa era foi marcada pela decadência do Império Romano, gerada por uma profunda crise de cunho econômico, social e político. A economia romana era baseada na mão de obra de escravos capturados terras conquistadas e, com o fim das guerras e das campanhas de expansão do Império ("Pax Romana"), houve a redução do número de escravos, o que gerou, conseqüentemente, um desequilíbrio na produção rural.

Ao mesmo tempo surgia a ameaça de invasão do Império pelos povos bárbaros, que, ao pressionarem as fronteiras romanas, ocasionaram sua fragmentação, o que, no século IV, culminou na cisão do Império em duas partes: de

[5] Como nos ensina Edward McNall Burns, "há uma geral concordância em afirmar que o legado mais importante deixado pelos romanos às culturas que os sucederam foi seu sistema de direito. Esse sistema resultou de uma evolução gradual, que podemos considerar como tendo começado com a Lei das XII Tábuas, aproximadamente em 455 a.C." (*História da Civilização Ocidental, do Homem das Cavernas até a Bomba Atômica: O Drama da Raça Humana*, p 240)

um lado o Império Romano do Oriente, cuja capital era Constantinopla, de outro o Império Romano do Ocidente, cuja capital era Milão[6].

Além disso, outro fator determinante para o fim do Império Romano foi o êxodo das populações urbanas para a área rural, que, para se protegerem dos invasores, refugiavam-se nas vilas, organizadas sob uma estrutura feudal. Temos aí a gênese de um sistema social que irá vigorar durante grande parte da Idade Média[7].

Quando uma sociedade entra em declínio, não é outra a tendência que se pode esperar de seu sistema jurídico, por isso, com a queda do Império Romano, o seu Direito não deixou de ser aplicado, mas perdeu sua força.

O Direito Romano só não desapareceu por ser escrito e por ter se enraizado fortemente aos costumes dos cidadãos romanos. Mesmo assim, com a queda do Império, entrou em franca decadência, abrindo espaço para outros sistemas jurídicos.

Com a fragmentação do Império Romano, o Direito da Europa Continental perdeu sua unidade e o que se viu foi a supremacia do Direito dos povos bárbaros e o do Direito Canônico.

Os povos germânicos eram primitivos, quando comparados aos romanos. As sociedades bárbaras tinham uma organização social extremamente simples, viviam em tribos, logo não poderíamos esperar muita sofisticação em suas estruturas jurídicas.

Temos o caso dos Visigodos, por exemplo, que ao entrarem em contato com os romanos passaram a sentir a necessidade de um direito escrito, mas na maioria dos casos acabaram sendo mantidos os usos e costumes bárbaros, bem como suas toscas estruturas jurídicas.

---

[6] Quando rei bárbaro Odoacro, dos Hérulos, depõe o último imperador romano, Rômulo Augusto, temos a queda do Império Romano do Ocidente em 476 e conseqüentemente o fim da idade Antiga e o início da Idade Média.

[7] O sistema feudal, aperfeiçoado na Idade Média, tem seu fim com a expansão do comércio e o ressurgimento das cidades. O marco final da idade Média é considerado pelos historiadores a tomada de Constantinopla pelos Turcos Otomanos em 1543.

Por outro lado, temos o Direito Canônico, formado pelo conjunto de normas emanadas pela Igreja Católica, que vigeu com grande força no continente europeu durante a Idade Média, por duas razões. Primeiro porque era escrito, mas especialmente pelo grande domínio que a Igreja Católica exercia sobre os cidadãos da época.

Desde os tempos de Constantino[8], a Igreja já tinha legalmente o poder para agir na resolução de lides, poder esse que com o passar do tempo consolidou-se. No Período Medieval, a Igreja era uma das instituições mais influentes na sociedade, atuando em todos os setores, inclusive, no Direito.

Como se percebe, boa parte da Era Medieval, em termos jurídicos, foi marcada por uma miscigenação entre o direito dos povos bárbaros e o direito canônico, da qual resultou um direito vulgar, nem sempre escrito e dependente dos costumes locais.

Com o fim da Idade Média[9], a vida isolada em feudos dá lugar à integração nas cidades, ressurge o comércio, a sociedade se reorganiza, o Estado se fortalece e, mais importante, a mentalidade do homem muda no sentido da busca do conhecimento: é o Renascimento.

No século XI, as universidades da Europa Continental[10] redescobrem o Direito Romano, disciplina que passou a ser lecionada e estudada com entusiasmo. Temos nesse contexto cientistas do direito que se debruçam sobre a linguagem do Direito Romano, com o objetivo de compreendê-la. É a primeira fase do renascimento do Direito Romano, enquanto ciência.

Em verdade, as universidades já existiam na Europa, sendo que o mais antigo curso de Direito é o da Universidade de Bolonha, fundado no século XI. Contudo, somente a partir da intensificação da vida urbana e da ascensão do estado laico foi possível a expansão acadêmica e o redescobrimento do Direito Romano.

---

[8] Constantino foi o primeiro imperador romano a aceitar o cristianismo. Com o Édito de Milão cessam as perseguições aos cristãos, sendo proclamada a liberdade religiosa no Império Romano.

[9] Considera-se como marco histórico do fim da Idade Média e início da história moderna o ano de 1453, quando os turcos otomanos tomaram Constantinopla, causando a queda do Império Romano Oriental.

[10] A história marca a Universidade Italiana de Bolonha, fundada na segunda metade do século XI, como a primeira instituição de ensino jurídico.

Seguiram-se várias escolas doutrinárias, cujos estudos baseavam-se no direito romano. Uma das escolas que mais influenciou a formação do direito romano-germânico foi a dos glosadores, que baseavam seus estudos na interpretação do Digesto.

Os glosadores redescobriram o Direito de Justiniano, fazendo um Direito, até então esquecido, renascer e garantindo-lhe sua autonomia enquanto objeto de estudo. A denominação dessa Escola provém do método que era utilizado para interpretar os textos jurídicos romanos, a glosa.

A vida nas cidades levou o homem à consciência de que as relações sociais necessitam ser reguladas de forma objetiva e racional. Não mais se aceitava o sobrenatural como regente das relações sociais e os homens almejavam um Direito seguro e objetivo.

Explica Túlio Ascarelli[11]:

> "[...] os legistas, educados na escola do direito romano, foram propagandistas naturais da função legislativa do Estado e da regulamentação do direito. O princípio dos textos romanos, traduzindo a doutrina absolutista do Baixo-Império – *quod principi placuit legis habet vigorem* –, antes aplicado ao imperador, passou a se aplicar aos reis das monarquias do Ocidente, cada um dos quais era 'imperador' no seu reino, segundo, aliás, já diziam do rei de França os legistas de Felipe, o Belo. Nas obras destes legistas (por exemplo, Pierre Dubois) é que se encontram as primeiras afirmações sobre o monopólio jurídico estatal."

Como se percebe, o estudo do Direito Romano ainda apresentava-se útil aos propósitos dos monarcas da época, indo ao encontro dos ideais de centralização do Estado que à época vigoravam, por isso foi tão fortemente difundido.

As leis de Roma foram a base para os estudos jurídicos na Renascença, entretanto os cientistas da época foram aprofundando suas indagações e, como fruto de seu laboro, foram surgindo as diversas escolas jurídicas sob égide da tradição romana.

---

[11] *Problemas das Sociedades Anônimas em Direito Comparado.* Campinas: Bookseller, 1999, p 95

O Direito Romano, por ter vigorado com sucesso durante vários séculos em um Império de dimensões continentais, foi visto como um instrumento para integração da Europa renascentista.

À já mencionada escola dos glosadores seguiram-se outras escolas que também recepcionaram e buscaram interpretar o Direito Romano e, com o passar do tempo, passaram a incorporar os direitos locais ao direito romano.

A escola dos glosadores foi sucedida pela escola de Orleãs, no século XIII, a qual se baseava no método dialético para conhecer o direito. Essa escola exerceu grande influência sobre o direito francês.

Também devem ser citados os cientistas do direito conhecidos como comentadores ou pós-glosadores, que do final do século XIII ao século XV buscaram na escolástica de São Tomás de Aquino a metodologia para conhecer o direito e aplicá-lo à prática.

A escola dos comentadores, que se iniciou na Itália, espalhou-se pela Europa Continental, encontrando adeptos nos universidades do Império Romano-Germânico.

A segunda fase do estudo do direito romano inaugura-se com a escola humanista, que busca conhecer o direito com fins puramente científicos, sem a pretensão de aplicá-lo na prática.

Entre essas escolas da segunda fase, merece especial destaque a jusracionalista, que, sob a influência do pensamento lógico da época, buscou prover uma maior organização ao mundo jurídico.

A busca pela organização do âmbito do direito romano-germânico é a responsável por uma de suas maiores características: a sistematização por meio da codificação. Os dois marcos da codificação na Europa Continental são o Código Civil Francês de 1804 (Código de Napoleão) e o Código Civil Alemão de 1896.

Como se vê, o Direito Romano-Germânico é um direito codificado e extremamente sistematizado, com grande apreço pela forma escrita e com origem

nas instituições do Direito Romano, que foram redescobertas nas Universidades da Europa Continental, com o final da Idade Média.

Percebe-se nessa família jurídica, portanto, o intenso trabalho dos cientistas do Direito que buscaram no passado os fundamentos do Direito Romano, para aplicá-los na reorganização do Direito Europeu Continental da época.

Veremos no Capítulo 3, adiante, que a origem e a evolução da *common law* na Inglaterra é totalmente distinta do que se verificou no resto do continente europeu, o que acaba dificultando o intercâmbio de alguns institutos entre as famílias jurídicas.

Contudo, antes de analisarmos a *common law*, julgamos útil prosseguir com nossas análises no seio do direito romanista, passando para origem do nosso sistema jurídico, pois assim estaremos aptos a delimitar o escopo do nosso trabalho.

2.3 As Origens do Sistema Jurídico Brasileiro

O sistema jurídico brasileiro tem suas raízes na família romano-germânica, cujas origens acabamos de examinar. Em face de sua tradição romanista, o Direito Brasileiro também é marcado pela sistematização e pela codificação, bem como por fazer uso de institutos originados no Direito Romano e revistados pelos doutrinadores da Europa continental, pós Idade Média.

O ensino do Direito no Brasil somente se iniciou em 1827, entretanto, por conta da presença dos jesuítas[12] e com a ida de jovens a Portugal para se tornarem bacharéis, os estudos da Universidade de Coimbra acabaram cruzando o Atlântico ainda na época colonial.

Para fins metodológicos, consideramos aqui que o direito brasileiro inicia-se com a independência do Brasil, haja vista que antes disso o país não tinha

[12] Até 1770/1772 com o advento da Reforma Pombalina o controle da Universidade de Coimbra pertencia à Companhia de Jesus.

autonomia, pertencendo a Portugal, fosse como colônia, fosse, posteriormente, como Reino Unido.

O Brasil, como país independente, teve sua primeira Constituição outorgada em 1824 pelo Imperador Dom Pedro I.

Em 1830 e em 1832, respectivamente, o País passou a ter um Código Criminal e um Código de Processo. Temos aí claramente a tendência romano-germânica da codificação das leis.

Contudo, a despeito de o Império possuir sua própria Carta Constitucional e diversas outras leis, o primeiro Código Civil brasileiro somente foi promulgado muitos anos após a Proclamação da República, mais precisamente em 1916.

Assim sendo, em termos de legislação civil, o Brasil Império e os primeiros anos da República foram regidos pelas Ordenações Filipinas, ou seja, pela legislação portuguesa. As Ordenações Filipinas foram uma compilação, datada de 1603, das leis portuguesas, as quais eram fortemente influenciadas pelos Direitos Romano, Canônico e Germânico

Os trabalhos de construção do Código Civil iniciaram-se somente anos depois, com a compilação sistemática, por Augusto Teixeira de Freitas, de toda a legislação existente. Contudo após finalizar tal trabalho, o jurista declinou a oportunidade de escrever o Código Civil em si.

Anos de trabalho e inúmeros juristas se sucederam na tentativa de codificação da legislação civil, até que, no final do século XIX, a tarefa foi entregue pelo presidente Campos Sales a Clóvis Beviláqua, que trabalhou no projeto do Código Civil sancionado em 1916.

Assim sendo, o Código Civil de 1916, Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916, iniciou sua vigência em 1917, no âmbito de um ordenamento jurídico cujo ápice era a Constituição Republicana de 1891.

Vimos que o Código em questão partiu da compilação da legislação existente no país, sofrendo, portanto, influência imediata do Direito Português, o qual, como sabemos, é romanista.

Em 1969, foi delegada a Miguel Reale a revisão do Código Civil de 1916, que, em sua empreitada, ao mesmo tempo em que manteve a estrutura consagrada no Código de 1916, não deixou de corrigir inconsistência e preencher lacunas, agregando, ainda, dispositivos relacionados a direito empresarial.

O anteprojeto do novo Código Civil tramitou por 26 anos até ser promulgado pela Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, substituindo finalmente o Código Civil de 1916.

Desta feita, quando examinamos qualquer figura existente no Direito Brasileiro, devemos ter em mente que seus fundamentos encontram-se em institutos criados pelo Direito Romano e consagrados pelas escolas jurídicas européias formadas após a Idade Média. Trata-se, como cediço, de um direito sistematizado, que tem grande apreço pela forma escrita e que sofreu grande influência dos estudiosos do Direito.

2.4 Do *trust* como objeto do nosso trabalho:

Vimos no item anterior que o Direito Brasileiro tem suas raízes no Direito Romano-Germânico.

No mundo ocidental temos dois grupos jurídicos; além da família romanista, existe ainda a chamada *common law*, família jurídica nascida na Inglaterra e berço do *trust*. As diferenças entre tais sistemas, o romanista e a *common law*, têm raízes históricas que impossibilitam que se estabeleça uma equivalência entre ambos.

As diferenças entre os dois sistemas jurídicos são tão profundas que impedem a transposição do *trust* para os direitos de tradição romano-germânica de forma simplória. Entretanto, embora a aceitação do *trust* por países de direito romanista seja uma tarefa complexa, não podemos simplesmente dizer que é impossível, ainda mais porque a dinâmica das relações sociais não atenta a tais diferenças e o que temos visto na realidade é a utilização de *trusts* por cidadãos residentes em países de direito romanista.

A evolução das estruturas sociais nem sempre caminha *pari passu* com a evolução do Direito. Infelizmente o que se acaba verificando muitas vezes é o Direito deixando de acompanhar a sociedade.

Temos visto, desde a segunda metade do século XX, uma grande expansão nas operações transnacionais. Com o fim da Segunda Guerra, as grandes economias precisavam se reerguer e, nesse contexto, as empresas que se concentravam nos Estados Unidos e na Europa passaram a buscar novos mercados, passando a estabelecer filiais em outros países.

Desde então, o mundo caminha em um processo de integração e profundo intercâmbio em vários aspectos, entre eles o negocial. Assim, figuras negociais utilizadas de forma bem sucedida em determinados países acabam se expandindo para outros, independentemente de suas tradições jurídicas serem compatíveis.

Temos visto com a globalização uma realidade social (derivada de necessidades de caráter negocial) que ultrapassa as barreiras do mundo jurídico. Como ressalta Eduardo Felipe Matias[13], "o mundo assiste pela primeira vez ao surgimento de uma verdadeira economia global, caracterizada pelo alto grau de integração dos mercados e pelo predomínio das atividades transnacionais".

Não podemos negar que a globalização trouxe novas realidades sociais, como a interdependência entre os mercados e o intercâmbio transacional de pessoas e empresas situados em diversos países. Logo, qual deveria ser a postura do Direito diante dessas novas realidades?

Obviamente o direito de uma sociedade global não pode ser o mesmo que rege uma sociedade feudal ou uma economia fechada, o direito deve acompanhar a sociedade em que se insere para poder tutelá-la com propriedade.

É a partir dessas premissas que defendemos que o *trust* é uma figura jurídica que não pode ser simplesmente ignorada pelo Direito Brasileiro, assim como não foi pelo direito de outros países de tradição igualmente romanista. Veremos ao longo do presente trabalho que outros ordenamentos jurídicos de origem semelhante à do

[13] *A Humanidade e suas Fronteiras - Do Estado Soberano à Sociedade Global*. São Paulo: Paz e Terra, 2005, p. 105.

nosso, em face da atualidade da questão e da utilização em larga escala do *trust*, acabaram por reconhecê-lo em seu ordenamento.

Temos visto na prática que, embora negligenciadas por nosso Direito positivo, não são raras as operações relativas a *trust* realizadas por residentes no país. Contudo, em face da ausência de tutela jurídica pátria, tais operações acabam sendo realizadas no exterior, desta feita, temos como resultado patrimônio de nacionais, regulados no exterior, por um instituto que não é reconhecido no Brasil.

Logo, o *trust*, enquanto permanecer ignorado pelo ordenamento pátrio, continuará a ser utilizado no exterior como meio de esconder patrimônio decorrente de sonegação fiscal, corrupção e outros crimes, em vez de ser empregado para fins mais apropriados, por exemplo, o planejamento sucessório ou mesmo a caridade.

Nos últimos anos temos verificado que as autoridades brasileiras buscam combater a sonegação fiscal e a evasão de divisas mediante controle das operações com os ditos “paraísos fiscais”, todavia essa batalha é vencida devido justamente à utilização de algumas estruturas, tais como os *trusts*, que ao serem ignoradas pelo Direito positivo brasileiro prejudicam o esclarecimento no Brasil de eventuais crimes relativos a corrupção, lavagem de dinheiro e evasão de divisas.

Depreende-se, portanto, que o reconhecimento do *trust* é uma via de duas mãos, pois auxilia aqueles que, de boa-fé, querem estabelecer uma estrutura de planejamento patrimonial, ao mesmo tempo que auxilia as autoridades brasileiras na detecção e punição de eventuais crimes financeiros e contra a ordem tributária praticados por meio de *trusts*.

Ademais, o *trust*, sendo constituído no exterior por um residente no Brasil, tem atualmente sua tipificação prejudicada para fins tributários, pois, não havendo seu reconhecimento, não há como enquadrar algumas de suas etapas como fatos jurídicos tributários, ou seja, alguns dos atos necessários a um *trust* acabam por se colocar fora do campo de incidência de determinados tributos. Como perceberemos, a falta de regulamentação dos *trusts* no Brasil não impede sua utilização, mas prejudica a segurança jurídica daqueles que ousam organizar seu patrimônio a partir de estruturas que envolvem tal figura jurídica.

Não é ilegal um sujeito buscar a melhor forma de planejamento patrimonial ou sucessório, desde que, claro, mantenha-se dentro dos limites da licitude, por isso, a não regulamentação de *trusts* legítimos (isto é, aqueles desprovidos de qualquer sorte de dolo, fraude ou simulação) é um grave risco à segurança jurídica.

Por isso o presente estudo tem a finalidade de analisar as origens *trust* e seu funcionamento e, finalmente, verificar sua aplicabilidade na seara do Direito Brasileiro, discorrendo ainda sobre seus possíveis efeitos tributários.

Estando devidamente delimitado nosso escopo, bem como nossas premissas, podemos partir para a análise efetiva da *common law*, enquanto berço do *trust*.

3 A ORIGEM DO DIREITO INGLÊS E NORTE-AMERICANO

Vimos que o ordenamento jurídico brasileiro pertence à família romano-germânica. Em contrapartida a ela, temos os sistemas jurídicos que derivam da chamada *common law*, são o direito inglês e o direito norte-americano.

Sabemos que o direito romano-germânico é produto do trabalho dos estudiosos europeus do período renascentista que redescobriram e revisitaram o Direito Romano. Como resultado desse redescobrimento do direito romano, disseminou-se na Europa continental um direito rígido, formalizado e codificado, que serviu com perfeição às pretensões dos monarcas da época.

Contudo, completamente distinta foi a origem da *common law*, vejamos.

Durante grande parte da Idade Média, o Direito Inglês apresentava-se de forma extremamente rudimentar e não uniforme, posto que cada senhor determinava as regras em seus domínios e atuava como espécie de juiz decidindo questões e litígios entre seus servos.

Não se tratava de um ordenamento escrito, formalizado, tampouco se podia falar em ciência do direito. Lembremos que, paralelamente, na Europa continental aos poucos as universidades redescobriam o direito romano, que era sistematizado, formal e tinha grande apreço pela forma escrita.

Foi no âmbito da informalidade do direito Inglês que verificamos o surgimento do *trust*, o qual apareceu como uma forma de contornar determinadas limitações impostas pelo senhor feudal à transferência da terra.

Entretanto, antes de adentrarmos nos estudos propriamente ditos acerca do *trust*, julgamos de suma importância entender o surgimento do Direito Inglês, pois sem isso qualquer tentativa de entender eventuais limitações do *trust* em sistemas romano-germânicos padeceria de falta de fundamento.

Entendemos que para comparar dois sistemas jurídicos tão distintos, *common law* e romanista, é necessário perquirir as raízes históricas que levam à incompatibilidade de tais sistemas entre si.

Veremos que os fatos que determinaram a História da Inglaterra a partir do século XI, assim como o isolamento geográfico desse país em relação à Europa continental, foram cruciais para criar um sistema jurídico totalmente independente e distinto do romano-germânico.

Em que pese a Inglaterra ter feito parte do Império Romano, veremos que seu sistema jurídico tomou rumos completamente distintos do Direito que se desenvolveu no Continente e notaremos que o contexto histórico, bem como o elemento geográfico, exerceu papel determinante nesse distanciamento jurídico.

3.1 O Surgimento do Direito Inglês

Vimos páginas atrás que o direito romano-germânico ou romanista tem suas origens no sistema jurídico que comandava o Império Romano e que, com o fim da Idade Média, o Direito romano passou a ser largamente difundido da Europa continental em função do fortalecimento do Estado e das pretensões centralizadoras dos monarcas da época.

Entretanto, na Inglaterra o nascimento e a evolução do Direito deram-se de forma completamente distinta.

Após a queda do Império Romano e a invasão dos primeiros bárbaros, por muito tempo vigoraram na Ilha as rudimentares leis bárbaras, irregularmente organizadas e extremamente atreladas aos costumes locais.

Tal situação perdurou até a conquista da Inglaterra pelos Normandos, comandados por Guilherme, o Conquistador, em 1066, fato histórico considerado como marco inicial de um sistema jurídico organizado no país. Deixam de vigorar as desorganizadas leis bárbaras, que são suplantadas pelo Direito emanado pelo Rei.

Assim, embora a Inglaterra tenha permanecido por quatro séculos sob o domínio romano, o fim desse Império e a conquista da Ilha por Guilherme I trataram de apagar todo e qualquer resquício dessa ocupação em termos jurídicos.[14] Eis a primeira razão pela qual a família romano-germânica se distingue da *common law*.

A organização do reino e a consolidação do poder na Inglaterra deram-se de forma completamente distinta da que ocorreu no Continente, o que trouxe reflexos também no Direito. Após a conquista da Ilha, Guilherme reuniu em torno de si um exército que se uniu e se impôs com rigidez para assegurar a supremacia normanda sobre os costumes locais. O rei quis manter sua supremacia evitando que a nobreza tivesse poderes em demasia. Assim, na Inglaterra não foram criados feudos e as terras, de uma forma geral, ficaram sob a propriedade do Rei, que distribuía títulos sobre elas somente para garantir a lealdade dos cavaleiros, os quais não tinham, nem de longe, o mesmo poderio dos senhores feudais do Continente.

Assim, enquanto na Europa Continental o poder do Estado encontrava-se descentralizado, espalhado entre os inúmeros senhores feudais, na Inglaterra ele se encontrava concentrado nas mãos do Rei, que exercia, por intermédio de suas cortes de justiça, o controle jurisdicional do país.

Esse paralelo histórico contextualiza as diferenças que permearam o surgimento da *common law* e do direito romano-germânico.

Percebe-se que, enquanto na Ilha o Rei normando procurava impor-se aos habitantes locais, no Continente o controle das terras, e por conseqüência o Direito, encontrava-se difuso. Não havia uma figura unificadora do Direito e dos Estados desde a queda do Império Romano do Ocidente, haja vista que as invasões bárbaras levaram à desintegração das cidades e ao refúgio da população nos feudos.

Assim, da busca de Guilherme I pela superação dos costumes locais por meio da imposição de um sistema jurídico uniforme e rígido, surge a *common law*, um

[14] Como nos explica Aracy Augusta Leme Klabin, "na Inglaterra, por outro lado, embora conhecido e ensinado, o direito romano jamais deitou raízes na prática da justiça, em razão da precoce instauração do poder central do rei, substituindo as leis costumeiras locais pelo costume comum das cortes reais, ao qual chamou de *common law*" (*História geral do direito*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p 238).

direito comum a todos os habitantes da Inglaterra, organizado e aplicado pelos Tribunais Reais de Justiça (Cortes de Westminster), que durante 5 séculos ditaram as leis na Inglaterra e País de Gales[15].

A aplicação da *common law* apagou todo e qualquer resquício do Direito romano que uma vez vigorou na Inglaterra. Temos uma nova forma de direito fortemente apoiada nas decisões das Cortes Reais e que foi, sem dúvida, um dos instrumentos de fortalecimento dos monarcas britânicos, haja vista que o Direito em vigor era aquele aplicado pelos enviados do Rei.

As Cortes Reais atuavam de forma itinerante e aplicavam o Direito de maneira uniforme e rígida em todo o território, baseando-se na jurisprudência que se consolidou com o tempo (*cases*), sem levar em consideração os costumes locais.

Entretanto, essa rigidez, com o passar do tempo, passou a ser questionada por aqueles que entendiam que o Direito deveria ser aplicado com maior flexibilidade, tendo em vista particularidades de cada caso. Surge então, ao final do século XV, o sistema do *equity*, menos rígido e mais ágil no atendimento das demandas dos cidadãos comuns.

O *equity* formava-se por um conjunto de decisões eqüitativas proferidas pelos tribunais de chancelaria após processos formais, de natureza inquisitória.

Assim, até o século XIX o Direito Inglês caminhou com duas ramificações totalmente opostas, até sua fusão pelos *Judicature Acts* de 1873 e 1875.

Como se percebe o direito Anglo-Saxão não sofreu influência do Direito romano e foi moldando-se inicialmente pelas decisões das Cortes Reais. Contudo, diante da rigidez extrema das Cortes, surgiu o movimento da *equity*.

A *equity* formou-se quando os cidadãos, insatisfeitos com as decisões dos tribunais reais, passaram a recorrer ao chanceler do Rei, que recebeu por delegação real o poder de julgar os recursos movidos contra as decisões emanadas no âmbito

[15] Como assinala Roland Sèroussi, "a *common law*, em conflito aberto com os costumes locais difundidos é obra exclusiva dos tribunais reais de justiça, dos tribunais de Westminster. Tais tribunais se oporão durante cinco séculos às inúmeras jurisdições senhoriais – que tiram seus princípios do direito feudal e eclesiásticas, o direito canônico" (*Introdução ao direito inglês e norte-americano*. Paris: Dunod, 1999, p. 19)

da *common law*; é então que surgem as cortes de chancelaria. Os julgamentos realizados no âmbito dessas novas cortes eram mais céleres, individualizados e se baseavam na eqüidade.

Desta feita, durante muito tempo na Inglaterra dois sistemas jurídicos, a *common law* e a *equity*, eram passíveis de aplicação, sendo que primeiro o cidadão deveria apresentar seu pleito a um tribunal real da *common law* para, então, poder recorrer à *equity*, por meio das cortes de chancelaria, para obter uma decisão eqüitativa.

Esses dois sistemas jurídicos, ao longo do tempo, foram sendo aproximados, até ocorrer sua fusão por meio dos *Judicature Acts* de 1873 e 1875, que instituíram a Suprema Corte de Justiça como única jurisdição.

Portanto, como se percebe, enquanto o direito romano-germânico decorreu do trabalho dos estudiosos do Direito que se debruçaram sobre as instituições de direito romano, o direito anglo-saxão é um produto jurisprudencial, ou seja, é uma obra das decisões dos tribunais reais.

Vimos também que a *equity* representa um movimento contrário ao formalismo extremo do Direito, consagrando a eqüidade como meio de solução de conflitos no âmbito da *common law*.

Conclui-se, portanto, que o abismo que separa o direito romano-germânico da *common law* se deve, antes de tudo, ao contexto histórico em que cada família jurídica surgiu e, secundariamente, à conjuntura geográfica, haja vista o isolamento da Inglaterra com relação ao resto do continente europeu.

A *common law*, entretanto, não se restringiu aos limites da ilha da Inglaterra e expandiu-se para outros países, como os Estados Unidos, cujo ordenamento jurídico foi fortemente influenciado pelo direito inglês.

3.2 A Origem Do Direito Norte-Americano

Os Estados Unidos são um atual exemplo de país em que o *trust* é amplamente utilizado, para os mais diversos propósitos. Sem maiores óbices, os norte-americanos incorporaram esse instituto à sua realidade, adaptando-o às necessidades que foram surgindo.

Do ponto de vista jurídico, o *trust* se apresenta plenamente compatível com o direito norte-americano e isso se deve ao fato de esse direito pertencer à família da *common law*, como veremos.

A América do Norte começou a ser colonizada no século XVI por imigrantes vindos de diversas nações européias, em especial da Inglaterra, que deixaram sua terra natal, entre outros motivos, para fugir das perseguições religiosas instauradas na Europa[16].

Esse ânimo de instalar-se em nova uma terra para lá constituir um lar imbuiu os colonos a trazerem para o novo mundo seus hábitos, sua cultura e sua organização social. Ademais, por serem colônias inglesas, deveriam nelas ser mantidas as principais instituições vigentes na Inglaterra, entre elas o Direito, inclusive esse mandamento restou consignado quando julgado o *Calvin's case*, em 1608.

O direito inglês já era aplicado desde a criação das colônias inglesas independentes no séc. XVII, com a *common law* oriunda da Inglaterra, regendo as 13 colônias entre 1607 e 1722.

Porém a *common law* não se adaptou plenamente aos costumes locais, assim, por um breve tempo, o direito nas colônias, paralelamente ao uso da *common law*, também assumiu bases primitivas, visto que a Bíblia era usada como referência para a aplicação da lei.

Mas, ao final, as colônias acabaram por pautar-se na *common law* e na *equity* para regular suas relações sociais.

[16] A primeira colônia britânica fundada na América foi Virgínia, em 1606.

Após a "Guerra dos Sete Anos"[17], a Inglaterra viu-se com problemas financeiros, razão pela qual decidiu aumentar de forma substancial a carga tributária das Colônias na América.

A verdadeira derrama praticada pela Inglaterra causou revolta entre os cidadãos das colônias inglesas na América do Norte e culminou na independência dos Estados Unidos em 1776.

Entretanto, mesmo após a independência, o Direito Inglês continuou a ser referência, sendo aplicado com algumas adaptações locais[18].

Mencione-se, entretanto, a situação particular de um estado, a Louisiana, que em vez de aderir ao direito inglês manteve-se fiel às tradições francesas, adotando o Direito Civil do Código de Napoleão[19].

Contudo, com exceção da Louisiana, os demais estados Norte-Americanos aceitaram o direito inglês e suas instituições, ou seja, a *common law* e a *equity*, porém, a despeito dessa aceitação, impuseram-lhe modificações, pois não seria possível aplicar à realidade do Novo Mundo um direito criado e moldado na Inglaterra.

Podemos dizer que o direito norte-americano pertence à família da *common law*, porém não corresponde exatamente ao direito inglês, pois o Direito reflete a sociedade à qual ele se aplica e as sociedades americana e inglesa já no século XVIII apresentavam diferenças irreconciliáveis, do ponto de vista social, cultural, histórico e geográfico.

Conclui-se, portanto, que o Direito vigente nos Estados Unidos também se distancia da família romano germânica, prezando sobremaneira as decisões emanadas pelas cortes, como fonte do direito.

---

[17] Ocorrida entre a Inglaterra e a França, entre 1756 e 1763, e tendo como objetivo obter a posse de territórios na América do Norte.

[18] "O direito norte-americano é, antes de tudo, a imagem do direito inglês, um direito jurisprudencial que repousa num corpus de inúmeros precedentes judiciários, tirados do princípio de *common law* e de *equity* solidamente ancorados no direito anglo-saxão" (SÈROUSSI, Roland. *Introdução ao direito inglês e norte-americano*. Paris: Dunod, 1999, p. 93).

[19] Em 1810, um corpo de juristas finalizou o Código de Napoleão, que consistiu na compilação e codificação das leis então vigentes na área cível e penal.

4 O SURGIMENTO DO *TRUST* E SUA INCORPORAÇÃO AOS DIREITOS INGLÊS E NORTE-AMERICANO

Sabe-se que o *trust* é uma figura nascida na Idade Média de maneira informal, voltado precipuamente à resolução de problemas de ordem sucessória. Somente com o passar o tempo o *trust* foi reconhecido pelos Tribunais Ingleses, passando a ter a devida tutela jurídica. A origem do *trust* é marcada pela informalidade, o que se relaciona, de certa forma, com o contexto do nascimento e da própria evolução do direito inglês.

Seria um grave erro tentar entender o *trust* de uma forma descontextualizada, com a visão de um jurista formado no âmbito do direito romanista, pois esse instituto surgiu no bojo de um universo jurídico próprio, o da *common law*, cujas características foram moldadas pela evolução histórica do Estado Inglês.

Nesses termos, antes de analisarmos a viabilidade de aceitação do *trust* por países de tradição romanista, mister se faz analisar a própria origem do instituto.

4.1 A Origem do *Trust*

Já dissemos que o *trust* nasceu na Inglaterra, durante o período histórico denominado Idade Média. Historicamente, demarca-se o início da Idade Média com a queda do Império Romano Ocidental no século V, em função das invasões bárbaras. Esse foi o marco de aperfeiçoamento do regime feudal.

O feudalismo, ao contrário do que se pensa, não surgiu na Idade Média, mas apresenta sua gênese ainda no Império Romano, quando o governo imperial, na tentativa de aumentar a produção agrícola, ligou de forma indissolúvel trabalhadores rurais ao solo passando-os, por conseqüência, ao controle dos grandes senhores de

terra. Cumpre lembrar que nessa época o território em que se situa a Inglaterra ainda pertencia ao Império.

A insegurança gerada pelas invasões bárbaras conduziu a uma reestruturação social do Império Romano, por meio do isolamento das populações em feudos, aperfeiçoando-se, por volta do séc X, um sistema que tem por fundamentos a descentralização do poder, a agricultura de subsistência como base da economia e o trabalho servil.

A estrutura social dentro do feudo baseava-se em relações de vassalagem e suserania. As terras eram dos nobres (senhores feudais), que ofereciam proteção aos servos em troca de trabalho e impostos. Somente o senhor do feudo tinha o direito de governar.

Assim, os servos eram os responsáveis pela produção agrícola das terras dos senhores feudais e além de garantirem a própria subsistência ainda se submetiam ao pagamento de impostos e outras obrigações, como a corvéia (o trabalho gratuito e obrigatório durante três dias da semana) e a banalidade (pagamento pelo uso de instrumentos ou bens do feudo).

A propriedade da terra desdobrava-se, pois o senhor tinha sua propriedade, porém o servo, que era ligado a ela de forma indissolúvel, tinha seu domínio útil. Existia ainda, entre as classes servis, a categoria dos vilões, que se tornaram rendeiros perpétuos das terras entregues voluntariamente ao senhor feudal.

Existia ainda outra classe, a dos vassalos, que recebiam títulos sobre as terras dos senhores feudais com a finalidade de possuí-las e transmiti-las a seus descendentes.

Na Inglaterra, em especial, essa transmissão hereditária da titularidade sobre as terras ocorria mediante o cumprimento de determinadas condições, por exemplo, em caso de falecimento do vassalo sem herdeiros, o título deveria voltar ao senhor feudal. Em havendo herdeiros, o título lhes era transmitido e eles eram obrigados a pagar rendas ao senhor até que completassem a maioridade.

Uma forma encontrada pelos vassalos ingleses para contornar essas limitações, sobretudo na transmissão *causa mortis*, foi a cessão a terceiros para uso.

O cessionário colocava-se na posição de titular das terras, sem que pudesse, todavia, delas livremente dispor, devendo usá-las conforme os interesses de quem lhes as cedeu e por um tempo determinado, por exemplo até que o herdeiro do proprietário original da terra (*i.e.*, do cedente) atingisse a maioridade.

Essa prática (de cessão por tempo e com poderes limitados) ficou conhecida como *use*, e baseava-se na confiança de que a pessoa que recebesse a propriedade por tempo determinado a devolveria à pessoa indicada como beneficiário após um determinado prazo previamente estipulado. O *use* é uma das formas mais primitivas de *trust* encontradas na História.

Outro embrião do *trust* que conhecemos hoje também remonta à era medieval, mais especificamente época das Cruzadas[20], quando os cavaleiros cristãos ocidentais partiam para o Oriente para garantir a segurança de peregrinos à Terra Santa, uma vez que os turcos seldjúcidas encontravam-se em franco avanço pelo Oriente.

Uma vez que as Cruzadas eram uma jornada de retorno incerto, muitos cavaleiros entregavam seus bens a pessoas de confiança, para que estas os administrassem e garantissem o sustento das famílias dos cavaleiros durante os períodos em que estes encontravam-se ausentes.

Portanto, vemos a criação do *trust* sendo diretamente ligada ao contexto histórico do feudalismo inglês. Como se percebe, essa figura nasceu de necessidades práticas do homem medieval relativas à guarda de bens, fosse por questões de ordem sucessória dos vassalos, fossem relacionadas à partida dos cavaleiros cruzados.

Obviamente que tais situações não eram tuteladas juridicamente, porém, como passaram a ser recorrentes, acabaram por ser reconhecidas pelo Direito Inglês, como veremos a seguir.

[20] O período das cruzadas estendeu-se de 1096 a 1244, tendo como marco de sua decadência a retomada de Jerusalém em 1187 pelos muçulmanos comandados pelo Sultão Saladino.

4.2 O Reconhecimento do Trust no Âmbito do Direito Inglês

Vimos que o *trust* nasceu na Inglaterra por força de necessidades práticas dos cidadãos comuns, sendo por muito tempo utilizado de maneira informal, sem o devido reconhecimento no mundo do Direito. As Cortes Reais, que tinham por peculiaridade a rigidez na aplicação do Direito, por muitos anos permaneceram ignorando práticas envolvendo tal instituto.

Do ponto de vista jurídico, o *trust* somente foi reconhecido e tutelado por meio das decisões proferidas pelos Tribunais de Chancelaria, ou seja, juridicamente é um produto da *equity*[21].

A tutela jurídica do *use* (figura jurídica antecessora do *trust*) data do século XV, quando o Tribunal de Chancelaria reconheceu a validade da transmissão de bens de um sujeito para outro e o direito do beneficiário final do bem.

Os efeitos do reconhecimento jurídico do *use* forçaram o rei Henrique VIII a promulgar o *Statute of Use* que pretendeu eliminar o instituto, estabelecendo que a concessão de uso consistiria em uma verdadeira transmissão da propriedade.Entretanto, as limitações impostas pelo *Statute of Use* foram logo contornadas na medida em que não previa a dupla transmissão do *use*. Dessa forma, o primeiro *use* representava a transmissão da propriedade (*legal ownership*), já o segundo, não regulado, transferia somente o bem para fins de uso (*ad opus*).

Com isso, passou-se a convencionar que a primeira transmissão seria o *use* e a segunda o *trust*. Assim, firmamos umas das principais premissas do *trust*, qual

[21] Como assinala René David, "a *common law*, sistema de direito formalista e incompleto, não dava valor jurídico ao *trust*. Se um pai de família S (o *settlor*), preocupado com os interesses de sua filha, transferia os bens a uma pessoa de confiança T (o *trustee*) para evitar que o marido desta os dissipasse, realizava-se de fato uma transferência de propriedade de S a T, mas o compromisso assumido pelo *trustee* de entregar a renda desses bens à filha do disponente e, mais tarde, retransferir-lhe a propriedade dos bens (quando o marido viesse a falecer) não era válido, juridicamente, pois as jurisdições da *common law*, em regra geral não sancionavam os contratos. Portanto, T só estava obrigado por sua consciência, a respeitar seu compromisso.
Nessas condições, foi necessária a intervenção do Chanceler, e foi por sua jurisprudência que se desenvolveu a instituição do *trust*" (*O direito inglês*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 102 e 103).

seja, a transmissão do bem para o *trustee* não implica transmissão dos direitos de propriedade.

Essa premissa permanece até os dias atuais e é essencial para a compreensão das conseqüências jurídicas do *trust*.

A transformação do *use* em *trust* não foi ignorada pelas cortes de chancelaria, que logo não somente reconheceram a legitimidade do instituto[22], mas em suas decisões garantiram tutela aos direitos do beneficiário.

4.3 O *Trust* e o Direito Norte- Americano

Sabemos que o Direito dos Estados Unidos da América, sendo derivado do Direito Inglês, logo se apresentou como um campo fértil para o aperfeiçoamento e a difusão do *trust*.

Os norte-americanos incorporaram o *trust* à sua realidade de forma praticamente automática. Atualmente vemos *trusts* das mais variadas espécies e com as mais variadas finalidades. Os norte-americanos utilizam desde os *trusts* mais comuns que visam ao planejamento sucessório ou à garantia dos estudos dos filhos até mesmo figuras mais criativas como os *pet trusts,* constituídos por pessoas que desejam a garantia de que, após seu falecimento, seus animais de estimação sejam cuidados.

Os Estados Unidos desde o início adotam um regime republicano federalista que garante a cada estado da Federação autonomia em matéria legislativa. Entretanto, ao longo do tempo os estados sentiram a necessidade de uma unificação em matéria de *trusts*, o que levou à aprovação, em 3 de agosto de 2000, do *Uniform Trust Code* (UTC), fruto dos trabalhos da *National Conference of*

[22] Ascarelli em sua obra *Problemas das Sociedades Anônimas em Direito Comparado* (Campinas: Bookseller, 1999) aduz que "[...] o mundo anglo-saxão conhece, por exemplo, no *trust* um instituto fundamental – talvez o exemplo mais significativo da força criadora da jurisprudência – graças ao qual alcança praticamente os fins que nos direitos da Europa continental e da América Latina se atingem com a criação de uma pessoa jurídica, de um patrimônio autônomo, de um usufruto, de um usufruto, de um fideicomisso, de um mandato e assim por diante [...]"

Commissioners on Uniform State Laws (NCCUSL), e que representa a primeira codificação nacional sobre a matéria no país.

Importante mencionar que referido Código aplica-se somente aos *trusts* expressos (*express trusts*) ou *trusts* involuntários que sejam administrados como *trusts* expressos. Adiante veremos com maior detalhamento as espécies de *trust* mencionadas no UTC, bem como outras mais.

Para que se possa realmente entender o funcionamento do *trust* é necessário compreender a noção de propriedade para a *common law*, que é justamente o elemento que permite a entrega do bem pelo *settlor* ao *trustee*, sem que este último se torne pleno proprietário dos bens.

Veremos que a noção de propriedade na *common law* é a peculiaridade que dificulta a transposição do *trust* para os ordenamentos romano-germânicos.

4.4 O *Trust* e a Noção de Propriedade na *Common law*

A propriedade é um instituto que envolve na verdade uma série de relações, relações essas que exercem um papel social tão grande que chegam a considerá-la um dos fundamentos da sociedade.

Naturalmente o direito inglês não poderia passar ao largo dessas relações, porém sua concepção dentro desse sistema legal adota feições diferentes daquelas com as quais nós, que buscamos nossos conhecimentos jurídicos nas bases romano-germânicas, estamos acostumados.

É indiscutível a ligação intensa entre o contexto histórico da Inglaterra e o sistema jurídico que se formou nesse país, por isso a análise da propriedade na *common law* deve sempre ter como pano de fundo a formação da Inglaterra, enquanto nação e a criação do direito inglês.

4.4.1 A Origem da propriedade no Direito Inglês

Por tudo o que foi dito até agora, é incontestável a profunda influência do elemento histórico sobre o Direito inglês.

Ao contrário dos sistemas jurídicos romanistas, o sistema jurídico inglês não é codificado, mas foi sendo forjado de forma autóctone*, i.e.,* sem a influência do direito romano e com base em premissas próprias, em grande compasso com os acontecimentos que se sucederam ao longo do tempo, o que lhe garante atualidade, estabilidade e continuidade.

Não poderia ser por outro motivo que o direito de propriedade teve um desenvolvimento coerente com esse cenário de continuidade.

A titularidade individual sobre a terra já existia na Inglaterra desde o início do século XI, época em que a Europa Continental, em contrapartida, vivia com grande intensidade seu feudalismo, tendo uma sociedade composta por senhores, vassalos e servos, sendo que estes últimos não eram nem escravos, nem homens livres, pois eram presos à terra[23]. Ficam claras duas realidades completamente distintas vivenciadas em uma mesma época, em um mesmo continente.

A propriedade inglesa, ao contrário daquela consagrada na Europa Continental, não sofreu as influências do campesinato tradicional, tendo, portanto, sua individualização precocemente definida.

Os conceitos relativos à propriedade no direito inglês começaram a ser definidos a partir da invasão normanda, comandada por Guilherme, o Conquistador, e foram moldados, ao longo dos séculos, no seio das decisões proferidas pelos tribunais ingleses.

---

[23] Como explica Edward McNall Burns "Embora ao fim de certo tempo, os vilões e os servos quase não apresentassem distinção entre si, houve em dada época acentuadas diferenças entre eles. (...) Os vilões eram rendeiros perpétuos, não estando ligados perpetuamente ao solo, ao passo que os servos estavam presos a ele e eram vendidos juntamente com a terra a que se ligavam" (*História da Civilização Ocidental, do Homem das Cavernas até a Bomba Atômica: O Drama da Raça Humana*. vol. I. 3. ed. Porto Alegre: Globo, 1973, p. 328).

Desde o início, Guilherme, o Conquistador, buscou concentrar sob a Coroa a plena propriedade sobre as terras. Embora Guilherme tivesse distribuído terras como retribuição à lealdade de seus cavaleiros, nenhum deles plenos tinha poderes sobre as terras, apenas determinados direitos sobre elas (que adiante denominaremos como interesses ou *estates*). Somente o rei teria plena e absoluta propriedade sobre as terras. Assim, a Inglaterra possuía senhores feudais, porém eles não detinham a plena propriedade da terra, mas tão-somente determinados "interesses" sobre a mesma.

Vemos, portanto, que a concepção de propriedade na *common law* derivou da estratégia de dominação imposta pelo rei Guilherme e ao longo dos anos foi moldada pelas decisões proferidas pelos Tribunais.

Importante ressaltar que os conceitos relativos à propriedade no seio do Direito Inglês permaneceram por muitos anos definidos unicamente no âmbito jurisprudencial, haja vista que a sistematização da *property law* somente veio a ocorrer a partir do século XX, mais precisamente a partir de 1925, com a edição dos *Property Acts*, uma série de normas editadas com o intuito de simplificar e definir com maior precisão os conceitos relativos à *real property* e à *personal property*.

4.4.2 Property law

Encontramos a *property law* como um dos ramos do direito inglês, porém se trata de uma área de atuação bem mais ampla do que os "direitos reais" por nós conhecidos.

Primeiro, cumpre esclarecer que, para fins jurídicos, a *property* do direito inglês é um vocábulo que não pode ser traduzido simplesmente como propriedade, pois isso implicaria a perda do amplo sentido que a palavra apresenta originalmente.

Vilém Flusser[24] nos ensina que "língua é realidade, ou: não há realidade além da língua", e que cada vez que se faz uma tradução desconstrói-se uma realidade

[24] *Língua e realidade.* São Paulo: Annablume, 1963.

para que uma nova seja construída. Ele afirma que "os pensamentos filosóficos são, como qualquer pensamento, frases de uma dada língua. São significados e podem ser compreendidos dentro do conjunto dessa língua. Referem-se à realidade implícita nessa língua. Se traduzidos para outra língua, adquirem novo significado, ligeiramente ou mais que ligeiramente diferente do significado original, porém certamente não pretendido pelo pensador".

A distinção entre *property* e "propriedade" fica mais clara quando explicada nas palavras de René David[25]:

> "o termo '*property*' não pode ser traduzido por propriedade em direito continental (fundamentado no Direito Romano). Fica uma pergunta que deve ser respondida, relativa à palavra usada pelos ingleses para exprimir a idéia de propriedade. O jurista continental ficará surpreso ao deparar, sobre esse ponto, no direito inglês, com uma resposta de que não existe tal palavra. Observe-se que a palavra '*ownership*' corresponde, na língua inglesa corrente, à nossa palavra propriedade, mas não é utilizada em matéria de '*real property*'. Uma pessoa pode muito bem ser proprietária de mercadoria, mas nunca é, em sentido estrito, proprietária de uma terra ou de uma casa, de acordo com o direito inglês. Essa observação é curiosa, especialmente num país que não é marxista, e o único país no qual a língua tem um verdadeiro verbo ('*to own*') para exprimir a idéia de ser proprietário."

Portanto, em nosso trabalho optamos por não traduzir o termo *property*, deixando-o vertido em seu idioma original, qual seja, o inglês; não queremos criar uma nova realidade, mas sim entender aquela que atualmente existe.

A nossa propriedade, isto é, aquela concebida no âmbito do direito romanista, é uma construção dos glosadores, baseada nos fundamentos romanos do instituto, já a *property* deve ser compreendida desde a conquista da Ilha por Guilherme I, em 1066.

A propriedade romano-germânica baseia-se na noção de direito subjetivo, isto é, um direito que um determinado sujeito tem sobre o bem, em face dos demais indivíduos da sociedade. Tal noção é pouco valorizada pelos ingleses, os quais dão maior importância ao estabelecimento de garantias e ao processo como formas de defesa de seus interesses[26].

---

[25] *O direito inglês*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 95.

[26] Lembremos nesse sentido o brocardo jurídico inglês *remedies precede rights*, isto é, o remédio processual precede os direitos.

O *property law* abrange não somente a relação entre o bem e o sujeito, mas uma série de outros elementos que possam influenciar essa relação. Esse é mais um dos elementos a nos mostrar que para entendermos o *property law* devemos transcender os nossos conhecimentos relacionados ao direito das coisas.

Como se percebe, ao analisarmos a co-relação entre o *property law* e o *trust*, não podemos partir de uma abordagem romanista de direitos reais, mas devemos fazê-lo à luz dos conceitos consagrados no âmbito da *common law*.

Desta feita, para melhor delimitação de nosso escopo, primeiro vamos nos debruçar sobre a dicotomia mais básica existente em termos de *property law*, a qual consiste em dividir a *property* entre *real* e *personal*.

*4.4.3 Distinção entre "*real property*" e "*personal property*"*

A distinção entre *real property* e *personal property* remonta ao período feudal, sendo uma criação dos Tribunais Reais encarregados à época de garantir a justiça na Inglaterra.

Pelo sistema então vigente, a retomada da terra se dava por meio de ações reais enquanto as ações que visassem todos e quaisquer bens que não fossem ligados à terra (os chamados *chattels*) eram conhecidas como ações pessoais, daí o uso das denominações *real property* e *personal property*.

A despeito da reforma no *property law* de 1925, ocorrida por meio dos *Property Acts*, essa divisão nas espécies de *property* foi mantida, embora atualmente tenha menor importância.

Como as questões mais complexas relativas à *property* relacionam-se à titularidade sobre bens ligados à *real property*, nosso interesse, para fins do presente trabalho, será voltado para essa espécie.

4.4.4 Real property

Como cediço, a *property law* apresenta grande divisão entre *real property* e *personal property*, sendo que a *real property* refere-se aos casos relacionados à retomada da terra ou de bens a ela relacionados.

Um dos capítulos de maior relevância da *property law* refere-se à *land law*, a qual tem sua estrutura atual definida desde o advento dos *Property Acts* de 1925.

O vocábulo inglês *land*, quando vertido para o português em uma linguagem corrente, acaba sendo entendido como "terra", entretanto, no contexto científico do direito inglês, esse termo acaba assumindo um significado bem mais amplo.

Carlos Bastide Horbach[27] define *land* como "toda e qualquer parte da superfície da Terra capaz de ser juridicamente atribuída a um senhor, estando assim sob a jurisdição de um tribunal".

Como dissemos, a origem da *property* (propriedade) no direito inglês remonta ao período medieval e manteve-se por muito tempo disciplinada pelas decisões emanadas pelos tribunais reais. É um caso típico do empirismo que caracteriza o direito inglês.

A regulamentação da *real property* somente veio a ocorrer, como dissemos, no século XX, com os *Property Acts*. Até então, vigoravam com grande força os conceitos feudais ingleses relacionados à propriedade. É verdade que muitos que muitos dos princípios que regiam o feudalismo inglês ainda vigoram no presente, porém de forma atenuada.

Um dos princípios fundamentais em termos de *property law* inglês é a *Tenure doctrine*. *Tenure* é um vocábulo derivado do termo francês *tenir*, o qual significa "ter, possuir".

---

[27] A propriedade no Direito inglês. In: ZITSCHER, Harriet Christianne (org.). *Introdução ao Direito Civil Alemão e Inglês*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 273-293, p. 281.

Segundo a *Tenure doctrine*, o único pleno proprietário das terras era o Rei, ninguém mais. Somente o rei era proprietário da terra, todos os demais poderiam possuir, no máximo, títulos ou outros direitos referentes à terra, os *Tenures*.

Nesse contexto, o monarca soberano, proprietário da terra, é denominado *landlord* e os súditos (fossem esses senhores feudais ou servos), detentores de qualquer espécie de *Tenure*, são conhecidos como *tenants*. Não havia nenhum senhor imediato sobre a terra, exceto o rei.

Vimos que Guilherme I, quando invadiu a Inglaterra, concentrou sob si as terras, evitando distribuí-las aos nobres, que recebiam tão-somente títulos sobre as mesmas. Notemos que a *Tenure doctrine* é tão antiga que tem seus fundamentos nos tempos da conquista normanda.

A concessão de *Tenure* foi uma forma encontrada por Guilherme I para conquistar a lealdade de seus servos e garantir a militarização de seu reino. Os *tenants*, como contrapartida aos direitos recebidos, tinham certos deveres, entre eles o de prestar o serviço militar, o qual se dava por meio da cavalaria.

O sistema feudal iniciado durante o reinado de Guilherme I foi abolido na Inglaterra em 1660 com o *Tenures Abolition Act*[28], porém esse comando legal revogou tão-somente as obrigações dos *tenants*, mantendo a *Tenure doctrine* relativamente à propriedade.

Contudo, a despeito da revogação dos deveres dos *tenants* ainda hoje podemos verificar a influência da *Tenure doctrine* relativamente aos direitos de propriedade na Inglaterra.

[28] O sistema feudal inglês apresentava uma estrutura muito complexa. Existiam aqueles vassalos que recebiam as terras diretamente do rei (os *landlodrds in chief*) e os que recebiam terras destes últimos, criando-se um sistema de subfeudalização. A expansão excessiva da subfeudalização passou a ser um obstáculo ao cumprimento das obrigações originais dos "*tenants*". O fenômeno da subfeudalização começou a desaparecer na Inglaterra a partir da aprovação da *Quia Empetores* em 1290, lei pela qual um *tenant* não poderia criar uma nova "*Tenure*", mas tão-somente transferir sua própria para um terceiro, isso levou, ao longo dos anos, à redução nas camadas feudais, até que em 1660 o *Tenur*es Abolition Act aboliu as obrigações dos *tenants*, criando uma espécie de "aluguel" a ser pago pelo *tenant* (*socage Tenure*).

Portanto, pela *Tenure doctrine*, temos primeiramente a figura do *landlord*, que é o proprietário da terra e confere ao *tenant* um título, direito ou interesse, o *Tenure*. A limitação do *Tenure* é dada pelo *estate*[29].

Nesse contexto o indivíduo não é o proprietário da terra (somente o Rei possui tal prerrogativa), sendo tão-somente titular de alguns direitos legalmente constituídos sobre ela, que podem ser criados sob a forma de *estate* ou *future interests*[30].

Os *estates* podiam ser concedidos a título gratuito, sendo denominados *freehold estates*, ou a título oneroso, os *unfreehold estates*. Ainda, no âmago da categoria dos *freehold estates*, verificavam-se três tipos:

(i) *estate in fee simple* – é o interesse mais próximo à noção romano-germânica de propriedade. Aquele que o detém possui a titularidade sobre a terra, podendo, inclusive, transferir essa propriedade a terceiros ou a herdeiros sem restrições.

(ii) *estate in fee tail* – neste caso, a transmissão hereditária sofre restrições e, no caso de ausência de herdeiros elegíveis, a propriedade retorna ao *landlord*.

(iii) *life estate* – trata-se de um *estate* vitalício, ou seja, cessa com a morte do titular.

Posteriormente, com a simplificação trazida pelos *Property acts* de 1925, passou-se a ter somente duas espécies de *estates*, quais sejam, o *freehold in fee simple* e o *leasohold Tenure*.

---

[29] Definido por Maria Chaves de Melo como "título, participação ou direito de alguém sobre um bem econômico" (*Dicionário Jurídico português-inglês – inglês-português*. 8. ed. São Paulo: Método, 2006).

[30] "Bem diferente foi a construção inglesa no direito das coisas. De fato, essa construção parte da idéia, sacrílega aos olhos dos juristas franceses mas bastante natural aos homens da Idade Média,de que a propriedade – a propriedade garantida por uma ação real (*real action*) – não existe em relação aos imóveis. Ninguém, exceto talvez o rei, seria capaz de concentrar em suas mãos a totalidade dos atributos da propriedade que também correspondia, nessa época, à soberania. Conseqüentemente, esse princípio não será, no direito inglês como o é no direito francês, a propriedade plena e inteira, direito absoluto e, por assim dizer, ilimitado; o princípio é, muito pelo contrário, o desmembramento da propriedade. Nunca se terá na Inglaterra a propriedade de uma terra; ter-se-á simplesmente sobre uma terra um certo interesse, ou um certo conjunto de interesses" (DAVID, René. *O direito inglês*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 97 e 98).

O primeiro deles, *freehold in fee simple*, é o mais próximo que se pode chegar ao conceito romanista de propriedade, posto que seu titular tem a posse direta da terra e pode exercê-la sem restrições, porém sob a tutela do Estado, que tem o poder de tributar, o poder de polícia, o *eminent domain*[31] e o *escheat*[32].

A outra categoria hodierna de *estate* é o *leasehold*, pelo qual alguém (denominado *lessee*) tem o direito de uso exclusivo da terra por um determinado tempo, pagando em contrapartida uma remuneração (aluguel) ao *lessor*.

No direito brasileiro temos, por exemplo, a locação de bens imóveis, porém ela se diferencia do *leasohold* pelo fato de que, enquanto no contrato de locação temos uma relação jurídica entre dois sujeitos, no *leasehold* a relação jurídica se constitui entre o *lessee* e o imóvel.

Assim, atualmente um indivíduo na Inglaterra deterá um imóvel ou em *freehold* ou em *leasehold*.

Em resumo, o que se percebe é que no âmbito da *common law* o direito de propriedade ou *property law* tem uma dimensão muito distinta da romanista. Enquanto o direito romano-germânico tem a propriedade como um direito absoluto, para a *common law*, um indivíduo detém determinado interesse sobre o bem.

Graças ao conceito de *estates* (que são os interesses que um indivíduo detém sobre o bem) e à admissibilidade de que a *property* não é absoluta (exceto para o Rei, único detentor da propriedade), é possível que mais de um indivíduo detenha interesses sobre o bem e, ainda, é possível a *dual ownership* que caracteriza o *trust*.

Veremos que a constituição de um *trust* implica a segregação entre a titularidade legal e a titularidade eqüitativa, que veremos a seguir, o que somente é possível no seio na *common law*, sistema que admite a *dual ownership* (literalmente, a repartição da titularidade sobre o bem).

Justamente essa cisão na titularidade sobre o bem, a *dual ownership*, é o grande entrave visto pelos romanistas para a assimilação do *trust*, posto que, como dissemos, a propriedade para nós é plena e indivisível.

---

[31] O Estado tem o poder de desapropriação sem o prévio consentimento do titular sobre a terra.
[32] O *escheat* consiste na reversão da titularidade sobre a terra no caso de vacância.

5 ESTRUTURA E MECANISMO DE FUNCIONAMENTO DO *TRUST*

O *trust* nos dias atuais apresenta-se como um instrumento de excepcional versatilidade, podendo ser utilizado para uma série de finalidades que vão desde a simples gestão de patrimônio até o desenvolvimento de atividades beneficentes.

A razão dessa flexibilidade decorre, sem dúvida, do contexto jurídico em que o *trust* se originou, entenda-se, da *common law*. A figura do *trust* que temos atualmente é uma construção que, ao longo dos séculos, foi sendo moldada pela prática e pelos costumes, fator esse que possibilitou sua aceitação por uma série de ordenamentos jurídicos não derivados do direito romano.

Os *trusts* podem ser utilizados para uma série de finalidades lícitas que vão desde a estruturação sucessória até o planejamento tributário lícito (levando-se em consideração que é lícito ao contribuinte arcar com a menor carga tributária permitida em lei) e a captação financeira para empreendimentos. Todavia, infelizmente existem aqueles que, por enxergarem no *trust* somente possibilidades de utilização para fins ilícitos, tais como a evasão fiscal e a “lavagem” e ocultação de bens oriundos de atividades criminosas, advogam contra essa instituição de notável utilidade..

Porém, o mau uso dos *trusts* por alguns não pode ofuscar o brilho dessa figura, que pode ser utilizada para finalidades nobres, como a seguir veremos.

Antes de tudo, entretanto, se faz necessário entender a estrutura e o funcionamento dos *trusts* em geral.

5.1 A Estrutura do *Trust*

O *trust*, como vimos, é uma instituição oriunda do Direito Inglês e que, em suas origens, tinha como finalidade a transferência da propriedade sem a incidência das condições impostas pelo senhor feudal.

Basicamente, o *trust* consiste em um desdobramento da titularidade sobre bens e/ou direitos por conta de uma relação de confiança criada entre dois indivíduos na qual o primeiro (*settlor*) entrega coisa sua a um segundo (*trustee*) para que este a guarde e zele em benefício de terceiro.

São 5 os elementos essenciais do *trust*:

Settlor

Trustee

Beneficiário

res

Ato de Vontade

Os três primeiros elementos (*settlor*, *trustee* e beneficiário) compõem a estrutura triádica subjetiva do *trust*, isto é, são os sujeitos que dele participam. Entretanto, o *trust* também possui elementos objetivos, a *res* (objeto) e um ato de vontade.

Pois bem, passemos à análise detalhada de cada um desses elementos.

5.1.1 O Settlor

O *settlor* é aquele que, mediante a emissão de uma declaração de vontade, entrega em confiança seus bens para a administração de um terceiro (*trustee*), em favor de determinados beneficiários.

Somente pode ser *settlor* aquele que detém a titularidade sobre os bens ou direitos ou que possui autorização para essa transferência.

Quando o *settlor* entrega seus bens para o *trustee*, deixa de ter a titularidade sobre os mesmos, não podendo mais reclamá-los ou exercer qualquer pretensão

sobre eles. Perde-se, com a transmissão, qualquer tipo de conexão entre o bem e o *settlor*.

A entrega dos bens ao *trustee* poderá ocorrer mediante a estipulação de determinadas obrigações ou condições. Um exemplo comum é a entrega do bem para que esse seja repassado a um beneficiário após o falecimento do *settlor*. Nesse caso, vê-se no *trust* uma forma de planejamento sucessório.

No momento em que o *settlor* constitui o *trust* verifica-se a separação entre o *legal title* e o *equitable title*, ou seja, entre a titularidade legal e a titularidade eqüitativa sobre o bem[33].

O *trust* é uma figura jurídica tão flexível que admite, por exemplo, que o *settlor* constitua a si próprio como *trustee* obrigando-se a administrar bens em benefício de um terceiro, nesse caso, o *settlor* mantém o *legal title*, transferindo o *equitable title* a um beneficiário.

O contrário também é possível, isto é, o *settlor* pode declarar-se beneficiário, abrindo mão do *legal title* e reservando para si o *equitable title*.

Já dissemos que, como regra geral, quando o *settlor* entrega seus bens a um *trustee*, deixa de ser proprietários dos mesmos, não podendo deles dispor ou usufruir. Da mesma forma, pretensões de credores do *settlor* não são oponíveis aos bens que foram transferidos ao *trust*.

Entretanto, como mencionado, devido à maleabilidade do instituto é possível o *settlor* definir-se como beneficiário do *trust*; em tais casos a jurisprudência entende que os credores podem ter acesso aos bens do *trust*[34].

---

[33] A propriedade legal consiste nos direitos e na responsabilidade que decorrem do controle que um indivíduo exerce sobre um bem;no caso de um *trust*, ela caberá ao *trustee*. A propriedade equitativa se refere aos benefícios relacionados à fruição dos bens, a qual pertence ao beneficiário do *trust*.

[34] "Barbara Hertsberg was a developmentally disabled person. A complaint was filed by her guardian in 1983 against Edith Hertsberg, her mother, alleging that Edith had neglected Barbara and failed to provide for her with the Social Security benefits Edith had received on behalf of Barbara. A consent judgment was entered in 1986 and Edith was ordered to fund a *trust* for the benefit of Barbara with $150,000. A *discretionary trust* with spendthrift provisions was established pursuant to the consent judgment. The *trust* named Edith as the grantor and two other persons as the co-*trustee*s. Upon the death of Barbara, the *trust* principle was to be distributed to several of her relatives.
As a recipient of mental health services, Barbara was subject to a financial liability determination. The Department of Mental Health determined that the *trust* assets were available to reimburse the state. The *trustee*s opposed this position and both sides sought a court determination. The probate court

Como dissemos, o *settlor* constitui o *trust* por meio de uma declaração de vontade (o *trust deed*) na qual determinará todas as condições sob as quais serão administrados os bens, as obrigações do *trustee*, prazo de duração do *trust*, entre outros itens.

5.1.2 O Trustee

O *trustee* recebe do *settlor* bens ou direitos que deverá administrar em favor de terceiros, os beneficiários. A relação entre *settlor* e *trustee* é de natureza fiduciária, haja vista que a entrega da *res* ocorrerá em confiança.

Sendo titular do *legal title* sobre os bens e, em conseqüência, da confiança que lhe foi depositada, o *trustee* terá responsabilidade sobre os bens ou direitos que lhe foram conferidos, devendo agir com prudência, não podendo obter vantagens particulares sobre os mesmos e devendo, por outro lado, exercer seus melhores esforços em favor dos beneficiários, tendo, portanto, uma função fiduciária.

É importante relembrar que o *settlor*, no momento em que constitui o *trust*, deixa de ter a titularidade sobre o bem objeto do *trust*. Neste momento, o *trustee* recebe o bem, sem que possa, no entanto, agir ilimitadamente; por isso não podemos afirmar que o *trustee* é o proprietário do bem.

O *trustee*, no desempenho de suas funções, tem uma série obrigações relacionadas ao escopo do *trust*, todas elas em relação ao beneficiário, não com

---

noted that where the *settlor* of a *trust* is also the beneficiary, the assets are reachable by creditors. It concluded that Barbara was the true *settlor* because she was the plaintiff in the lawsuit from which the *trust* arose. The Court of Appeals reversed holding that Edith created the *trust* and furnished the funds for it. Barbara contributed none of the *trust* assets. They concluded that creditors could not reach the assets. The Department of Mental Health appealed the matter to the Michigan Supreme Court.
The Michigan Supreme Court reversed the Court of Appeals and reinstated the order of the probate court. They approved the rule announced in In re Johannes *Trust*, 191 Mich App 514 (1991) that where the beneficiary is also the *settlor* of the *trust*, creditors can reach the assets of the *trust*. The controlling issue was then whether or not Barbara was *settlor* of this *trust*. In determining that she was the *settlor*, they defined the *settlor* as one who provides consideration for a *trust*. They observed that it was the identity, not the intent of the *settlor* that needed to be determined. In this case, the cause of action was a form of *property* belonging to Barbara and the proceeds of the settlement formed the consideration for the *trust*. The *trust*'s assets were attributable to the beneficiary making her the *settlor* of the *trust*" (Disponível em: <http://courts.co.calhoun.mi.us/ca060298.htm>).

relação ao *settlor*. Grande parte dessas obrigações foi se estabelecendo ao longo do tempo com as decisões dos tribunais de eqüidade.

O dever inerente do *trustee* é de diligência quanto ao bem que lhe foi transferido, isso implica administração do bem, realização de investimentos produtivos e transparência.

Outro dever importante é o de lealdade e traduz a essência do *trust*. O *trustee* tem o dever de administrar com lealdade os bens em favor dos beneficiários.

Ademais são deveres do *trustee*:

a) Dever de Administração – O *trustee* tem como uma de suas obrigações primordiais administrar os bens em prol dos beneficiários indicados pelo *settlor*, empregando em seu ofício a devida diligência e respeitando eventuais limitações contidas no instrumento de constituição do *trust*, pautando-se ainda na lei e nos princípios da eqüidade.

b) Dever de Realização de Investimentos Produtivos – É um corolário do dever de diligência, com as devidas limitações contidas no instrumento de instituição do *trust*, o *trustee* deve realizar investimentos produtivos de forma a maximizar os ganhos dos beneficiários. Cumpre ressaltar que, se realizar aplicação em investimentos que venham a trazer prejuízos aos beneficiários, o *trustee* poderá ser processado por perdas e danos, caso se comprove que sua atuação agressiva desrespeitou a política de investimentos previamente determinada pelo *settlor*.

c) Dever de Identificação – Os bens e direitos em *trust* devem ser claramente identificáveis e mantidos segregadamente dos bens do *trustee*. Lembremos que o patrimônio do *trust* não responde, em hipótese alguma, por dívidas contraídas pelo *trustee*.

d) Dever de Prestação de Contas e de Informação – Os beneficiários têm direito de receber periodicamente as informações relacionadas à gestão e aos resultados do *trust*.

e) Dever de Não-Delegação – A administração dos bens não pode ser delegada a terceiros, trata-se de um dever personalíssimo do *trustee*.

f) Dever de Diversificação dos Investimentos – Dentro das limitações contidas no ato constitutivo de *trust*, o *trustee* deve mitigar riscos, por meio da diversificação de investimentos. Mais uma vez, ressaltamos que a política de investimentos a ser adotada deverá ser especificada no termo de constituição do *trust*.

g) Dever de Imparcialidade – Salvo disposição em contrário, o *trustee* deve agir igualmente em prol de todos os beneficiários.

h) Dever de Distribuição – O *trustee* é obrigado a distribuir os bens ou rendimentos nos termos determinados pelo ato constitutivo de *trust*.

Devemos ressaltar que tais deveres se enquadram na relação obrigacional que existe entre o *trustee* o os beneficiários, serão esses últimos que poderão adotar eventuais medidas legais que se fizerem necessárias em caso de prejuízos causados pelo *trustee*.

Caso o *trustee* deixe de cumprir com seus deveres verificaremos a figura do *breach of trust*, ou seja, a quebra da confiança, que pode levar à destituição do *trustee*, o qual poderá, inclusive, ser responsabilizado civilmente pelos danos patrimoniais que vier a causar em virtude de suas ações.

Nesse sentido, os tribunais norte-americanos têm decidido que, nos casos de *breach of trust*, o *trustee* deve não somente indenizar o *trust* pelos danos causados, mas até mesmo devolver os honorários recebidos na condição de *trustee*.

Ademais o *breach of trust* também poderá ter conseqüências na esfera criminal, caso se verifique a ocorrência de ação fraudulenta por parte do *trustee* destinada à apropriação indevida dos bens do *trust*[35].Tal crime poder ser punido com multas e, até mesmo, com penas privativas de liberdade.

---

[35] Referido crime é conhecido nos Estados Unidos com *embezzlement*, traduzido literalmente para o português como “desfalque”. No caso Estado v. McCann, 167 S.C. 393, 400, 166 S.E. 411, 414 (1932), a Suprema Corte do Estado da Carolina do Sul assim tratou a matéria: “Breach of *trust* with fraudulent intention, by that especial designation, is, so far as we are advised, peculiar to this jurisdiction. In other states, the crime, as known to us, is called by different names, such as ‘larceny after *trust*’, ‘larceny by a bailee’, ‘larceny by false pretenses’, and very commonly as ‘embezzlement’. All the offenses are regarded as statutory, and one must look to the respective statutes to ascertain a definition of the crime. In text-books, law encyclopedias, and digests, references to decisions concerning these offenses are usually found under the title or subject of ‘embezzlement’. The general purpose running through the statutes creating and defining these crimes is, however, the same; to declare as a crime, and usually as one coming within the classification of larceny, acts which were

5.1.3. O Beneficiário

O terceiro sujeito envolvido no *trust* é o beneficiário, que poderá, em última instância, também ser o *settlor* ou o próprio *trustee*, dado a já mencionada natureza flexível do *trust*.

Os beneficiários podem ser indivíduos determinados ou não, haja vista a existência de *trust* privados (*private trusts*) e *trusts* de caridade (*charitable trusts*).

O beneficiário do *trust* privado é um indivíduo determinado que, ao final do prazo determinado, receberá a *res*. O *settlor* também pode determinar que o beneficiário vá recebendo os frutos da *res*, ao longo do tempo, antes mesmo do principal.

A partir da constituição do *trust*, temos a *dual ownership* sobre a coisa. O *trustee* receberá, como visto, a *legal title* (titularidade legal), já o beneficiário receberá a *equitable title* (titularidade eqüitativa), que consiste na titularidade do bem, sem o atributo da posse sobre o mesmo.

5.1.4 A "res"

Com a constituição do *trust*, a coisa (*res*) deixa de ser de propriedade do *settlor*, não passa nem para a propriedade do *trustee*, nem para do beneficiário, haja vista que este último somente receberá o bem (ou seus frutos) no momento estipulado contratualmente pelo *settlor*.

O bem, enquanto estiver sob a administração do *trustee*, constituirá um patrimônio separado, que não pertence a nenhuma das partes envolvidas. Vimos que o *trustee* terá a titularidade legal, enquanto o beneficiário terá a titularidade

---

formerly not deemed to be larceny at *common law*, because of the fact that possession of *property* had been obtained through the consent of the owner".

eqüitativa, ou seja, nenhum dos dois possui todos os atributos necessários à propriedade.

Tal patrimônio é administrado pelo *trustee* em favor do beneficiário, mas não pode ser afetado por dívidas de nenhuma das partes, permanecendo em apartado do patrimônio das partes.

Ressalte-se que os tribunais americanos já discutiram se a distribuição dos frutos da *res* ao beneficiário constitui transferência de propriedade. No *caso Brainard v. Commissioner of Internal Revenue Service*[36] decidiu-se que os frutos que futuramente venham a derivar da *res* não são uma propriedade transferida com o *trust* e sim renda, posto que não existiam na época em que o *trust* foi constituído. A importância dessa decisão reside, sobretudo, no campo fiscal, para fins de incidência do Imposto de Renda. Outro ponto importante dessa decisão é que a *res* deve corresponder a um bem ou a um direito, e não a uma expectativa de direitos.

5.1.5 A Declaração de Vontade

O último elemento a ser citado como essencial à validade de um *trust* é o ato de vontade, ele é a origem do *trust*. A partir da declaração unilateral de vontade do *settlor*, o *trustee* terá o *legal title* e o beneficiário, o *beneficial title* sobre a *res*. O ato de vontade não tem uma forma pré-definida e nem sempre será exarado na forma escrita.

---

[36] Brainard v. Commissioner of Internal Revenue, 7 Cir., 91 F.2d 880, 881, o tribunal norte-americano pronunciou-se no seguinte sentido: "In the determination of the questions here raised it is necessary to consider the nature of the trust, if any, that is said to have been created by the circumstances hereinbefore recited. It is clear that the taxpayer, at the time of his declaration, had no property interest in `profits in stock trading in 1928, if any,' because there were none in existence at that time. Indeed it is not disclosed that the declarer at that time owned any stock. It is obvious, therefore, that the taxpayer based his declaration of trust upon an interest which at that time had not come into existence and in which no one had a present interest. In the restatement of the Law of Trusts, vol. 1, No. 75, it is said that an interest which has not come into existence or which has ceased to exist can not be held in trust.". Vide ANDERSEN, Roger W. Understanding Trusts and Estates. 3rd ed. Nova Iorque: LexisNexis, 2003. p. 96

A ausência dessa forma pré-definida é característica da *common law*, sendo aceitos pelos tribunais, até mesmo, *trusts* nos quais a declaração de vontade não foi formalizada por escrito

A aceitação do *trust* não escrito é verificada, inclusive, em normas jurídicas relativas a *trust*, como o *Uniform Trust Code*, nos Estados Unidos, o qual expressamente dispõe que um *trust* oral pode ser aceito desde que haja evidências claras e convincentes de sua criação[37].

Mencione-se ainda, nesse sentido, a decisão proferida no caso Norte-Americano *Jimenez v. Lee*[38], no qual a autora (Elizabeth) processa seu pai por descumprimento de um *trust* que teria sido instituído em seu favor, por ocasião da compra por sua avó de títulos do Tesouro Norte-Americano em favor da autora e seus pais. Quando os títulos foram adquiridos, sua finalidade teria sido custear os estudos de Elizabeth, entretanto, acabaram sendo utilizados por seu pai para outros fins. Mesmo não havendo documento expresso, o réu (pai da autora) foi condenado por descumprir seus deveres de *trustee*.

É importante mencionar que o ato de vontade necessário para a criação do *trust* é aquele emanado pelo *settlor*, sendo prescindíveis as declarações do *trustee* ou dos beneficiários.

O fato de o *trust* ser constituído a partir de uma declaração unilateral de vontade afasta, a nosso ver, sua natureza contratual.

Veremos adiante que o *trust* carece de bilateralidade, pois somente são impostas obrigações a um sujeito, logo, não podemos considerá-lo como um contrato. Tal posicionamento será explorado com maior profundidade no capítulo 8 adiante.

---

[37] "Section 407. Evidence of Oral *Trust* – Except as required by a statute other than this [Code], a *trust* need not be evidenced by a *trust* instrument, but the creation of an oral *trust* and its terms may be established only by clear and convincing evidence."

[38] 274 Or. 457, 547 P.2d 126 (1976). Vide ANDERSEN, Roger W. Understanding Trusts and Estates. 3rd ed. Nova Iorque: LexisNexis, 2003. p. 84

5.2 As Formas Básicas de *Trust*

O *trust*, como já mencionamos, por sua origem no seio da *common law*, apresenta grande flexibilidade. Entretanto, considerando alguns elementos comuns, é possível fazer uma classificação geral das principais formas de *trusts*.

Inicialmente, vamos dividir os *trust* entre *private trusts* e *charitable trusts*, mas acabaremos verificando que essas duas espécies apresentam uma série de desdobramentos.

5.2.1 Private Trusts

Os *trusts* privados têm como característica principal sua constituição para benefício de determinados indivíduos que tenham qualquer tipo de relação com o *settlor*. Tais *trusts* podem ser constituídos por ato inter vivos ou *causa mortis*. Usualmente, são *trusts* utilizados para fins de planejamento patrimonial ou sucessório, ou tão-somente, para garantir que determinados recursos sejam utilizados no futuro para uma determinada finalidade, como no caso do pai que deseja garantir o estudo universitário dos filhos no futuro.

São *trusts* estabelecidos entre particulares, que podem se apresentar de diversas formas, por isso podem ser subdivididos em três grandes grupos, quais sejam, *express*, *constructive* e *resulting trusts*.

5.2.1.1 Express trusts

O *express trust* resulta expressamente de um ato de vontade do *settlor*. É o tipo mais comum, no qual o *settlor* tem a certeza da *res* e dos beneficiários. Como exemplo de utilização do *express trust* podemos citar um caso em que um indivíduo

cria um *trust* e entrega bens a um *trustee* para que os administre e os entregue a um outro indivíduo (o beneficiário) após um determinado prazo.

Essa classe *express trust* ainda se subdivide em *fixed* e *discretionary trusts*.

a) Discretionary Trusts

No *discretionary trust*, o *settlor* confere ao *trustee* o poder para definir os beneficiários e respectivos direitos sobre a *res* e seus frutos. Cabe ao *trustee* definir quem receberá os rendimentos e em quais proporções.

Um *discretionary trust* poderá ser (i) exaustivo, caso o *trustee* tenha a obrigação de distribuir aos *beneficiaries* todos os rendimentos auferidos pelo *trust*, (ii) ou não exaustivo, caso o *trustee* tenha o poder de acumular os rendimentos auferidos, *i.e.*, caso não exista a obrigatoriedade de distribuição periódica dos rendimentos.

Vimos que, na constituição do *trust*, verifica-se a separação entre o *legal title* e o *equitable title*; pois bem, no caso de um *discretionary trust*, até que o *trustee* decida os critérios para a divisão dos bens, ninguém exercerá o *equitable title*.

Essa espécie é, sem dúvida, muito útil para estruturação patrimonial e sucessória de grandes fortunas, na medida em que evita a dilapidação da riqueza por herdeiros pródigos, os quais não poderão exercer seu *equitable title* enquanto não reunirem condições para exercê-lo com responsabilidade.

Ademais, faz-se importante ressaltar que, por não existir qualquer disponibilidade sobre os bens, por parte dos beneficiários, o patrimônio também acaba sendo melhor protegido contra credores destes.

No caso de um *discretionary trust*, assim como nos demais tipos de *trust*, os poderes do *trustee* encontram-se delimitados pelo ato de constituição do *trust* (*trust deed*).

Entre os amplos poderes que podem ser concedidos ao *trustee* está a possibilidade de reduzir ou aumentar a classe de beneficiários. Por exemplo, um

neto que não era nascido à época em que o avô havia constituído o *trust* pode vir a tornar-se beneficiário.

Já a redução da classe de beneficiários deve ser justificada a fim de se evitarem questionamentos judiciais por parte daqueles que se sintam injustamente excluídos.

b) Fixed Trusts

Por outro lado, existem também os *fixed trusts*, nos quais o beneficiário já possui o *equitable title* sobre os bens *trusts*. Nesse caso, os beneficiários e seus respectivos direitos já são pré-definidos pelo *settlor* no instrumento de constituição do *trust*.

5.2.2 Constructive Trusts

O *constructive trust* é um remédio imposto pela legislação para fins de prevenção a fraudes ou enriquecimento sem causa de determinado sujeito. Também é utilizado para prevenir o abuso de uma relação de confiança.

Um exemplo interessante acerca de *constructive trusts* que encontramos na jurisprudência norte-americana é o processo *Hieble v. Hieble*[39]. Nesse caso, a mãe, temendo morrer por causa de um câncer, doou sua casa aos seus filhos, entretanto, havia sido oralmente acordado que, caso a mãe se recuperasse, os filhos devolver-lhe-iam a casa. A filha posteriormente desistiu de sua parte na casa, que passou a pertencer a sua mãe e seu irmão. Cinco anos depois, quando a mãe curou-se do câncer, pediu de volta sua parte da casa ao filho, que se recusou a devolvê-la. Nesse caso o Tribunal decidiu favoravelmente à mãe, entendendo que a situação inicial era uma relação de confiança.

[39] 164 Conn. 56, 316 A.2d 777 (1972). Vide ANDERSEN, Roger W. Understanding Trusts and Estates. 3rd ed. Nova Iorque: LexisNexis, 2003. p. 96

Outra forma de *express trust* é o *resulting*, ou *trust* presumido, o qual é construído nos tribunais quando for possível presumir sua existência em face de comportamento do proprietário. Ele é uma construção jurisprudencial e ocorre quando o tribunal tiver presumido que o *settlor* tenha pretendido constituir o *trust*.

Ressalte-se que tal presunção admite prova em contrário e deve ser consistente. No caso *Fowkes v. Pascoe* (1875) LR 10 Ch App 343, o Tribunal decidiu que o simples fato de uma avó comprar ações para seu neto como um presente não dava ensejo à criação de um *trust*. Como se percebe, nos casos de *constructive trusts*, sua constituição depende da atuação dos Tribunais, cabendo aos magistrados decidirem, em cada caso, se de fato existem elementos que permitam sua caracterização.

5.2.3 Public ou Charitable Trusts

Em contrapartida aos *private trusts*, que, como visto, são constituídos em favor de determinados beneficiários relacionados ao *settlor*, temos os *public* ou *charitable trusts*, os quais são criados com fins de caridade ou promoção do bem comum.

Como define o Professor Diogo Leite de Campos, "trata-se de *trusts* que têm por fim a satisfação de interesses públicos, que visam beneficiar a comunidade geral. Por isso gozam de diversos privilégios legais."[40]

São considerados públicos porque são criados para benefício da população em geral, podendo ter fins religiosos, médicos, assistenciais, educacionais, entre outros.

O *Uniform Trust Code* norte-americano dedica uma sessão a essa forma de *trust*, prevendo que[41]:

---

[40] CAMPOS, Diogo Leite de. *A Propriedade Fiduciária (Trust): estudo para a sua consagração no Direito* Português. Coimbra: Almedina, 1999, p. 51.

> "(a) Um '*charitable trust*' pode ser criado para erradicação da pobreza, avanços educacionais ou religiosos, promoção da saúde, fins governamentais ou municipais, ou ao alcance de outros propósitos que sejam benéficos à comunidade.
>
> (b) Caso os termos do '*charitable trust*' não indiquem um propósito particular de caridade ou um beneficiário específico, pode o tribunal escolher um ou mais propósitos de caridade ou beneficiários. A escolha deve ser consistente com a intenção do *settlor* na medida em que ela pode ser determinada.
>
> (c) O '*settlor*' de um '*charitable trust*' mover processo para tornar obrigatório o *trust*."

Freqüentemente esse tipo de *trust* é utilizado para fins de caridade, entendendo-se como tal qualquer finalidade que não tenha como objeto beneficiar determinados sujeitos, mas sim favorecer a coletividade. Como visto, essa caridade deverá visar à redução da pobreza, à expansão educacional ou religiosa, à promoção da saúde, entre outros fins.

Nesse contexto, o *trustee* não terá a função de administrar os bens em favor de um determinado beneficiário, mas sim gerir um patrimônio em prol do interesse público. Um dos primeiros indícios de que um *trust* não tem propósitos caritativos é a restrição dos benefícios a uma pequena classe, por exemplo, a constituição de um *trust* para assegurar a educação dos membros de uma família ou o acesso à saúde aos funcionários de uma empresa.

Casos os benefícios não sejam ligados a propósitos caritativos, o *trust* também deixa de ser considerado como tal. Um caso em que houve desconsideração de um *charitable trust* é *Sehnandoah Valley National Bank v. Taylor*[42]. Nesse caso, Charles Taylor destinou seu patrimônio a um *trust* cujo objetivo era distribuir rendimentos entre os alunos da escola local no último dia letivo

---

[41] "(a) A *charitable trust* may be created for the relief of poverty, the advancement of education or religion, the promotion of health, governmental or municipal purposes, or other purposes the achievement of which is beneficial to the community.
(b) If the terms of a *charitable trust* do not indicate a particular *charitable* purpose or beneficiary, the court may select one or more *charitable* purposes or beneficiaries. The selection must be consistent with the *settlor*'s intention to the extent it can be ascertained.
(c) The *settlor* of a *charitable trust*, among others, may maintain a proceeding to enforce the *trust*."

[42] Vide ANDERSEN, Roger W. Understanding Trusts and Estates. 3rd ed. Nova Iorque: LexisNexis, 2003. p. 114

antes da Páscoa e do Natal. Contudo, a despeito da generosidade do *settlor*, a corte considerou que se tratava de uma doação, e não de um *trust* caritativo.

O *charitable trust* deverá sempre ser público, não sendo admitido um *charitable trust* de natureza privada.

Em face de suas finalidades, possuem tratamento legal e tributário diferenciado. Entre as diferenças legais existentes, verificamos que aos *charitable trusts* não se aplicam as *rules against perpetuities*, ou seja, as "regras contra perpetuidades", isso significa que um *charitable trust*, ao contrário de um *private trust*, pode ser perpétuo e pode ainda ter beneficiários indeterminados.

Esse tipo de *trust*, por conta de suas finalidades, assemelha-se muito às fundações. Muitas vezes pode ser constituído um *trust* para administrar os bens de uma fundação. Contudo, como veremos adiante, do ponto de vista jurídico, tais figuras não se confundem.

5.3 O *Trust* nos Dias Atuais

Como já foi tratado, na Idade Média, o *trust* era uma forma de proteção da propriedade, entretanto, esse instituto evoluiu e hoje é um eficiente mecanismo de proteção patrimonial, gerenciamento de ativos, bem como de planejamento sucessório.

Por isso, aqueles que buscam o planejamento tributário, acabam constituindo *trusts* localizados em regimes tributários favorecidos.

Há muitas jurisdições que aceitam a figura do *trust*, mas muitas delas, como dos Estados Unidos, Reino Unido e Austrália, são menos utilizadas em face de sua elevada carga tributária. Assim, as jurisdições mais procuradas, em função de sua carga tributária e de sua estrutura, são Ilhas Cayman, Gibraltar, Turks e Caicos e Ilhas Man.

Nos Estados Unidos e no Reino Unido, principalmente, os *trusts* são vistos como uma forma de planejamento sucessório e de proteção patrimonial, especialmente por famílias mais abastadas.

Já em jurisdições de tributação reduzida são comuns os *trusts* criados também com a finalidade de planejamento tributário, como ocorre no caso das Ilhas Cayman, por exemplo, onde são previstas três espécies de *trusts*: *trust* comum, *trust* isento e *STAR trusts* (Special Trusts Alternative Regime).

As duas primeiras espécies têm como característica comum o período de duração de 150 anos, sendo que no caso de um *STAR trust* não há previsão para o período de duração.

O *trust* isento deve ser registrado perante o Cartório de *Trusts*, que receberá periodicamente do *trustee* os documentos contábeis e outras informações. Sua principal característica reside no fato de haver, por parte do Governador da Ilhas, a garantia de isenção de qualquer tributação que porventura venha a ser criada em seu território, por um período de 50 anos após a sua criação.

No caso do *trust* comum é concedido aos respectivos beneficiários o poder para exercício de seus direitos em nome do *trust*.

Existe ainda o *STAR trust*, regime cujas principais características são:

a) Poderá ter qualquer propósito legal, não havendo sequer a exigência de que sejam indicados beneficiários.

b) Haverá a figura do *enforcer*, pessoa indicada que terá os mesmos direitos do beneficiário de um *trust* comum para mover ações em nome do *trust* e solicitar informações do *trustee* relativas à sua administração.

Ressalte-se que a “Lei de Trusts” das Ilhas Cayman reconhece a validade de *trust* ainda que o mesmo não seja reconhecido por outras jurisdições.

Contudo, como já ressaltamos, nos países não considerados "paraísos fiscais"[43], os *trusts* possuem outras aplicações mais nobres que não o planejamento tributário, sendo um valioso instrumento de planejamento sucessório e proteção patrimonial. Vimos, inclusive, que um *trust* pode ser constituído com fins caritativos, logo quando defendemos a difusão desse instituto têm-se em mente as outras finalidades que ele pode ter.

Não se pode, por conta da má utilização do *trust* em determinados casos, deixar de reconhecer um instituto que pode ser utilizado de tantas outras maneiras e que tem se apresentado tão útil dentro da atual dinâmica patrimonial.

Ademais, o que deve ser combatido não é o instituto do *trust*, mas sim a sua má-utilização por meio de estruturas que utilizem os chamados "paraísos fiscais". Cumpre lembrar, aliás, que a tendência de cerco aos chamados "paraísos fiscais" é algo que tem sido verificado em nível mundial desde 1986, quando representantes dos países-membros solicitaram à OCDE que passasse a agir contra práticas fiscais prejudiciais a investimentos e decisões financeiras.

O início desse combate deu-se com a publicação de um relatório datado de 21 de setembro de 1987, denominado *Tax Havens: measures to prevent abuse by taxpayers. International tax avoidance and evasion: four related studies*, o qual delimita e justifica a necessidade de adoção de medidas para coibir o que denomina de "abusos pelos contribuintes".

Com esse primeiro relatório, a OCDE recomendou aos países a adoção de uma legislação capaz de prevenir, detectar ou punir práticas de evasão fiscal. Ademais, sugeriu-se ainda a intensificação do intercâmbio de informações e experiências entre os países, bem como a celebração de acordos internacionais para evitar a dupla tributação.

---

[43] Professor Alberto Xavier (Direito Tributário Internacional. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 281) define paraísos fiscais como "ordenamentos fiscais que isentam certos fatos que deveriam 'normalmente' tributar, de harmonia com os princípios gerais comumente aceitos, ou os tributam a alíquota 'anormalmente' baixa – via de regra para atrair capitais estrangeiros – são considerados refúgios, oásis ou paraísos fiscais". Atualmente, entendemos não ser apropriado denominar tais jurisdições como "paraísos fiscais", pois tal expressão não reflete a amplitude de operações que nelas podem ser realizadas. Como menciona Ana Cláudia Akie Utumi (Países com tributação Favorecida no Direito Brasileiro. In: TÔRRES, Heleno Taveira (coord.). *Direito Tributário Internacional Aplicado*. São Paulo: Quartier Latin, 2003), "essas jurisdições são centros de prestação de serviços, os quais compreendem, entre outros, os serviços financeiros e os serviços fiduciários, com a administração de empresas, fundações, *trusts* e outras figuras jurídicas que existam sob cada um dos sistemas legais".

Além disso, desde o Relatório de 2000 da OCDE, foi estabelecido que as jurisdições poderiam comprometer-se a enviar informações sobre práticas tributárias desleais, sendo que aquelas que não o fizessem seriam listadas como “Paraísos Fiscais Não Cooperativos”.

Por isso, desde então muitas das jurisdições listadas têm assinado compromisso de cooperação, sendo que as poucas que não assinaram compromissos passaram a constar da lista de “Paraísos Fiscais Não Cooperativos”.

Assim sendo, podemos ver que existem meios de combater a má utilização dos *trusts*. A Itália, por exemplo, adota regras diferenciadas para *trusts* constituídos em países que não estejam na sua “lista branca”, como veremos adiante.

6 O *TRUST* E A PROPRIEDADE ROMANO-GERMÂNICA

Compreendidos a origem e os principais conceitos relacionados aos *trusts*, podemos passar efetivamente às questões relativas à sua aceitação pelos países de direito romano-germânico.

Como um dos pontos centrais que costumam ser colocados como óbice à aceitação do *trust* pelos sistemas romano-germânicos justamente é a repartição da propriedade, entendemos necessário passar à análise da propriedade do ponto de vista romanista.

Sabemos que no direito anglo-saxão a propriedade encontra-se em um amplo contexto, completamente distinto daquele que conhecemos no direito romano-germânico. Nele, um indivíduo não é o proprietário do bem, mas sim de um "*estate*", um título sobre esse bem. É marcante a forma como a História moldou a propriedade na *common law*, de sorte a existir, por princípio, somente um proprietário sobre a terra: o Rei.

Por outro lado, a noção romano-germânica de propriedade, nascida em uma conjuntura histórica totalmente diferente, assume uma feição mais restrita e inflexível, como poderemos ver. Essa inflexibilidade é um dos principais argumentos da corrente doutrinária contrária à aceitação do *trust* pelos países de tradição romanista.

Assim, o primeiro passo é entender como se formou a propriedade no direito romano, haja vista que foi com base nela que os romanistas formaram seus conceitos de propriedade.

6.1 O Direito Romano e a Origem da Propriedade

Já vimos que o sistema jurídico brasileiro tem suas raízes no Direito Romano-Germânico, assim, a noção de propriedade que adotamos é aquela originada na

Roma antiga e trabalhada ao longo do tempo pelas escolas romano-germânicas.

O Direito Romano reconhecia e protegia a propriedade, palavra esta que, aliás, vem de *dominium*, *proprietas*, isto é, um poder jurídico absoluto e exclusivo sobre uma coisa corpórea.

Em verdade, o Direito Romano consagrava duas formas de propriedade, quais sejam, (i) a quiritária, sob tutela do Direito Civil, que recaía sobre os bens imóveis dos cidadãos romanos, e (ii) a pretoriana, criada pela jurisprudência dos magistrados.

Pode-se dizer que a propriedade quiritária era coletiva, pois as famílias encontravam-se organizadas sob o *pater familias*, a quem a propriedade quiritária era transmitida de forma solene e que era exercida de forma plena, absoluta e perpétua. Posteriormente foi ainda acolhida a propriedade provincial ou bonitária, que em muito se assemelha à enfiteuse dos dias atuais, pois se baseava em concessões.

Na medida em que a figura do *pater familias* vai perdendo sua força, sobretudo após a Constituição de 212 e com o fim da imunidade dos fundos itálicos[44], desaparecem as solenidades inerentes à propriedade quiritária e as três espécies de propriedade praticamente se confundem.

É nesse momento que se consolida a idéia de que o domínio é uno e exclusivo, premissa que serviu de base para os conceitos romano-germânicos até hoje utilizados relativamente à noção propriedade.

6.2 Fundamentos da Propriedade

São várias as teorias que tratam da origem e do fundamento jurídico da propriedade, algumas totalmente ultrapassadas e outras ainda em discussão na

[44] O fim da imunidade dos fundos itálicos ocorreu em 292 com Diocleciano. É o marco do fortalecimento do Estado.

doutrina. Devemos notar que tais teorias surgiram em contextos filosóficos específicos, que ao longo do tempo foram superados.

Na raiz da questão, temos a "teoria da ocupação", a qual tenta justificar a propriedade na ocupação ou apropriação das coisas pela anterioridade: aquele que primeiro ocupasse a terra seria o proprietário. Em nosso entender, é inaceitável tal teoria para fins do presente trabalho, pois busca fundamentar um instituto jurídico com argumentos em elementos extrajurídicos[45].

De fato, o cientista do Direito opera com uma metalinguagem, isto é, a linguagem que se debruça sobre outra, no caso, a do Direito Positivo, para explicá-la, não devendo, portanto, usar como base de seu trabalho elementos estranhos à sua área de concentração. Ademais a ocupação é tão-somente um fato, que pode não ser jurídico e que não justifica a propriedade.

Temos a ainda a "Teoria da Lei" para explicar a origem da propriedade. Fortemente defendida no século XVIII, tinha como adeptos pensadores do porte de Hobbes, Mirabeau, Montesquieu e Benjamim Constant. Naturalmente essa corrente é um produto do positivismo que vigorava na época.

Segundo a "Teoria da Lei", a propriedade existiria por um ato de vontade do legislador, sendo uma concessão do Direito. Ao subordinar a propriedade a um ato de vontade, essa teoria acaba conferindo fragilidade e insegurança ao conceito de propriedade, afinal, se assim fosse, o legislador poderia conceder e suprimir a propriedade conforme lhe fosse conveniente.

Outra tentativa de explicar a origem da propriedade é a "teoria da especificação", segundo a qual o trabalho seria a origem da propriedade. Assim, para que uma coisa passe ao domínio do homem é necessária sua transformação por meio do labor.

Esta última por nós citada sem dúvida alguma tem fundamentos louváveis e caso pudesse ser aplicada seria uma ferramenta de implementação de justiça social.

---

[45] Kelsen, em sua obra *Teoria Pura do Direito*, defende que o cientista do Direito deve versar seus estudos unicamente segundo o prisma jurídico e assevera que "a ciência jurídica procura apreender seu objeto 'juridicamente', isto é, do ponto de vista do Direito" (*Teoria Pura do Direito*. 5. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 79).

Entretanto, além de não ter fundamentos jurídicos (foi formulada por economistas), coloca a propriedade sobre a coisa produzida como contraprestação ao trabalho, quando na verdade a contraprestação ao trabalho deverá ser o salário.

Um contraponto à teoria da especificação (cuja natureza é marcantemente socialista) é a "teoria da natureza humana". É nesse contexto que encontramos a obra de Adam Smith, A Riqueza das Nações, a qual enuncia que "os homens voltados para seus próprios interesses são conduzidos por uma mão invisível (...) sem saber e sem pretender isto, realizam o interesse da sociedade"[46]. Assim, a propriedade seria algo próprio da natureza do ser humano, enquanto ser racional e livre.

A "teoria da especificação", também uma teoria econômica que explica a propriedade, é, atualmente, a mais aceita nos dias atuais, inclusive pela Igreja Católica. Na doutrina jurídica hodierna, um de seus defensores é o professor Silvio Rodrigues[47], o qual pontifica que

> "[...] a Propriedade é inerente à própria natureza do homem, sendo condição de sua existência e pressuposto de sua liberdade, e pelo liame do objeto ao sujeito se manifesta uma projeção da personalidade, pois a Propriedade nada mais é senão a periferia da pessoa projetada no terreno material."

A nosso ver, a propriedade decorre da natureza humana, mas, como veremos em detalhes, esse instituto decorre das relações entre os seres humanos, das relações sociais, que, mesmo sendo livres, devem ser juridicizadas.

Por isso, embora a propriedade seja algo natural, no âmbito das relações sociais, ela há de regulada juridicamente.

Entretanto, além de conhecer a origem da propriedade, precisamos ainda entender o que ela significa para o mundo do direito, quais as relações jurídicas que dela decorrem sob o ponto de vista do jurista romano-germânico.

---

[46] SMITH, Adam. *A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas*. São Paulo: Abril Cultural, 1983.
[47] *Direito Civil: direito das coisas.* v. 5. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 81.

6.3 A Propriedade Enquanto Direito Real

Como visto, são várias as teorias sobre a origem e os fundamentos jurídicos de propriedade, mas além de tais conceitos é necessário ter em mente que a propriedade, enquanto direito real, é objeto de uma relação jurídica, da qual decorre um direito subjetivo que um determinado sujeito detém em face dos outros membros da sociedade.

Contudo, antes de analisarmos os direitos reais propriamente ditos, vamos fazer uma pequena pausa para definirmos os conceitos de relação jurídica e direito subjetivo.

Como já mencionamos no início do presente trabalho, o direito positivo regula (por meio de normas) as condutas intersubjetivas e seus elementos sempre serão dotados de caráter relacional[48].

Normas são significações obtidas a partir da leitura dos enunciados de direito positivo. A norma compõe-se de um descritor e um prescritor, também conhecidos como antecedente e conseqüente.

O antecedente de uma norma enuncia os critérios conceituais para o reconhecimento de um fato[49] e o conseqüente terá a função de prover os critérios que permitem a identificação da relação jurídica que surge. Com o prescritor é possível identificar os sujeitos da relação jurídica e seu respectivo objeto.

Verifica-se no conseqüente a regulação da conduta que deve ser observada pelo sujeito passivo e o que ocorrerá mediante a prescrição de direitos e obrigações para os sujeitos de Direito.

---

[48] Como explica o professor Lourival Vilanova "[...] o direito é relacional porque é um fato social e o fato social é internacional [...] O sistema social é um processo, um tecido cujos pontos são relações de homem a homem [...]" (*Causalidade e relação no direito.* 4. ed. Saraiva: São Paulo, 2000, p. 111).

[49] Segundo Professor Paulo de Barros Carvalho, "o antecedente das normas representará, invariavelmente: 1) uma previsão hipotética, relacionando as notas que o acontecimento social há de ter, para ser considerado fato jurídico, ou 2) a realização efetiva e concreta de um sucesso que, por ser relatado em linguagem própria, passa a configurar o fato na sua feição enunciativa peculiar" (*Curso de Direito Tributário*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 246 e 247).

Nas palavras do Professor Paulo de Barros Carvalho[50], o conseqüente "é invariavelmente, uma proposição relacional, enlaçando dois ou mais sujeitos de direito em torno de uma conduta regulada como proibida, permitida ou obrigatória".

Um acontecimento no mundo real é um evento. A partir do momento em que esse evento for relatado em linguagem, estaremos diante de um fato. Caso esse fato seja enunciado na linguagem própria do Direito, esse fato será considerado jurídico. Somente os fatos jurídicos repercutem no mundo do Direito.

Pois bem, ocorrendo um fato[51] que guarde identidade com os termos delineados na hipótese da norma, haverá a operação lógica denominada subsunção[52], instalando-se, a partir de então, uma relação jurídica, que implica a contraposição de direitos e deveres de dois pólos opostos.

Lembremo-nos das lições do Professor Paulo de Barros Carvalho[53], que versam no seguinte sentido:

> "[...] se a norma de Direito é a proposição deôntica mediante a qual se imputa uma conseqüência a um antecedente ou suposto, procuraremos demonstrar que toda conseqüência normativa é a instalação de uma relação jurídica, o que equivale a dizer que o Direito enlaça à ocorrência do fato hipoteticamente descrito, o surgimento de um vínculo jurídico entre pessoas."

Essa relação terá sempre dois sujeitos[54], um ativo e um passivo, que se encontram ligados por um objeto. Nesse contexto, o sujeito ativo tem o direito subjetivo de exigir do sujeito passivo a entrega do objeto. Entre os direitos subjetivos existentes temos o das coisas, ou direitos reais, categoria à qual pertence o direito de propriedade.

---

[50] *Direito Tributário: Fundamentos Jurídicos da Incidência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 28

[51] Entenda-se como fato aquele devidamente relatado na linguagem do Direito Positivo.

[52] A subsunção é operação lógica só se opera entre iguais, por isso devemos dizer que houve subsunção quando conceito do fato guardar absoluta identidade ao conceito da norma.

[53] *Teoria da Norma Tributária*. São Paulo: Lael, 1974, p. 45.

[54] O professor Lourival Vilanova ainda completa: "as relações jurídicas são jurídicas pelo conteúdo social da conduta e dos fatos naturais relevantes para a conduta juridicamente conformada. Mas são relações independentemente dos termos concretos que nela figuram – sujeitos-de-direitos e sujeitos-de-deveres em sentido amplo" (*Causalidade e relação no direito.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 116).

Portanto, os direitos reais são direitos subjetivos que nascem a partir do momento em que se instala uma relação jurídica cujo objeto é uma coisa. Tal relação jurídica terá um sujeito ativo determinado que tem o direito sobre a coisa.

Entretanto, cumpre mencionar que no caso dos direitos reais, o sujeito passivo é amplo e indeterminado, pois se trata de direito oponível a toda a sociedade, *i.e.*, é *erga omnes*. É o que nos explica Caio Mário da Silva Pereira[55], *in verbis*:

> "[...] No direito real existe um sujeito ativo, titular do direito, e há uma relação jurídica, que não se estabelece com a coisa, pois que esta é o objeto do direito, mas tem a faculdade de opô-la *erga omnes*, estabelecendo-se desta sorte uma relação jurídica em que é sujeito ativo o titular do direito real, e sujeito passivo a generalidade anônima dos indivíduos [...]"

Entre os direitos reais existentes, o que mais nos interessa para fins do presente estudo é o direito de propriedade. Pontes de Miranda[56] nos ensina que, "em sentido amplíssimo, propriedade é o domínio ou qualquer direito patrimonial". Entretanto, esse conceito pode e merece ser ampliado.

Sabemos que a propriedade é um direito real. Conotativamente, podemos defini-la como o direito subjetivo de utilizar, gozar e dispor da coisa. Esse conceito coincide com o Direito Romano de propriedade (*jus utendi, fruendi e abutendi*).

Assim sendo, em linha com o que já vimos, a propriedade é o direito subjetivo de utilizar, gozar e dispor que um sujeito tem sobre uma coisa, o qual é oponível a toda a sociedade. Mais uma vez, a relação jurídica se dá entre o sujeito e toda a sociedade, esses são os pólos da relação que tem por objeto a coisa.

Como ensina Washington de Barros Monteiro[57]:

> [...] o direito de usar compreende o de exigir da coisa todos os serviços que ela pode prestar, sem alterar-lhe a substância. O direito de gozar consiste em fazer frutificar a coisa e auferi-lhe os produtos. O direito de dispor, o mais importante dos três, consiste no poder de consumir a coisa, de aliená-la, de gravá-la de ônus e de submetê-la ao serviço de outrem."

---

[55] *Instituições de Direito Civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 4, p. 03.
[56] *Tratado de Direito Privado: Parte especial: Direito das Coisas: Aquisição de propriedade imobiliária*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.
[57] *Curso de direito civil*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 3 (Conteúdo: direito das coisas) De acordo com o Novo Código Civil, Lei n.10.406, de 10/01/2002.

Assim, no nosso direito, é proprietário absoluto o sujeito que reunir as três faculdades (usar, gozar e dispor), não havendo o desdobramento da propriedade.

É importantíssimo entender que, no seio dos direitos da família romano-germânica, a propriedade atrela-se à coisa. Essa característica diferencia o direito de propriedade do *property law*, no qual várias pessoas podem ter ao mesmo tempo diferentes títulos sobre a coisa.

É essa diferença entre a propriedade romano-germânica e a *property* consagrada na *common law* é a peça-chave para que se entenda a dificuldade de assimilação do *trust* pelos romanistas, como veremos adiante.

6.4 A Propriedade no Direito Brasileiro

Como já dissemos, o direito brasileiro pertence à família dos direitos romano-germânicos, logo temos a noção de propriedade atrelada ao bem a que ela se refere.

A Constituição Brasileira de 1988 trata especialmente do direito de propriedade, trazendo uma série de dispositivos relacionados à matéria.

No Brasil, portanto, além de a propriedade ser uma questão de natureza civilista, ela ainda é uma questão de ordem constitucional, por isso, as normas de direito civil hão de ser interpretadas à luz da Carta Magna.

O artigo 5º da Constituição nos traz três incisos específicos sobre a propriedade, determinando que

> "XXII - é garantido o direito de propriedade;
>
> XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;
>
> XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;"

Nesse contexto é garantido o direito de propriedade, ou seja, se usar, gozar e dispor de um bem, contudo esse direito sofre limitações, que restringem seu caráter absoluto.

O Direito brasileiro não nega sua tradição romanista no que se refere à noção de direito de propriedade, o qual é consagrado no artigo 1231 do Código Civil, segundo o qual “a propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário”.

O Código Civil ainda dispõe em seu artigo 1228 que “o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou a detenha.”

Destarte, a propriedade no seio do Direito Brasileiro tem o caráter absoluto e indivisível, podendo o proprietário livremente usar, gozar e dispor da coisa.

Porém, como veremos em detalhe nos próximos capítulos, o Novo Código Civil também consagrou uma segunda espécie de propriedade, a fiduciária. O artigo 1361 explica o conceito de propriedade, definindo como tal “a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor”.

Sem dúvida, a positivação da propriedade fiduciária representa um grande avanço para a implementação de uma série de negócios fiduciários no país, bem como para abrir a mentalidade do legislador no sentido de assimilação do *trust*.

Contudo, temos que advertir que a propriedade fiduciária não é equivalente, nem sequer similar à *property* encontrada na *common law*. Veremos adiante que, mesmo nos negócios fiduciários aceitos no Brasil e em outros países romanistas, não há bipartição da propriedade, por isso, tais negócios não podem ser equiparados a *trusts*.

6.5 A Propriedade Romano-Germânica e o *Trust*

A propriedade na ótica do Direito Romano, como vimos, é una e para que alguém seja considerado proprietário de um bem deverá cumulativamente ter as faculdades de uso, gozo e disposição.

Tal conceito, assim como outros consagrados pelos romanos, foi revigorado pelos cientistas do direito da Europa continental pós Idade Média, tanto que o mesmo veio, posteriormente, a ser consagrado no Código Civil francês de 1804 – Código Napoleônico, o qual garantia "o direito de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta, desde que delas não se faça uso proibido pelas leis e regulamentos".

O direito de propriedade em nosso Direito é absoluto e exclusivo. Não se admite que duas ou mais pessoas possam exercer os direitos de proprietário sobre o mesmo bem. Trata-se de um direito subjetivo, que somente pode ser exercido por um sujeito. Entretanto, devemos entender que a exclusividade não impede o desmembramento de parcelas da propriedade.

Essas características da propriedade foram expressamente acolhidas pelo Código Civil brasileiro de 2002, que em seu artigo 1231, já mencionado, prevê que a propriedade é presumidamente exclusiva, salvo prova em contrário.

Por outro lado, tem o *trust* uma figura nascida no seio da *common law* e que, portanto, foge aos conceitos de direito de propriedade consagrados pelos romanistas.

Sabemos que o *trust* apresenta três figuras: o *settlor*, o *trustee* e o beneficiário. O *settlor*, proprietário original dos bens, os transfere para o *trustee* para que este os administre em favor de um beneficiário.

O bem deixa dos domínios do *settlor*, mas passa a constituir um patrimônio apartado. O *trustee* não é seu proprietário pleno, pois não tem liberdade absoluta para dispor sobre os bens. O *trustee* tem apenas um título ou interesse sobre a coisa, o *legal title*, o que lhe garante a posse e alguns direitos.

Por outro lado, o beneficiário, enquanto vigora o *trust*, não recebe os bens, podendo, quando muito, perceber seus frutos, dependendo do que for previsto no termo de constituição do *trust*. O beneficiário recebe o *equitable* ou *beneficial title* sobre a coisa, não tendo, portanto, a posse.

Essa situação é possível no Direito Inglês e Norte-Americano, pois os mesmos, como ressaltamos, não derivam do Direito Romano, mas sim da *common law*. Analisando as origens da propriedade no âmbito anglo-saxão, verificamos que, em verdade, o único sujeito capaz de concentrar todos os atributos da propriedade era o rei.

Assim, qualquer pessoa que não o Rei não é considerada pleno proprietária de um bem. Essa pessoa exerce interesses sobre um determinado bem, que são os e*states*, sendo que o próprio *trust* pode ser considerado um *estate*.

Como se percebe, a estrutura do *trust* envolve a bipartição da propriedade (*dual ownership*), o que se distancia dos fundamentos da propriedade segundo o direito romano-germânico.

Tal incompatibilidade gera um grande entrave à assimilação do *trust* pelos países de direito romano-germânico, contudo já dissemos várias vezes que a dinâmica das relações sociais e negociais não se prende ao direito, pelo contrário, ela muitas vezes transborda as fronteiras jurídicas, criando novas situações que acabam sendo posteriormente tuteladas juridicamente.

Sem dúvida alguma, esse é o movimento a que tende o *trust*. Como veremos no próximo capítulo, alguns países de tradição romanista se mostraram preocupados em tutelar juridicamente situações de fato que envolviam *trusts* e o fizeram por meio da adoção de normas que possibilitassem sua aceitação.

7 A CONVENÇÃO DE HAIA E A ADOÇÃO DOS *TRUSTS* POR PARTE DOS PAÍSES DE TRADIÇÃO ROMANISTA

Como vimos, o *trust* é um instituto que tem seu berço na *common law* e suas premissas são incompatíveis com os institutos de direito civil oriundos do Direito Romano. A principal dificuldade, como vimos, reside na noção de propriedade.

O conceito de propriedade que deriva do Direito Romano baseia-se na unidade e na indivisibilidade e para que um sujeito detenha o direito real de propriedade sobre um bem deverá cumulativamente ter as faculdades de uso, gozo e disposição.

O *trust*, como produto da *common law*, apresenta a possibilidade de divisão da propriedade sobre o bem. No momento de sua constituição, o *settlor* deixa de ser o proprietário do bem, criando-se um patrimônio de afetação.

O *trustee* não é proprietário pleno, pois não tem liberdade para dispor sobre os bens como lhe convier e o beneficiário não os recebe; temos portanto um patrimônio apartado.

Entretanto, ainda que se trate de uma figura estranha ao Direito Romano-Germânico, existe uma necessidade de que os países cujo Direito Civil dele deriva reconheçam de alguma forma *trust*, haja vista as necessidades negociais geradas no contexto de globalização em que vivemos atualmente.

É comum, por exemplo, cidadãos residentes no Brasil que, por serem detentores de bens localizados em outras jurisdições, acabam realizando negócios jurídicos estranhos ao nosso Direito, situação que, sem dúvida, pode ocasionar sérios conflitos de natureza jurídica.

Alguns países, em vez de ignorar tal situação (tal como faz o Brasil), buscaram a solução nas normas de Direito Internacional Privado.

Assim, antes de analisarmos tais soluções, entendemos necessário esclarecer o papel que o Direito Internacional Privado exerce em casos como esse.

7.1 O Direito Internacional Privado

O Direito Internacional Privado, como ensina o Professor Alberto Xavier[58], tem por objeto:

> "solução dos conflitos de leis, através da remissão para leis estrangeiras, aplicáveis e executáveis, como tais, em paridade com as leis do foro, pelos órgãos nacionais de aplicação do direito; o reconhecimento automático de sentenças estrangeiras ou de atos de direito público estrangeiro em matéria privada."

Portanto, vemos que o Direito Internacional Privado tem por objeto a solução de conflitos por meio da escolha de qual sistema jurídico deverá tutelar relações jurídicas de direito privado que envolvam elementos transnacionais.

Nesse contexto, o sistema jurídico a ser escolhido poderá ser nacional ou estrangeiro e sua aplicação tornará nacional um fato internacional.

O Direito Internacional Privado encontra-se positivado em incontáveis normas, haja vista que nasce na verdade nas normas de direito interno[59]. Essa enorme quantidade de normas leva invariavelmente à necessidade de uniformização e harmonização dessas regras, para sua melhor aplicação.

Podemos afirmar como marco da codificação das regras do Direito Internacional Privado o Código de Napoleão (1804), no século XIX, que estabeleceu regras sobre a aplicação das leis no espaço.

---

[58] *Direito Tributário Internacional do Brasil: Tributação das Operações Internacionais.* Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 9.

[59] Refutamos a clássica denominação "fontes do direito", por seguirmos a teoria de Paulo de Barros Carvalho relativa à matéria, nesse sentido, as normas não seriam fontes do direito.

7.1.1 A uniformização e a harmonização do Direito Internacional Privado

Vimos que o Direito Internacional Privado busca perquirir qual sistema jurídico é aplicável a uma relação jurídica gravada por elementos de estraneidade.

No caso de existirem normas jurídicas idênticas, vigentes em mais de um Estado, que tenham por objeto designar o direito aplicável a uma relação, podemos afirmar que se trata de um Direito Internacional Privado Uniforme.

Não é possível criar um Direito Internacional Privado uniforme universal, por isso têm sido criadas ao longo do tempo normas de caráter complementar, específicas e imediatas, que se aplicam diretamente a determinadas relações ou determinados fatos jurídicos, são as normas substantivas ou materiais.

O direito uniforme substantivo tem aplicação direta a determinadas relações jurídicas sem que haja a necessidade da interposição de normas de Direito Internacional Privado, é o caso dos tratados e convenções internacionais.

Nesse contexto, as normas de Direito Internacional Privado poderão atuar em complementação aos tratados.

Atualmente, diversas organizações trabalham para a harmonização dessas normas, entre elas a Conferência de Haia, da qual passaremos a tratar.

7.2 A Conferência de Haia e a Unificação do Direito Privado

A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado (HccH) tem sua origem em 1893, tornando-se permanente em 1955 com a promulgação de seu estatuto. Desde 1955, vem reunindo mais de 60 países membros, contando ainda com a participação de outros países observadores.

Trata-se de uma organização intergovernamental que, conforme preceitua o art. 1º de seu Estatuto[60], "tem como objetivo trabalhar para a unificação progressiva das regras de direito internacional privado".

Como produto dos trabalhos da HccH temos cerca de 30 convenções internacionais, sendo que aproximadamente 20 delas encontram-se em vigor nos dias atuais. São diversos os temas tratados, mas o foco principal das convenções relaciona-se sempre às normas de conflitos de leis.

Podemos citar como exemplos de frutos dos trabalhos da HccH regras que harmonizam a legislação em matéria de lei aplicável às obrigações alimentares, aos acidentes rodoviários, à responsabilidade pelos produtos, ao rapto de menores, aos regimes matrimoniais ou ainda às sucessões. O Brasil, embora seja membro da HccH, somente ratificou duas convenções: Adoção Internacional e Aspectos Civis do Seqüestro de Menores.

Uma importante questão objeto da HccH foi o reconhecimento do *trust* por parte dos países cujo direito não tem origem na *common law*, como se percebe, neles buscou-se mais do que a simples harmonização, mas sim eliminar as barreiras existentes entre a *common law* e o direito romano-germânico que impediriam tal reconhecimento.

Para esse fim, reuniram-se em conferência, no ano de 1980, estudiosos da Alemanha, Argentina, Austrália, Áustria, Canadá, Dinamarca, Espanha, Estados Unidos, França, Grécia, Irlanda, Israel, Itália, Japão, Luxemburgo, Países Baixos, Portugal, Reino Unido, Suíça e Venezuela, bem como observadores diversos.

Como produto desses trabalhos foi redigida a "Convenção sobre a lei aplicável ao *trust* e ao seu reconhecimento" (assinatura em 1 de Julho de 1985, entrada em vigor em 1 de Janeiro de 1992), à qual nos referiremos adiante tão-somente como "Convenção".

Essa Convenção em particular distingue-se das demais na medida em que não visa a dirimir conflitos de lei, mas criar regras sobre o *trust*, que permitam a qualquer país, ainda que tenha seu direito não originado na *common law*,

[60] Promulgado no Brasil pelo Decreto nº 3.832, de 1º de junho de 2001.

reconhecer esse instituto. O próprio relatório explicativo da Convenção de Haia define como seu objetivo a construção de "pontes" entre a *common law* e o direito romano-germânico[61].

Como nos explica Christoph Fabian[62]:

> "A Convenção preocupa-se, em primeiro lugar, com o reconhecimento de uma relação de *trust* na área de direito internacional privado pelos Estados cujo sistema jurídico não reconhece o instituto do *trust*, Estes são, por grande parte, os Estados pertencentes ao direito continental. O efeito é, então, o reconhecimento de um *trust* criado em outro estado como direito material. A Convenção não contém direito uniforme. O juiz aplica o *trust* proveniente de um outro Estado diretamente e na forma como ele existe. Portanto a Convenção de Haia rompe com o método de assimilar uma instituição desconhecida."

Como veremos, a Convenção, em seu artigo 2.1, conceitua o *trust*, para fins da Convenção, como uma relação jurídica criada inter vivos ou *causa mortis*, por meio do qual um indivíduo (o *settlor*) coloca seus bens sob o controle de um *trustee* em prol de um beneficiário ou para um propósito específico.

No âmbito da Convenção, é considerado o *trust* o negócio que tenha obrigatoriamente as seguintes características:

(i) os bens constituem um fundo em separado em não fazem parte do patrimônio do *trustee*;

(ii) a titularidade dos bens do *trust* fica em nome do *trustee* ou de alguém nomeado por ele;

(ii) o *trustee* tem a capacidade e a obrigação de usar ou de se desfazer dos bens, conforme o *trust* e os encargos especiais lhe impostos pela lei.

---

[61] "La presente Convention veut réguler une institution, le *trust*, connue de certains Etats membres de la Conferénce, le plus souvent Etats de *common law*, mais qu´ignorent la plupart des Etats de civil law, Membres de la Conférence. En cela, elle diffère essentiellement des autres Conventions de la Haye, qui réglent, sur le plan des conflits de lois, conflits de juridctions ou de la reconnaissance er de l' exécution des decisions, des institutions, telles que l' adoption, le divorce, le contrat de vente ou les obligations alimentaires, régies certes par des régles de droit international privé divergentes dans les divers Etats, mais connues pastout. Si certaines de ces Conventions visaient à reconcilier lês pays à principe de nationalité et les pays à principe de domicile, la presente Convention est plus particulièrment destinée à jeter des ponts entre pays de *common law* et pays de civil law."

[62] *Fidúcia. Negócios Fiduciários e Relações Externas.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007

Pelo artigo 11 da Convenção de Haia são determinadas outras condições para que um *trust* seja reconhecido. Nesses termos, para o reconhecimento deverá ser constituído um patrimônio em separado e deverão ser cuidadosamente delimitados os direitos e deveres do *trustee*, que terá reconhecida sua capacidade para agir perante tabeliães e quaisquer outras autoridades em nome do *trust*.

Como decorrência da criação de um patrimônio em separado, os bens do *trust* não se misturam ao patrimônio do *trustee*, mantendo-se protegidos contra eventuais débitos do *trustee*, ainda que decorrentes de falência ou insolvência.

Os bens do *trust* também se mantêm resguardados contra direitos de indivíduos que venham a ser sucessores inter vivos ou *causa mortis* do *trustee*.

Ademais, caso o *trustee* deixe de cumprir os encargos que lhe foram imputados (*breach of trust*) na criação do *trusts*, os bens que estão sob sua guarda poderão ser recuperados.

É importante mencionar que o *trust* criado nos moldes da Convenção de Haia não corresponde exatamente ao modelo clássico de *trust*, qual seja o anglo-saxão, haja vista que a Convenção não seria aceita pelos países romano-germânicos se permitisse tanta flexibilidade.

Assim, sempre que falarmos em um país que passou a aceitar o *trust* por conta da ratificação da Convenção de Haia, deveremos ter em mente que está havendo o reconhecimento do chamado "*trust* convencional", *i.e.*, daquele *trust* que reúna todos os requisitos mencionados na Convenção. Por conta disso, os países que ratificam a Convenção não são obrigados a reconhecer outras formas de *trust* que não o convencional.

7.2.1 Estrutura da Convenção

Basicamente, a Convenção divide-se em cinco capítulos.

O primeiro deles relaciona-se à sua delimitação de escopo, identificando os sujeitos, definindo o objeto e suas premissas de aplicação.

O segundo capítulo trata da relação entre os sujeitos, do escopo da lei que rege o *trust* e da possibilidade de submeter alguns elementos do *trust* a uma outra norma.

O reconhecimento do *trust* é tratado no terceiro capítulo, no qual se apresentam os requisitos mínimos para tal e outros dispositivos, inclusive de caráter prático ligados à matéria.

As disposições gerais da matéria encontram-se dispostas no capítulo 4º e as disposições finais no capítulo 5º.

Vejamos a seguir os principais pontos da Convenção.

7.2.2 Análise da Convenção

Vimos que a Convenção tem por objetivo criar um modelo de *trust* seguro passível de aceitação até mesmo pelos países de tradição romanista. Para tanto, foram criados alguns requisitos e estabelecidos alguns parâmetros que tornassem o *trust* convencional admissível, qualquer que fosse o ordenamento jurídico.

Veremos isso com a análise dos dispositivos considerados mais relevantes na Convenção, especialmente sob a ótica dos países cujo direito não reconhece automaticamente o *trust*.

(i) Artigo 2º – O artigo em questão delimita o conceito de *trust* para fins da Convenção. Dessa forma, no âmbito em comento o *trust* será uma "[...] relação jurídica criada, inter vivos ou *causa mortis*, por uma pessoa, o *settlor*, na qual os

bens são colocados sob o controle de um *trustee* em benefício de um beneficiário ou para um propósito específico"[63].

É importante ressaltar que o artigo 2º prevê que os bens devem passar ao **controle** de um *trustee*. Entretanto, note-se que em nenhum momento o comando legal determina a mudança de propriedade em favor do *trustee* ou do beneficiário, o que entendemos estar correto, haja vista que isso conflitaria com as normas do direito civil e seria a primeira barreira à harmonização pretendida.

Como se percebe, o artigo 2º esquivou-se de adentrar nas questões dos conceitos de propriedade no âmbito das duas famílias jurídicas, haja visto que isso criaria uma discussão tão profunda que impediria o avanço da própria Convenção.

Ainda complementa que o *trust* terá a seguintes características[64]:

a) os bens constituem um fundo separado e não fazem parte do patrimônio do *trustee*.

b) a posse dos bens do *trust* permanece em nome do *trustee* ou de qualquer pessoa agindo por conta e ordem do *trustee*;

c) o *trustee* tem o poder e o dever, em razão do que lhe foi nomeado, de administrar, empregar ou desfazer-se dos bens conforme os termos do *trust* e das obrigações que lhe foram impostas pela lei. A reserva por parte do *settlor* 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*.

Como se percebe, fica reforçada a idéia de que o *trustee* não é o proprietário dos bens, os quais constituem um patrimônio em apartado, sobre o qual o *trustee*

---

[63] "The legal relationship 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."

[64] "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*."

detém meramente a posse e o dever de administração. Ademais, os poderes do *trustee* sobre os bens são taxativamente delimitados no instrumento de *trust*.

(ii) Artigo 3º – Vimos anteriormente que a *common law*, por sua flexibilidade, aceita inúmeras formas de *trust*, mesmo aqueles que não tenham sido constituídos expressamente. Contudo, como já dissemos, o direito romanista, por conta de sua tradição, não poderia albergar tanta flexibilidade, por isso o artigo 3º da Convenção prevê que somente serão reconhecidos os *trusts* expressos e voluntários, não sendo portanto admitidos *trusts* criados oralmente ou mesmo por força de uma ordem judicial.

(iii) Artigo 6º – Possibilita ao *settlor* escolher a lei aplicável ao documento inter vivos ou testamentário, consagrando a autonomia da vontade das partes.

É importante mencionar que a lei escolhida pelo *settlor* poderá ser desconsiderada caso não haja elemento de conexão para a escolha da lei. Ou seja, o *settlor* não pode escolher uma lei somente porque lhe é mais favorável, mas deverá haver algum elemento de conexão que proveja embasamento a essa escolha.

Assim, o residente de um determinado país que não possui regulamentação sobre o *trust* (por exemplo Itália) poderá constituir um *trust* regulamentado pela lei de outro (por exemplo, Inglaterra), desde que haja um elemento de conexão entre esse *settlor* e o país escolhido.

A Convenção não poderia abrir a possibilidade para que o *trust* fosse utilizado de forma indevida por meio da utilização de uma jurisdição estranha ao negócio com o único fim de obter tratamento legal mais favorável, ou seja, evitando uma espécie de *treaty shopping*[65] para *trusts*.

---

[65] O *treaty shopping* é uma das formas de planejamento tributário mediante abuso de tratados internacionais, abuso esse que se dá mediante a manipulação de elementos de conexão subjetivos. Basicamente, a manipulação ocorre quando um residente de um terceiro estado que não é parte contratante constitui uma pessoa jurídica em um estado contratante de um tratado internacional para evitar dupla tributação de sorte a obter as vantagens nele previstas.
Referido procedimento é considerado abusivo primeiro porque o efetivo beneficiário é um residente em um Estado que não é contratante, o que desrespeita o princípio da reciprocidade que rege os tratados, bem como desconsidera os sacrifícios e concessões a que os Estados contratantes se sujeitaram a fim de que se pudesse consumar a celebração dos tratados. Ademais, cada Estado contratante, ao celebrar os acordos, visa a eliminar a dupla tributação, e por isso pressupõe que o

(iv) Artigo 7º – Na esteira do artigo anterior, mantém a necessidade de existência de elementos de conexão entre a operação e a sua lei de regência para que se evitem abusos na escolha do foro aplicável ao *trust*. Nesse contexto, são apontados os fatores objetivos que podem ser considerados como elemento de conexão caso nenhum ordenamento jurídico tenha sido eleito:

a) o local em que o *trust* é administrado;

b) o local onde se encontram os bens;

c) o local de residência do *trustee*;

d) o local de celebração do contrato.

Dos elementos retromencionados, o que pode causar maior problemática é o que se refere ao local dos bens. No caso de bens imóveis, é usual o emprego da *lex situs* para dirimir conflitos, entretanto, quando se trata de bens móveis, a questão pode se tornar controvertida, pois nada obsta que os bens sejam removidos de um lugar para outro ao longo do tempo.

No exemplo anterior, um residente na Itália poderá constituir um *trust* regulado pela lei inglesa se um dos elementos de conexão retromencionados estiver presente.

(v) Artigo 8º – Os artigos 6º e 7º definiram os critérios para escolha do ordenamento jurídico de regência do *trust*, já o artigo 8º define a abrangência dessa lei.

Assim caberá à lei de regência regulamentar os aspectos relativos à forma e à substância do *trust*, como validade, efeitos, constituição e administração.

---

aspecto material da obrigação tributária esteja em um dos estados contratantes, e não que este lucro esteja sendo transferido a um residente de um terceiro estado. As sociedades que visam à redução da carga tributária mediante o treaty shopping podem estabelecer sociedades em quaisquer países, desde que os mesmos mantenham acordos, contudo, os paraísos fiscais podem fazer parte integrante desse cenário. À medida que a utilização desse instituto se intensificou, aumentou a preocupação de muitos países e de organismos internacionais como a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Cumpre mencionar que o treaty shopping pode ser considerado como elisão fiscal, tendo em vista que a redução do ônus tributário se operará de forma lícita (ainda que abusiva), será ainda considerada subjetiva, tendo em vista que o elemento de conexão manipulado é o subjetivo (domicílio do contribuinte).

O artigo 8º apresenta um rol, que entendemos exemplificativo, de itens que devem ser normatizados pela lei de regência do *trust*:

a) a indicação, a renúncia e a remoção de *trustee*s, a capacidade de agir como *trustee* e a transmissão da função de *trustee*;

b) os direitos e deveres entre *trustee*s;

c) o direito de o *trustee* delegar, no todo ou em parte, seus direitos e obrigações;

d) o poder do *trustee* de administrar ou desfazer-se de bens do *trust*, constituir garantias imobiliárias ou adquirir novos bens;

e) os poderes de investimento dos *trustee*s;

f) restrições acerca da duração do *trust* e os poderes para acumular a renda do *trust*;

g) as relações entre *trustee*s e beneficiários, incluindo a responsabilidade pessoal do *trustee* em relação aos beneficiários;

h) as formas de encerramento do *trust*.

i) a distribuição dos bens do *trust*;

j) o dever do *trustee* de prestar contas a respeito de sua administração;

(vi) Artigo 9º e Artigo 10 – Estes artigos tratam da possibilidade de submeter elementos de um mesmo *trust* a diferentes legislações, especialmente no que tange a sua administração[66]. Essa possibilidade de fragmentação da disciplina legal será determinada pela lei que confere validade ao *trust*.

(vi) Artigo 11 – Trata-se de um dos mais importantes artigos da Convenção, haja vista tratar dos requisitos mínimos para o reconhecimento de um *trust*.

[66] Usa-se freqüentemente o termo francês *dèpeçage* para tratar da possibilidade de fragmentação da disciplina jurídica aplicável ao trust.

Neste sentido, um *trust* que se encontre em conformidade com a lei será reconhecido desde que preencha determinadas condições, quais sejam:

a) que os bens constituam um patrimônio em separado;

b) que o *trustee* possa processar e ser processado conforme sua capacidade;

c) que o *trustee* possa se apresentar a notário ou semelhante.

Como conseqüência do reconhecimento do *trust* verificar-se-á que:

a) as dívidas pessoais do *trustee* não recairão sobre os bens do *trust*;

b) os bens do *trust* não comporão o patrimônio do *trustee* no caso de insolvência ou falência;

c) os bens do *trust* não farão parte do patrimônio matrimonial do *trustee* nem serão transmitidos por sucessão em caso de seu falecimento.

d) os bens do *trust* poderão ser recuperados se o *trustee* vender esses bens ou incorporá-lo ao seu patrimônio pessoal.

Entendemos que esse artigo da Convenção dirime qualquer dúvida que poderia existir até então relativamente à transmissão da propriedade. Torna-se inequívoco que os bens do *trust* não se comunicam com o patrimônio pessoal do *trustee* e sim constituem um patrimônio em separado.

A segregação patrimonial é um elemento vital ao reconhecimento do *trust* convencional.

O *trustee* não tem direito de usar, gozar e dispor livremente de um patrimônio que não é seu, razão pela qual não lhe assiste o direito real de propriedade. Ademais, os bens que lhe foram confiados por conta do instrumento de *trust* não podem ser atingidos por credores do *trustee*.

(vii) Artigo 12 – Trata-se de um dispositivo com finalidade eminentemente prática, mas que também elimina um dos óbices que constantemente são colocados à aceitação do *trust* por países romanistas, que é a publicidade.

Tal artigo busca resolver o problema do registro dos bens em países que não reconhecem o *trust*.

Uma vez que a Convenção não pode obrigar países que não aceitam o *trust* a modificar seu sistema notarial, o artigo 12 prevê que o *trust* será registrado de forma diferenciada, respeitando a legislação de cada país.

Nesses termos, caso a legislação local permita, o *trustee* pode ser identificado perante os órgãos responsáveis pelo registro de imóveis.

(vii) Artigo 13 – Sem dúvida, é um dos artigos mais importantes da Convenção de Haia. Temos nesse particular uma cláusula que, embora possa ser utilizada por qualquer um, beneficia em especial os países cujo direito não reconhece o *trust*.

Nos termos do artigo 13 é permitido aos países que não possuem *trust* recusar o reconhecimento cujos principais elementos tenham conexão com países que não reconhecem o *trust*. Ressalte-se que se excetuam os seguintes elementos de conexão: (a) lei aplicável, (b) local de administração do *trust* e residência habitual do *trustee*.

Assim, os tribunais de um determinado estado de direito romanista poderão recusar o reconhecimento de um *trust* entendido como puramente interno ao seu respectivo país.

(viii) Artigo 14 – Este artigo deixa claro que a Convenção, embora crie regras para reconhecimento do *trust*, não poderá obstar a aplicação de regras que sejam mais favoráveis a esse objetivo.

Este artigo denota o espírito da convenção, qual seja, favorecer ao máximo o reconhecimento do *trust* por qualquer que seja o ordenamento que rege o país signatário. Entretanto, nada obsta que os Estados, se desejarem, utilizem outras leis que sejam mais favoráveis ao atendimento dessa meta.

Trata-se, portanto, de uma opção que pode ser exercida na medida em que não venha a ofender a legislação de cada país. Veremos adiante que alguns países,

não obstante terem acolhido as regras da Convenção, criaram normas internas favorecendo o reconhecimento do *trust*.

(ix) Artigo 15 – A Convenção não proíbe a aplicação das regras de solução de conflitos relativas a outras matérias, sobretudo:

a) a proteção de menores ou incapazes;

b) os efeitos pessoais e patrimoniais do matrimônio;

c) os direitos de sucessão, em especial quanto às heranças necessárias;

d) a transmissão e o domínio das garantias reais;

e) a proteção dos credores em caso de insolvência;

f) a proteção, em outros sentidos, aos terceiros de boa-fé.

Caso não seja possível o reconhecimento do *trust* em função disso, o tribunal deverá decidir a forma de concretização dos objetivos iniciais da transação.

Fica claro, portanto, que a Convenção não acolhe a criação de *trusts* com a finalidade de prejudicar os direitos retromencionados, por exemplo, os direitos hereditários ou a proteção de menores.

(xi) Artigo 19 – Prevê que a lei não prejudicará a competência dos estados em matéria tributária, ou que demonstra que a finalidade do *trust* não de ser a evasão fiscal e que os Estados que o reconhecerem não terão prejudicadas suas pretensões tributárias. Como se percebe, a Convenção claramente retira de seu escopo as questões de ordem tributária, as quais deverão ser tratadas conforme as leis internas de cada país.

Neste contexto, explica-nos o professor Heleno Tôrres[67]:

> "Em matéria tributária, o art. 19 da *Convention on the law applicable to trusts and on their recognition* prevê apenas que 'a convenção não prejudicará a competência dos Estados em matéria fiscal'. Supondo-se um *trust* que possua bens ou obtenha rendimentos no território de um país estrangeiro em relação ao da sua residência, este sujeitar-se-á aos tributos exigidos por

[67] *Direito Tributário Internacional: planejamento tributário e operações transnacionais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 107.

> este país; e, caso o *trust* tenha sua sede localizada em países de tributação favorecida, suportará os efeitos da inversão do ônus da prova e poderá sofrer a aplicação de alíquotas majoradas de retenção na fonte sobre os ganhos ou rendimentos percebidos."

Como se percebe, o *trust* não poderá ser utilizado com a finalidade de evasão tributária, podendo os países signatários da Convenção de Haia adotar medidas que evitem essa redução tais como a inversão do ônus e a atração da tributação para o país de residência do *settlor*.

Analisando, portanto, os principais artigos da Convenção verificamos que ela, de fato, não elimina as barreiras entre a *common law* e o direito romanista, mas por outro lado cria um modelo seguro de *trust*, que não se mostra incompatível com os principais fundamentos do direito romanista.

Muitas das questões que costumavam ser levantadas como impedimento à adoção do *trust*, por exemplo, a utilização para fins de evasão fiscal e a publicidade do *trust*, são tratadas na Convenção.

Ademais, sempre é bom relembrar que a Convenção não obriga os países signatários a reconhecer determinados *trusts*, mas sim lhes confere a faculdade de reconhecê-los, desde que cumpridos os requisitos por ela colocados.

Diante das grandes oportunidades abertas pela Convenção em matéria de *trust*, alguns países de tradição romanista aderiram a ela, passando, portanto, a ter a possibilidade de reconhecer e tutelar em seus ordenamentos internos os *trusts* constituídos nos moldes da Convenção. Entre tais países, a Itália assumiu uma posição pioneira, como veremos a seguir.

7.3 A Itália e o Reconhecimento do *Trust*

Já dissemos que o *trust* é uma figura que se originou na *common law*, sendo estranho aos países de direito romanista. Entretanto, a crescente utilização do *trust*

levou alguns desses Estados a ratificar a “Convenção de Haia sobre o Reconhecimento dos *Trusts*.”

Dentre os Estados que ratificaram a Convenção vamos destacar primeiramente a Itália, país de tradição romanista, onde a possibilidade de aceitação do *trust* levou a um intenso debate doutrinário.

A doutrina internacionalista italiana manteve-se reticente quanto à escolha de uma convenção internacional para regular o reconhecimento na Itália dos chamados “*trust* internos”, isto é, aqueles cujos elementos (ou a maioria deles) apresentam conexão coma Itália.

Em 1989, a Lei 364/89 introduziu no direito italiano a Convenção de Haia, entretanto até hoje não existe nesse país nenhuma norma específica acerca da constituição e do reconhecimento do *trust* na Itália. Logo se questionou: a Convenção de Haia, ainda que ratificada, seria por si só, lei substantiva suficiente para permitir o reconhecimento dos *trust* pela Itália?

A Itália não tem lei interna regulamentando *trust*, entretanto, o primeiro ponto de questionamento seria acerca de a ratificação da Convenção de Haia implicar na obrigatoriedade de reconhecimento de *trusts* constituídos nos moldes da Convenção (*trusts* convencionais, ou como denominados pelos doutrinadores daquele país, *trusts* internos).

Após longos debates prevaleceu o argumento de que, segundo a Convenção, o país signatário, no caso em tela a Itália, tem o direito (não a obrigação) de reconhecer um *trust* constituído em outra jurisdição como se nele tivesse sido originado, desde que apresente ao menos um elemento de conexão com o local e não contrarie a ordem interna. Assim, uma vez que não existe a obrigatoriedade, mas sim a faculdade de reconhecimento, o qual poderá não ocorrer no caso de afronta ao direito interno, a Convenção seria aplicável sem a necessidade de uma lei interna para introduzi-la.

Ainda, poderia, por exemplo, um residente na Itália, constituir nesse país um *trust* regido pela legislação inglesa, tendo em vista que os bens se situam na Inglaterra?

A questão dos *trusts* domésticos gerou acalorados debates na doutrina e nos tribunais italianos.

Outro argumento contrário à aceitação do *trust* baseia-se na alegação de os *trust* domésticos (isto é, constituído em outro país e aceito na Itália a partir dos moldes preconizados na Convenção) não se enquadrariam no escopo da Convenção, pois toda e qualquer convenção de direito internacional privado necessita de elementos transnacionais para que possa se aplicada e que a mera "escolha da lei aplicável, local de administração e residência habitual do *trustee*" prevista no artigo 13 da Convenção não seriam elementos suficientes à transnacionalidade.

Os partidários dessa corrente admitem como exceção a essa regra da transnacionalidade a Convenção de Roma[68] relacionada aos conflitos de lei em matéria de contratos. Teoricamente, a diferença seria que a Convenção de Roma dispõe expressamente que:

> "A escolha pelas partes de uma lei estrangeira, acompanhada ou não da escolha de um tribunal estrangeiro, não pode, sempre que todos os outros elementos da situação se localizem num único país no momento dessa escolha, prejudicar a aplicação das disposições não derrogáveis por acordo, nos termos da lei desse país, e que a seguir se denominam por 'disposições imperativas.[69]"

Tal dispositivo permitiria as partes escolherem a legislação de uma jurisdição estrangeira para reger um contrato cujo objeto se localiza durante todo tempo em um a única jurisdição.

Assim, a Convenção de Roma se aplicaria a situações puramente internas, pois teria cláusula expressa nesse sentido, permitindo a escolha de uma lei estrangeira ainda que todos os elementos de conexão se localizem em um único país.

---

[68] A Convenção sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais, aberta à assinatura em Roma em 19 de junho de 1980, tem o escopo de estabelecer regras uniformes relativamente à lei aplicável às obrigações contratuais e vigora entre os Estados da União Européia signatários.

[69] "The fact that the parties have chosen a foreign law, whether or not accompanied by the choice of a foreign tribunal, shall not, where all the other elements relevant to the situation at the time of the choice are connected with one country only, prejudice the application of rules of the law of that country which cannot be derogated from by contract".

Essa interpretação deriva da análise conjunta do artigo 3.3 com o 1.1., o qual prevê que "o disposto na presente Convenção é aplicável às obrigações contratuais nas situações que impliquem um conflito de leis"[70]. A interpretação desses dois dispositivos levaria à conclusão de que a Convenção de Roma sempre aplicável em casos de contratos internos.

Logo, se a Convenção de Roma somente se aplicaria a casos internos por disposição expressa, chegou-se à conclusão que a Convenção de Haia e as demais convenções de direito privado uniforme, por ausência de tal disposição, não seriam aplicáveis aos casos considerados puramente internos.

Como conclusão, não sendo a Convenção de Haia aplicável aos casos internos, os *trusts* internos não poderiam ser aceitos na Itália, pois não haveria nenhuma outra regra os reconhecendo.

Esse argumento também foi superado, pois a Convenção de Haia dispõe de forma clara que ela se aplica aos casos de *trusts* internos. Ademais, não existe nenhum artigo ao longo de toda a Convenção que restrinja a sua aplicação, pelo contrário, o artigo 13 é bem claro ao prever que a possibilidade de aceitação de *trusts* internos.

Além disso, quando analisamos os estudos preparatórios para a elaboração da Convenção, verificamos que as disposições voltadas à não inclusão dos *trusts* internos foram rejeitadas.

Outro argumento levantado por alguns doutrinadores contrários à introdução do *trust* na Itália seria relativo à segregação patrimonial.

Vimos que a Convenção de Haia claramente determina que o patrimônio do *trust* e não se confunde com o do *trustee*. Os bens do *trust* não podem ser alcançados por dívidas do *trustee*, entretanto, argumentam, o Código Civil Italiano, em seu artigo 2740[71] dispõe expressamente que um determinado devedor deve

[70] Em verdade o texto da Convenção de Roma, em inglês, especificamente, afirma que suas regras aplicam-se a situações que envolvam leis de diferentes países, o que demonstra com clareza sua transnacionalidade ("The rules of this Convention shall apply to contractual obligations in any situation involving a choice between the laws of different countries").

[71] "Art. 2740: responsabilità patrimoniale
Il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri.

arcar ilimitadamente com suas obrigações financeiras, utilizando seus bens presentes e futuros.

Conseqüentemente, chegou-se à conclusão que a separação patrimonial preconizada pela Convenção de Haia seria contrária à ordem pública italiana.

Esse argumento não prospera, primeiramente porque a Itália, ao ratificar a Convenção, trouxe seus termos a seu Direito Interno e, além disso, a Itália tem a prerrogativa de, nos termos do artigo 13 da Convenção, não reconhecer *trusts* que efetivamente violem seu Direito interno.

Contudo, anos depois, em 2005, uma alteração no Código Civil Italiano possibilitou a adoção de uma "segregação legal" para bens específicos. Veremos adiante que o artigo 2645 ter[72] do Código Civil Italiano o registro público de contratos em que bens móveis ou imóveis são submetidos à tutela de alguém em benefício de outrem, logo, se a própria legislação interna incorporou textualmente a segregação patrimonial, cai por terra o argumento de contrariedade à ordem interna.

Contudo, o argumento que perdurou por mais tempo relacionava-se à questão da publicidade do *trust*, entretanto com a mencionada inclusão do artigo 2.645 ter no Código Civil Italiano, esta questão perdeu, definitivamente, sua força.

Com o advento dessa norma legal, pavimentou-se em solo romano-germânico a possibilidade de criar-se uma "segregação legal" para determinados bens móveis ou imóveis, a qual deve ser registrada em cartório.

Essa segregação, que é oponível a terceiros, será registrada publicamente por um período não superior a noventa anos ou pela duração da vida da pessoa beneficiária e os bens terão sua destinação previamente definida pelo conferente dos bens.

Le limitazioni della responsabilità non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge.'"

[72] "Art. 2645 ter: Gli atti in forma pubblica con cui beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono destinati, per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'articolo 1322, secondo comma, possono essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione; per la realizzazione di tali interessi può agire, oltre al conferente, qualsiasi interessato anche durante la vita del conferente stesso. I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'articolo 2915, primo comma, solo per debiti contratti per tale scopo".

7.3.1 Efeitos Tributários dos Trusts na Itália

Além de reconhecer os *trusts* constituídos no exterior que sejam constituídos nos moldes preconizados pela Convenção de Haia, o legislador italiano prosseguiu em seu notável progresso, passando a disciplinar os respectivos efeitos tributários.

As primeiras disposições tributárias expressas sobre o *trust* foram introduzidas com lei orçamentária[73] de 2007.

A legislação italiana traz, em seu bojo, dispositivos atinentes à tributação dos rendimentos auferidos pelos beneficiários e também pelos próprios *trusts*.

Como se percebe, o legislador italiano avançou de forma notável no sentido de regulamentar uma realidade que se mostrava cada vez mais pungente.

7.3.1.1 Tributação para os Beneficiários

Vimos anteriormente que os *express trusts* (*trusts* expressos) podem ser do tipo *fixed* (fixos) ou *discretionary*. O que difere ambas as formas é a pré-determinação dos beneficiários e/ou respectivos direitos.

Como dissemos, no *discretionary trust*, o *trustee* tem o poder para definir os beneficiários e respectivos direitos sobre a *res* e seus frutos. Já nos *fixed trusts*, os beneficiários e seus respectivos direitos já são pré-definidos pelo *settlor*.

Neste contexto, a legislação fiscal italiana define que, se os beneficiários de um *trust* são individualizados no termo de constituição de *trust* ou documentos posteriores, o rendimento do *trusts* deve ser atribuído a tais beneficiários na proporção do direito que possuem sobre os bens em *trust*. São os *trusts* transparentes. Tal regra é aplicável tanto a residentes quanto a não residentes.

---

[73] Lei 296/2006.

Existe polêmica em torno desse dispositivo, haja vista que a lei italiana utiliza o termo *individuati* (que em português seria individualizado) como condição, para que o *trust* seja transparente.

Como "individualizado" não se pode entender meramente que deve haver disposição por escrito sobre os beneficiários, mas sim que os mesmos e seus respectivos direitos devem ser previamente delimitados.

Nesse contexto, como a lei tributária deixa claro que a transparência do *trust* depende da individualização dos seus beneficiários, entendemos que não podem ser considerados como transparentes os *discretionary trusts*, *i.e.*, aqueles em que os beneficiários e/ou seus direitos sobre os bens em *trust* podem ser alterados a critério do *trustee*. Neste caso claramente não existe disponibilidade econômica ou jurídica sobre os bens.

Por outro lado, os *fixed trusts* são considerados transparentes do ponto de vista tributário. Nos *trusts* transparentes, embora o *trust* esteja sujeito ao Imposto de Renda das empresas, a transparência ocasionará a tributação na pessoa física do beneficiário.

No caso de *trusts* não transparentes, haverá somente a tributação dos frutos decorrentes do *trust* pelo Imposto de Renda da pessoa jurídica.

7.3.1.2 Tributação dos Trusts

Ademais, a Lei Orçamentária de 2007[74] alterou os artigos 73 e 44 do Decreto Presidencial nº 917/96 (o Código Consolidado de Imposto de Renda "TUIR"), trazendo uma série de regras que sujeitam os *trusts* ao Imposto de Renda da Pessoa Jurídica.

Nesse contexto, o artigo 1, parágrafos 74 a 76, da lei orçamentária introduziu, a partir de 01/01/2007, algumas importantes novidades sobre a disciplina fiscal do

[74] Lei 296/2006.

trust, prevendo que são equiparados a pessoas jurídicas para fins de imposto de renda as sociedades e entes de todas as espécies, inclusive *trusts*, com ou sem personalidade jurídica, não residentes em território italiano.

Como se percebe, abre-se a possibilidade de tributação na Itália sobre rendimentos relativos a *trusts* não residentes na Itália.

Nos casos em que os beneficiários do *trust* são pessoas jurídicas, os rendimentos obtidos pelo *trust* são imputáveis em qualquer caso aos respectivos beneficiários, na proporção de sua participação individualizada no ato de constituição do *trust* ou outro documento, ou na falta destes, em partes iguais.

Para fins do imposto sobre a renda se consideram residentes as sociedades e entidades que durante a maior parte do exercício fiscal tenham sede legal ou na sede administrativa no território do Estado.

Salvo prova em contrário, consideram-se também como residentes no território italiano os *trusts* e institutos semelhantes constituídos em países que não sejam aqueles mencionados no Decreto do Ministro das Finanças de 04 de setembro de 1996 e alterações posteriores e que tenham pelo menos um beneficiário residente na Itália[75].

O comando legal retromencionado relaciona os países com os quais é possível o intercâmbio de informações ou com os quais existe “Convenção para Evitar a Dupla Tributação”, trata-se de uma lista branca.

Em resumo, podemos afirmar que, nos termos da nova lei presume-se residente na Itália qualquer *trust* que preencha as seguintes condições:

(i) seja constituído em países que não constem da “lista branca”;

[75] Argélia, Argentina, Austrália, Áustria, Bélgica, Bielarus, Bulgária, Brasil, Canadá, China, Coréia do Sul, Costa do Marfim, Croácia, Dinamarca, Equador, Egito, Emirados Árabes Unidos, Federação Russa, Filipinas, Finlândia, França, Alemanha, Japão, Grécia, Índia, Indonésia, Irlanda, Israel, Iugoslávia, Cazaquistão, Kuwait, Lituânia, Luxemburgo, Macedônia, Malta, Marrocos, Ilhas Mauricio, México, Noruega, Nova Zelândia, Holanda, Paquistão, Polônia, Portugal, reino Unido, República Checa, Romênia, Cingapura, Eslovênia, Espanha, Sri Lanka, Estados Unidos, África do Sul, Suíça, Tanzânia, Tailândia, Trinidad e Tobago, Tunísia, Turquia, Ucrânia, Hungria, Venezuela, Vietnã e Zâmbia.

(ii) tenha ao menos um *settlor* considerado como residente para fins tributários na Itália;

(iii) tenha ao menos um beneficiário considerado como residente para fins tributários na Itália.

É importante mencionar, entretanto, que se trata de uma presunção relativa, ou seja, admite prova em contrário. Caso existam provas de que o *trust* é efetivamente não-residente na Itália, seus rendimentos não se submetem ao imposto italiano.

7.4 Holanda, Luxemburgo, Liechtenstein e Suíça

Além da Itália, quatro outros países de tradição romanista ratificaram a Convenção, entretanto, preferimos nos ater com mais afinco sobre o exemplo italiano, pelas grandes semelhanças que existem entre os sistemas jurídicos desse país e do nosso.

Ademais, Luxemburgo[76], Holanda[77], Liechtenstein e Suíça são países que adotam normas tributárias e societárias que visam a atrair investimentos externos, sendo, em determinados casos, generosos na desoneração tributária, por isso, para

[76] Luxemburgo, desde 1929, considera isentos os dividendos recebidos ou distribuídos pelas "holdings", bem como ganhos de capital auferidos na alienação de participações societárias. Referidos benefícios tributários não são bem aceitos por muitos países, razão pela qual grande parte dos acordos internacionais para evitar a dupla tributação não abrange as chamadas "holdings 1929". Em razão dessa rejeição e, de sorte a melhor se adequar às diretrizes contidas na Diretiva n° 90/435, Luxemburgo criou um novo regime direcionado às chamadas sociedades de participação financeira (SOPARFI), o qual condiciona a isenção do imposto sobre dividendos ao preenchimento de determinados requisitos como o percentual de participação detido pela sociedade (o qual não pode ser inferior a 10% de seu capital) e o tempo de participação (mínimo de 12 meses). As SOPARFIs têm um regime tributário diferente das "holdings 29", pois seus rendimentos são gravados a uma alíquota de 30,38%. Os dividendos por ela distribuídos podem ser tributados a 20%, havendo ainda o imposto sobre patrimônio líquido no montante de 0,5% sobre o mesmo. O Brasil, por sua vez, incluiu as "holdings 29" na lista dos países considerados como de "tributação favorecida" por meio da Instrução Normativa nº 188/02, já mencionada. Desta feita, operações realizadas com essas entidades são sujeitas à apuração dos preços de transferência, bem como os pagamentos a elas remetidos ficam sujeitas à retenção de Imposto de Renda à alíquota de 25%.

[77] A Holanda também concede regime isencional no que tange a dividendos e ganhos de capital em alienação participações societárias, a holdings que participem detenham participação societária mínima de 25% do capital de outras sociedades.

afastar qualquer exame tendencioso dos fatos, decidimos nos ater com mais detalhes ao sistema italiano, mencionando apenas a ratificação da Convenção de Haia por esses outros estados.

Mesmo assim, não podemos deixar de reconhecer os esforços que esses países de tradição romanista despenderam em favor do reconhecimento do *trust* e de tratar deles, ainda que de forma menos aprofundada.

7.4.1 Holanda

A Holanda, a despeito de sua tradição civilista, não se furtou ao reconhecimento dos *trusts* no âmbito da Convenção de Haia, ratificando-a em 28 de novembro de 1995, com entrada em vigor a partir de 1º de fevereiro de 1996.

Com efeito, a aceitação dos *trusts* pela Holanda também levou a um debate doutrinário interno, sobretudo quanto à existência de eventual incompatibilidade entre a Convenção de Haia e o Código Civil Holandês de 1992. O artigo 3:84, § 3, do Código Civil daquele país traz a seguinte previsão legal relativamente à transferência de propriedade:

> "3. Um ato jurídico direcionado à transferência de propriedade para o propósito de garantia ou que não tenha o propósito de acrescentar a propriedade ao patrimônio do adquirente após a transferência, não constitui título válido de transferência de propriedade." (tradução livre)[78]

Como se percebe, referida norma invalida as transferências de propriedade a título de garantia, bem como as transferências de propriedade que têm por objetivo operar uma cisão entre a propriedade jurídica e a propriedade econômica, o que claramente vai contra os preceitos de um *trust*. Logo, o artigo em questão poderia constituir um óbice intransponível à vigência da Convenção de Haia naquele país.

---

[78] "A juridical act which is intended to transfer *property* for purposes of security or which does not have the purpose of bringing the *property* into the patrimony of the acquirer, after transfer, does not constitute a valid title for transfer of that *property*."

Porém, ao contrário da Itália, que simplesmente ratificou e incorporou a Convenção ao seu ordenamento interno, a Holanda criou um estatuto sobre a matéria, o *Wet conflictenrecht trusts* (WCT), datado de 14 de outubro de 1995, visando a disciplinar a constituição dos *trusts* naquele país.

Podemos afirmar que o *Wet conflictenrecht trusts* (WCT) foi um valioso instrumento utilizado pelo legislador holandês para neutralizar possíveis obstáculos à aceitação do *trust* pela Holanda.

Com certeza, uma das normas mais importantes desse Estatuto é seu artigo 4, que visa justamente a eliminar a incompatibilidade entre o já mencionado 3:84, § 3, do Código Civil Holandês e o *trusts*.

Nos termos do artigo 4 do Estatuto, as normas holandesas relacionadas a propriedade, garantias ou proteção a credores em caso de insolvência não serão obstáculo ao reconhecimento dos *trusts*, constituídos nos termos do artigo 11 da Convenção de Haia.

Como se percebe, o legislador holandês não ignorou a nova realidade trazida pela Convenção de Haia e tratou de alterar sua legislação interna de modo a evitar incompatibilidades entre a lei interna e a Convenção.

Em resumo, podemos dizer que os *trusts* na Holanda foram introduzidos com a ratificação da Convenção de Haia e são regulados pelo *Wet conflictenrecht trusts*, que internamente eliminou eventuais divergências entre a Convenção e a legislação interna.

7.4.2 Luxemburgo

Luxemburgo ratificou a Convenção de Haia em 16 de outubro de 2003, a qual entrou em vigor em 1º de janeiro de 2004.

A introdução dos *trusts* no caso luxemburguês ocorreu de forma paulatina, iniciando-se, em verdade, com uma espécie de fidúcia limitada que aos poucos foi se expandindo até culminar na ratificação da Convenção.

As primeiras normas relativas a contratos fiduciários foram emanadas em 19 de julho de 1983 com o "Regulamento do Grão-Ducado relativo aos contratos fiduciários dos estabelecimentos de crédito".

Posteriormente, em 1º de agosto de 2001, foi promulgada a lei relativa à transferência de propriedade a título de garantia.

Como se percebe, esse ordenamento foi de forma suave sendo modificado de forma a garantir uma introdução do *trust* sem maiores traumas ou discussões.

Luxemburgo, assim como a Holanda, e ao contrário da Itália, além de ratificar a Convenção de Haia, criou uma tutela interna para os *trusts*, eliminando de seus ordenamentos eventuais elementos que poderiam resultar em óbices ao seu reconhecimento.

Esse direito interno encontra-se plasmado na Lei de 27 de julho de 2003 (anterior à ratificação da Convenção), relativa ao *trust* e aos contratos fiduciários.

Importante mencionar que Luxemburgo ratificou a Convenção de Haia com reservas. No caso, a reserva se deu em relação ao artigo 16, parágrafo 2, que prevê:

> "A Convenção não impedirá a aplicação daquelas disposições da lei do foro que deve ser aplicado às situações internacionais, qualquer que seja a lei designada pelas normas do conflito de leis.
>
> **A título excepcional, também poderão ter efeitos as normas de um Estado que tenham uma relação suficientemente estreita com o objeto em litígio, caso estas normas tiverem o caráter mencionado no parágrafo precedente**.
>
> Todo o Estado contratante poderá declarar, mediante reserva, que não se aplicará o parágrafo o segundo do presente artigo." (grifos nossos)

Como se percebe, o próprio artigo, em seu parágrafo terceiro, permite tal reserva. Além dessa reserva, Luxemburgo ainda utiliza a extensão prevista pelo artigo 20*, in verbis*:

> "Qualquer Estado contratante poderá declarar, a qualquer momento, que as disposições da Convenção serão extensivas a *Trust* criado por decisão judicial.
>
> Esta declaração será notificada ao Ministério de Assuntos Exteriores do Reino dos Países Baixos e produzirá efeito a partir do dia em que esta notificação é recebida.
>
> O artigo 31 será aplicável, pela analogia, à exclusão dessa declaração."

Lembremos que a Convenção de Haia somente se refere a *trusts* criados de forma voluntária, porém, com a extensão prevista no artigo 20, é possível, no caso de Luxemburgo e outros países que vierem a adotá-la, reconhecer *trusts* criados por força de decisão judicial.

7.4.3 Liechtenstein

Além dos Estados já mencionados, Liechtenstein também foi outro país europeu a ratificar a Convenção de Haia, porém neste caso sua incorporação foi absolutamente natural, pois essa jurisdição já aceitava os *trusts* anglo-saxões desde 1926.

A ratificação da Convenção de Haia por Liechtenstein ocorreu em 13 de dezembro de 2004 e, em 1º de abril de 2006, a Convenção passou a vigorar.

7.4.4 Suíça

Em 2006, a Suíça tornou-se mais um país de tradição romanista a aceitar os *trusts* por meio da ratificação da Convenção de Haia. Em 1 de julho de 2007, passou a vigorar a Convenção de Haia, complementada por algumas normas internas de adaptação.

Importante mencionar que o instituto do *trust*, mesmo antes do advento da Convenção de Haia, não era uma figura completamente desconhecida pelos suíços. Anos antes, os tribunais suíços já vinham aplicando alguns dos preceitos básicos do *trust* e a Convenção de Haia teve somente o intuito de trazer maior clareza e simplificação ao *trust* no país.

A ratificação da Convenção de Haia pela Suíça levou o país a adaptar sua legislação interna, por meio da alteração de determinados dispositivos do *The Swiss Private International Law Act of December 18, 1987* (SPILA), a lei federal de Direito Privado e Falência, a qual passou a tratar da competência jurisdicional em matéria de *trust*.

Referida lei esclarece que, para suas finalidades, *trust* é aquele constituído consoante previsto na Convenção de Haia.

Como regra geral, será válido para a resolução de matérias relativas a *trust* o foro no instrumento de constituição do *trust*, a menos que haja outro documento dispondo em contrário.

Ademais, nos termos das alterações promovidas na legislação, reconhece a competência de cortes estrangeiras para apreciar questões relativas *trust*.

Com efeito, conforme previsto na legislação suíça, as decisões estrangeiras em matéria de *trust* serão reconhecidas na Suíça nas seguintes hipóteses:

a. se forem emitidas por uma corte validamente designada no instrumento de *trust*;

b. se forem emitidas no país em que o réu tem seu domicílio, residência habitual ou estabelecimento;

c. se forem emitidas no país em que o *trust* foi constituído;

d. se forem emitidas pelo país cuja lei rege o *trust*;

e. se forem reconhecidas no país em que o *trust* foi constituído, caso o réu na tenha domicílio na Suíça.

Quanto à publicidade, a lei determina que, quando os bens em *trust* estiverem registrados em nome do *trustee*, o respectivo instrumento de registro poderá mencionar o *trust*. No caso de *trusts* envolvendo direitos de propriedade intelectual, eles deverão ter seu registro requisitado. Os *trusts* não registrados não serão oponíveis a terceiros de boa-fé. As recentes alterações também tratam da falência do *trustee* e, em sintonia com os princípios abarcados pela Convenção de Haia, prevêem que em tais casos os bens em *trust* não serão afetados.

Como se percebe, a legislação Suíça sobre *trust* foi devidamente adaptada de forma a permitir a recepção dos *trusts*, tratando até mesmo de temas sensíveis como o reconhecimento de sentenças estrangeiras.

7.5 Louisiana

Outro exemplo interessante a ser mencionado é o do estado da Louisiana, localizado nos Estados Unidos. No caso em tela, a admissão dos *trusts* nada tem a ver com a Convenção de Haia, mas o fato de a Louisiana ser um estado de tradição jurídica romanista em meio a um país que adota a *common law*.

Embora faça parte dos Estados Unidos da América, cujo direito deriva da *common law*, a Louisiana não adota o direito anglo-saxão, mantendo-se fiel à tradição romano-germânica por motivos históricos e em decorrência do federalismo típico daquele país.

O início da colonização desse estado ocorreu no séc. XVII com expedições de exploradores franceses, o que levou a França a exigir a propriedade sobre as terras situadas ao longo das duas margens do rio Mississipi, desde o Golfo do México até o Canadá.

Posteriormente, a França perdeu a maior parte de suas colônias na América do Norte para a Inglaterra, mantendo somente a região no entorno de Nova Orleans. Uma parte do território pertencente à França foi perdida para o Reino da Espanha,

sendo posteriormente readquirida por Napoleão Bonaparte por meio do Tratado de Santo Ildefonso (1800).

Os Estados Unidos, já como uma nação independente, desejavam adquirir Nova Orleans para impedir qualquer pretensão de Napoleão tendente a monopolizar ou restringir a navegação no rio Mississipi.

Em 1803, Estados Unidos e França concluíram as negociações, celebrando a venda do território da Louisiana. Entretanto, em que pese a Louisiana ter se tornado um estado norte-americano, sua estrutura política e jurídica manteve o legado francês, inclusive no que tange ao sistema legal, baseado no Código de Napoleão e no Direito Romano.

Por isso, o sistema jurídico válido no Estado em questão, diferentemente dos demais Estados da federação norte-americana, baseia-se na noção romanista da propriedade, una e indivisível, o que impede a aceitação automática do *trust*.

Na Louisiana, aceita-se que a titularidade jurídica do bem pertença ao *trustee*, enquanto os benefícios pertencem ao beneficiário. Entretanto, o *trust* nesse Estado apresenta algumas características diferentes do *trust* anglo-saxão, notadamente sua maior rigidez.

Uma vez que o Direito no Estado da Louisiana tem tradição romano-germânica, o *trust* por ele aceito é revestido de formalidades, devendo sempre ser expresso e ter definidos todos os seus beneficiários. Não se admite, portanto, a flexibilidade tão característica do *trust* nascido nos tribunais de eqüidade.

Uma das características dos *trusts* nessa localidade é a obrigatoriedade da formalização por escrito da declaração de vontade do *settlor*. Também devem constar expressamente do documento de constituição do *trust* os beneficiários e os direitos, que devem ser atuais e imediatos.

Como bem observa o Professor Diogo Leite de Campos[79], à regra que obriga os direitos a serem atuais e imediatos, existem três exceções:

---

[79] CAMPOS, Diogo Leite de. *A Propriedade Fiduciária (Trust): estudo para a sua consagração no Direito Português*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 298.

> "o *class trust*, o *trust* revogável e a possibilidade de introduzir alterações à sucessão *mortis causa* de um beneficiário. Quanto ao *class trust*, apenas se pode estabelecer uma classe de pessoas beneficiárias se existir já, pelo menos uma delas, ao tempo da constituição do *trust*. Assim, o *class trust* é apenas consentido se este requisito se verificar. Deste modo, os filhos, ou os filhos e netos do *settlor*, nascidos ou adoptados após a constituição de um *trust* podem ser contemplados como beneficiários. No que respeita ao *trust* revogável, faculta-se o diferimento da designação dos beneficiários do rendimento, ou do *corpus* desde que não para um momento em que o *trust* já se tenha tornado irrevogável. Por via de regra, o *trust* torna-se irrevogável ao tempo da morte do *settlor*. (...) quanto à excepção por último referida, permite-se que o acto constitutivo do *trust* designe, em certas circunstâncias, outra pessoa ou pessoas como beneficiários substitutivos do corpus no caso de morte de seu substitutivo beneficiário."

Outra característica especial dos *trusts* na Louisiana é que eles vigorarão por um tempo determinado. Para beneficiários pessoas físicas, o *trust* extingue-se quando o ultimo beneficiário morre ou 20 anos após a morte do *settlor*. No caso de beneficiários pessoas jurídicas, o *trust* é extinto 50 anos após sua criação.

Como se percebe, esse estado norte-americano conseguiu, com habilidade, transpor ao seu ordenamento, que é de origem romano-germânica, elementos oriundos do direito romano-germânico.

7.6 Síntese sobre a Adoção do *Trust* pelos Ordenamentos Romano-Germânicos

A Convenção de Haia em matéria de *trusts* tem como principal objetivo criar um tipo de *trust* que possa ser aceito tanto por países de *common law*, quanto por países romanistas.

Trata-se de um tipo de *trust* que, aos olhos dos romano-germânicos, pode ser mais facilmente aceito por ser gravado por maior segurança jurídica, em virtude da série de requisitos que a Convenção estabelece. Essa espécie de *trust* adequa-se com maior facilidade aos padrões romanistas, em especial pelo grande apreço que guarda com relação à forma escrita e à taxatividade de suas figuras principais.

Vimos cinco exemplos de países europeus – Itália, Holanda, Luxemburgo, Liechtenstein e Suíça – que, a despeito de terem seu direito originado na família romano-germânica, ratificaram a Convenção de Haia, abrindo, portanto, a porta de entrada para o *trust*.

Ressalte-se que, a despeito de todos os países serem da Europa continental e terem seu direito derivado da família romano-germânica, a aceitação dos *trusts* se deu de forma diferente em cada um.

O primeiro deles, a Itália, prontamente procedeu à ratificação da Convenção de Haia, contudo a definitiva aceitação dos *trusts* pela doutrina e pelos tribunais somente se deu após longos anos de discussão. Podemos afirmar que, dentre os cinco países mencionados a Itália foi aquele em que o *trust* teve sua aceitação mais contestada, pois muitos doutrinadores locais entendiam que a Convenção de Haia não poderia produzir efeitos internamente.

Os longos debates doutrinários na Itália acabaram tendo como vencedores aqueles que defendiam a aceitação do *trust*. Essa vitória mostrou-se definitiva com a alteração do Código Civil italiano e com as disposições tributárias criadas sobre a matéria.

Muito mais tranqüila foi a aceitação por parte da Holanda e de Luxemburgo, países que, ao mesmo tempo em que ratificaram a Convenção de Haia, emanaram normas internas que eliminaram eventuais obstáculos internos e facilitaram a introdução do *trust*, o que não foi o caso da Itália, que tão somente ratificou a Convenção sem criar normas que viessem a promover essa introdução.

É sempre importante lembrar que a Convenção de Haia não obriga os países a aceitarem a criação de *trusts* domésticos, mas sim lhes permite reconhecer determinados *trusts* que, sendo criados em outras jurisdições, obedecem aos requisitos por ela preconizados.

Já nos casos da Suíça e de Liechtenstein, a introdução dos *trusts* nos moldes da Convenção de Haia se deu com a mais absoluta naturalidade, haja vista que tais países já aceitavam o modelo anglo-saxão.

Não pretendemos que os casos de Suíça e Liechtenstein sejam um paradigma para o Brasil em termos de introdução do *trust*, haja vista tratar-se de contextos totalmente diferentes do nosso, mas nada impede que aproveitemos de alguns elementos do modelo holandês e luxemburguês e, em especial, do modelo italiano em geral.

8 O *TRUST*: SUA CONEXÃO COM AS ATUAIS FIGURAS PREVISTAS NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

Após analisar as origens do *trust* a partir dos aspectos específicos da *common law*, as barreiras que impedem sua transposição para os direitos de origem romanista e o que outros países fizeram para superar essa barreira, entendemos que estamos aptos a tentar aproximar o *trust* da realidade brasileira.

Nesse sentido, tentaremos comparar o *trust* e tentar eventualmente enquadrá-lo em algumas das figuras conhecidas pelo jurista nacional escolhidas de forma intuitiva.

As primeiras tentativas seriam de enquadramento do *trust* nas espécies contratuais previstas pelo direito brasileiro.

Ademais, como o *trust* também envolve relações de posse e propriedade sobre coisas, também será necessário examiná-lo à luz dos direitos reais reconhecidos pelo nosso ordenamento jurídico.

Comecemos por uma comparação entre o *trusts* e as figuras contratuais previstas em nosso ordenamento jurídico.

8.1 O *Trust* e os Contratos Segundo o Direito Brasileiro

A primeira análise proposta seria um cotejo entre o *trust* e as espécies contratuais aceitas à luz do direito brasileiro.

Uma primeira tentativa seria entender o contrato como um dos pontos de partida para a formação de um *trust*, pois dele emanariam os direitos e deveres das partes, nele se estabeleceriam os termos e condições que regeriam as relações entre as partes e nele ficará definido o objeto do *trust*.

É por esse motivo que entendemos que as tentativas de situar o *trust* no âmbito do direito brasileiro poderiam tentar se basear no cotejo entre o *trust* e as figuras contratuais conhecidas e aceitas pelo sistema jurídico brasileiro. Vejamos se isso é possível.

8.1.1 Linhas Gerais sobre os Contratos Segundo o Direito Brasileiro

Uma das acepções pelas quais se poderia pretender entender o *trust* sob o sistema jurídico brasileiro seria no sentido de um contrato.

Já vimos que o *trust* é um complexo de atos e fatos jurídicos, não um mero contrato, contudo se poderia tentar alegar que seu ponto de partida é um contrato[80], no qual uma parte, por um ato de vontade, desfaz-se de seu patrimônio em benefício de outrem, entregando tal patrimônio para a gestão de um terceiro que terá sobre ele a propriedade legal.

Desta feita, entendemos necessário, ainda de que em linhas gerais, analisar os principais contratos aceitos no nosso direito e suas principais características. Tal análise tem em vistas identificar se alguma das espécies contratuais previstas em nosso ordenamento poderia dar suporte ou se equiparar a um *trust*.

Primeiro, devemos ressaltar que, por se tratar de um estudo jurídico, partiremos do pressuposto de que o contrato é uma norma indivi*dual* e concreta.

Normas são significações obtidas a partir da leitura dos enunciados de direito positivo. As normas poderão ser (i) gerais ou individuais e (ii) concretas ou abstratas.

As normas gerais têm um conjunto indeterminado de destinatários e as individuais destinam-se a um certo indivíduo ou grupo. No caso das normas

[80] Nesse sentido o autor argentino argentino Cesar Levene no artigo "El Trust del Derecho Común Anglosajón. Su Reconocimiento en los Países Civilistas y sus Consecuencias Tributarias" (*Revista Argentina de Derecho Tributario*, Año IV - 16 Oct-Dic 2005), menciona a existência de doutrina que defende a natureza contratual do *trust*: "el trust no es un contrato (de hecho son dos actos jurídicos unilaterales). Respecto de este punto existen distintas posiciones en doctrina pero la mayoría coincide en que no es un contrato propiamente dicho sino, a lo sumo, un cuasicontrato".

concretas, o conteúdo de seu antecedente descreve um fato que se consuma no tempo e espaço, o mesmo não ocorre com as abstratas.

O contrato é individual, pois visa a atingir apenas as condutas de um determinado grupo, as partes contratantes. É concreto porque o fato descrito em seu antecedente tipifica uma conduta específica regulada no tempo e no espaço.

No plano das normas concretas teremos um enunciado denotativo (antecedente) implicando outro enunciado denotativo, são esses enunciados o antecedente e o conseqüente da norma indivi*dual* e concreta.

Existem diversas classificações aceitas pelo direito brasileiro para os contratos, dependendo do elemento que se queira enfatizar. Álvaro Villaça Azevedo[81], por exemplo, apresenta as seguintes classificações para os contratos no âmbito do nosso ordenamento jurídico:

(i) contratos preliminares e definitivos;

(ii) contratos típicos, atípicos e mistos;

(iii) contratos unilaterais e bilaterais;

(iv) contratos gratuitos e onerosos;

(v) contratos comutativos e aleatórios (de risco);

(vi) contratos de adesão;

(vii) contratos consensuais, reais e formais;

(viii) contratos principais e acessórios.

Como se percebe, existem inúmeras classificações, cada uma com um objetivo e um nível de utilidade distinto.

No presente trabalho, entendemos que a classificação que mais nos interessa é relativa à tipicidade dos contratos, pois ela nos permitirá enquadrar (ou não) o *trust* no rol dos contratos conhecidos pelo Direito Brasileiro.

---

[81] *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. São Paulo: Atlas, 2002.

Segundo explica o professor Heleno Tôrres[82], "o 'tipo' é um modelo, uma forma de fato, dependente das qualificações que o direito opera, e o que o definirá como 'aberto' ou 'fechado' serão os critérios que o legislador selecionar para compor a norma de conduta. Pela vaguidade e ambiguidade imanentes a toda e qualquer linguagem."

Por isso, contrato típico é aquele que se adequa aos tipos, modelos previstos no ordenamento jurídico. Orlando Gomes define os contratos típicos (também chamados contratos inominados) como aqueles "esquematizados na lei, com denominação própria, formando espécies definidas"[83].

Caio Mário da Silva Pereira[84], por sua vez, afirma:

> "Diz-se que um contrato é típico (ou nominado), quando as suas regras disciplinares são deduzidas de maneira precisa nos Códigos ou nas leis. Mas a imaginação humana não estanca pelo fato de o legislador haver deles cogitado em particular. Ao contrário, cria novos negócios, estabelece novas relações jurídicas, e então surgem outros contratos afora aqueles que recebem o batismo legislativo, ou que não foram tipificados, por esta razão se consideram atípicos (inominados)."

Por outro lado, aqueles contratos que não se adequam às espécies previstas pela legislação são os contratos atípicos.

Alguns doutrinadores ainda defendem uma terceira espécie, os contratos mistos, que são aqueles que reúnem elementos de vários contratos típicos.

Os contratos típicos encontram-se relacionados no Código Civil[85], sendo eles: Compra e Venda, Troca ou Permuta, Contrato Estimatório, Doação, Locação de Coisas, Empréstimo, Prestação de Serviço, Empreitada, Depósito, Mandato, Comissão, Agência e Distribuição, Corretagem, Transporte, Seguro, Constituição de Renda, Jogo e Aposta e Fiança.

---

[82] *Direito Tributário e Direito Privado: autonomia privada, simulação e elusão tributária*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 61
[83] *Contratos*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 81.
[84] *Instituições de Direito Civil: Contratos*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 3, p. 60
[85] O rol dos contratos típicos foi alterado com o Novo Código Civil (2002).

Explica o professor Heleno Tôrres[86]:

> "o legislador, quando define os tipos dos contratos, age geralmente por motivos de segurança e certeza, de modo a garantir um processo de positivação com o menor grau de interferências externas, na delimitação das realidades que quer regular. Para identificar esse fenômeno de juridicização dos negócios, alguns autores usam o termo *típica valoração legal*, ou mesmo *condutas valoradas tipicamente*. Nestas hipóteses, a lei não se limita a entabular as fronteiras e condições e condições nas quais a autonomia privada pode ser exercida, ou a inserir no conteúdo do negócio cláusulas predeterminadas pelo ordenamento. Aqui a lei vincula determinadas conseqüências a um comportamento, descrito nos seus elementos característicos."

Como se percebe, a tipificação dos contratos pelo Código Civil não tem o condão de restringir as espécies contratuais passíveis de celebração, mas sim de definir as conseqüências advindas da celebração desses contratos.

Por isso, além dos contratos expressamente previstos no Código Civil, existe autonomia para celebrar quaisquer outros, desde que as partes sejam capazes, o objeto seja lícito e a forma não seja defesa em lei. Também, devem se submeter às regras de validade, por exemplo, a boa-fé, a eqüidade, a comutatividade, entre outros.

Pois bem, com base nas noções gerais relativas aos contratos no âmbito do direito brasileiro, existe algum contrato que possa ser considerado como suporte para *trust*?

Para que essa questão seja definida, passemos à análise dos contratos existentes em nosso ordenamento mais assemelhados ao *trust*.

8.1.2 O Trust *e os Contratos Típicos*

Analisando o rol de contratos previstos pelo Código Civil, naturalmente não encontramos o termo "contrato de *trust*", porém antes de precipitadamente negar que ele seja um contrato típico, devemos analisar, ainda que de forma breve, os tipos contratuais à luz dos conceitos relativos ao *trust*.

---

[86] *Direito Tributário e Direito Privado: autonomia privada, simulação e elusão tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 157.

Podemos com segurança afirmar que, se o *trust* viesse a ser reconhecido no Brasil, não seria possível, levando-se em consideração nossa tradição romano-germânica, pensar em *trusts* orais tal como vemos nos Estados Unidos. Eventuais *trusts* aceitos no Brasil deveriam estar expressos em um contrato que trouxesse todas previsões acerca das partes envolvidas, bens, tempo de duração, condições, etc. Por nossa tradição, um *trust* oral poderia apresentar grande insegurança jurídica.

Poderia um contrato de constituição de *trust* ser equiparado a qualquer uma das espécies contratuais previstas em nosso Código Civil?

Vejamos, ainda que de forma rápida, cada uma delas para que possamos dizer se o contrato de *trust* amolda-se a qualquer um de nossos contratos nominados:

(i) Compra e Venda – É um contrato bilateral, consensual, oneroso, comutativo, ou aleatório, de execução instantânea, ou diferida, em que uma das partes se obriga a transferir a propriedade de uma coisa a outra, recebendo em contraprestação determinada quantia, certo preço em dinheiro ou valor fiduciário equivalente.

Claramente não é caso do *trust*, pois o *settlor* não recebe nenhuma contrapartida por entregar o bem ao *trustee*, ademais em uma compra e venda o adquirente passa a ter a propriedade do bem, já no *trust* o *trustee* não tem a plena propriedade, devendo somente administrar o bem em benefício de um terceiro.

(ii) Troca ou Permuta – É bilateral, oneroso, comutativo e consensual, no qual as partes se obrigam a dar uma coisa por outra, que não seja dinheiro.

Não existe comutatividade no *trust*, o *trustee* não recebe a propriedade do bem, recebe apenas sua titularidade com a finalidade de administrá-lo em benefício de um terceiro. Além disso, o *trustee* nada oferece em troca ao *settlor*.

(iii) Contrato Estimatório – É o contrato pelo qual uma pessoa consignatária recebe um ou mais bens móveis do consignante, com autorização para vendê-los, e paga um preço previamente estimado, caso não restitua tais coisas dentro do prazo estipulado.

Em um contrato estimatório, o consignante mantém a propriedade do bem, que deve ser vendido pelo consignatário. Pois bem, o *trust* não envolve a venda do bem, mas sim sua administração por parte do *trustee*. Ademais, uma vez constituído o *trust*, o *settlor* deixa de ser o proprietário.

(iv) Doação – É um contrato unilateral, simples, consensual, formal e gratuito, no qual uma das partes (o doador) se obriga a transferir gratuitamente vantagens ou um bem de sua propriedade para patrimônio da outra parte (o donatário).

Nesse sentido, não se pode afirmar que o *trust* é uma doação, pois o *settlor* não transfere a propriedade dos bens ao *trustee* ou aos beneficiários. Ao contrário do que ocorre com o donatário, os bens em *trust* não se agregam ao patrimônio do *trustee*. Vimos que a separação patrimonial é plena e que dívidas do *trustee* não afetam de modo algum o patrimônio do *trust*.

Ademais, enquanto perdurar o *trust*, os beneficiários também não adquirem a propriedade da coisa, podendo somente (conforme o caso) receber os frutos ou lucros que dela decorrerem.

Quando cessa o *trust*, também não se pode falar em doação, pois ninguém era proprietário da coisa anteriormente, os bens que estavam sob a titularidade do *trustee* deixam o patrimônio apartado e passam para a propriedade do beneficiário. É muito importante restar claro que o *trust* não é uma doação, haja vista que, se o fosse, geraria uma série de implicações na seara tributária, como veremos adiante.

(v) Locação de Coisas – O artigo 565 do Novo Código Civil define a locação como sendo um contrato por meio do qual "uma das partes se obriga a ceder a outra, por tempo determinado, ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição".

Assim, pode-se afirmar que locação é um contrato "pelo qual uma das partes se obriga, mediante contraprestação em dinheiro, a conceder à outra, temporariamente, o uso e gozo de coisa não fungível"[87] e em que, entre os demais

[87] *Contratos*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 274.

direitos e deveres, "o locatário tem a obrigação de restituir a coisa, finda a locação, no estado em que a tiver recebido"[88].

O professor Orlando Gomes[89] esclarece ainda que

> "locador e locatário contraem obrigações interdependentes. Ao direito de uso e gozo da coisa é correlata a obrigação de pagar aluguel, do mesmo modo que ao direito de receber o aluguel corresponde a obrigação de proporcionar e assegurar o uso e gozo da coisa locada. O sinalagma é perfeito.
>
> O contrato de locação considera-se perfeito e acabado quando as partes consentem, formando-se, pois, *solo consensu*. Posto que seja sua causa o uso e o gozo de coisa alheia, a tradição não é necessária á sua perfeição. Não se trata, pois, de contrato real.
> (...)
>
> É, por fim, contrato de duração. Sua execução prolonga necessariamente no tempo (...)"

Como se percebe as principais características da locação consistem em: (i) temporariedade; (ii) onerosidade; (iii) infungibilidade da coisa locada.

Concordamos que o *trust* possui duas características comuns à locação, quais sejam, a onerosidade e a temporariedade. Quanto à infungibilidade da coisa locada, esta não pode ser tida como característica, vimos que a *res* objeto de um *trust* pode ser móvel, imóvel, fungível ou infungível, um exemplo claro de como o *trust* pode atingir coisas fungíveis é o fato de freqüentemente o *settlor* entregar dinheiro ao *trustee* em benefício de alguém.

Como se percebe, a locação não importa em transmissão de propriedade, a qual permanece una sob a titularidade do locador; o locatário terá somente a posse do bem pelo prazo avençado no contrato. Já no *trust*, o *settlor* deixa de ser o proprietário do bem.

(vi) Empréstimo – É o contrato em que uma das partes recebe, para uso ou utilização, uma coisa que, depois de certo tempo, deve restituir ou dar outra do mesmo gênero, qualidade e quantidade.

Há duas espécies:

---

[88] *Instituições de Direito Civil*. vol. III. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 186.
[89] *Contratos*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 275.

a) Comodato: gratuito, unilateral, real e *intuitu personae*, em que se dá o empréstimo de uso, é a cessão gratuita de algo não fungível para seu uso com a estipulação de que será devolvido, após determinado tempo.

b) Mútuo: gratuito, unilateral e real, em que se dá o empréstimo de consumo, ou seja, é aquele em que a coisa é consumível/fungível, devendo ser restituída por equivalente, ou seja, mesmo gênero, quantidade e qualidade.

Portanto, no caso do empréstimo, vemos que não há mudança na propriedade dos bens, a qual é mantida pelo comodante ou pelo mutuante, o que não aconteceria em um *trust*. Ademais, em qualquer empréstimo quem recebe a posse dos bens tem obrigação de devolvê-los ao proprietário.

(vii) Prestação de Serviço – A professora Maria Helena Diniz[90], notável civilista, define que "a obrigação de fazer é a que se vincula o devedor à prestação de um serviço como ato positivo, material ou imaterial, seu ou de terceiro, em benefício do credor ou de terceira pessoa".

De Plácido e Silva assim define o conceito de serviços:

> "SERVIÇO. Do latim *servitium* (condição de escravo), exprime, gramaticalmente, o estado de que é servo, encontrando-se no dever de servir; ou de trabalhar para o amo.
>
> Extensivamente, porém, e expressão designa hoje o próprio trabalho a ser executado, ou que se executou, definindo a obra, o exercício do ofício, o expediente, o mister, a tarefa, a ocupação ou a função.
>
> Por essa forma, constitui serviço não somente o desempenho de atividade ou de trabalho intelectual, como a execução de trabalho ou de obra material."[91]

Leciona o professor Hugo de Brito Machado que "no serviço há sempre uma atividade que consiste em servir a outrem, em atender necessidades de outrem. É o próprio agir, a própria atividade ou esforço humano, que serve, que atende a necessidade de outrem"[92].

---

[90] *Curso de Direito Civil Brasileiro*. V. 2. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 85.
[91] *Vocabulário Jurídico*. vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 215.
[92] O Conceito de Serviço e Algumas Modalidades Listadas no Anexo Da Lc 116/2003. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/1083/1/O_Conceito_de_Servi%C3%A7o.pdf>.

É certo que o *trustee* tem uma obrigação de fazer, qual seja, administrar, em benefício de um terceiro, os bens recebidos pelo *settlor*, porém em uma prestação de serviço o tomador recebe o produto do serviço tomado.

Ademais, caracterizar um *trust* como mera prestação de serviço implicaria desconsiderar toda a parte patrimonial que é envolvida na questão.

(viii) Empreitada – É um contrato bilateral, oneroso, consensual e comutativo pelo qual uma das partes, sem subordinação, obriga-se a executar por si só, ou com o auxílio de outros, determinada obra, ou a prestar serviço, e a outra a pagar o preço respectivo ao trabalho realizado.

Tal contrato em nada se assemelha ao *trust*.

(ix) Depósito – É um contrato sinalagmático imperfeito ou bilateral, de duração temporária, real, gratuito e de boa-fé, *intuitu personae*, em que uma pessoa (o depositante) confia a uma outra (o depositário) a guarda de objeto móvel, obrigando a segunda à restituição, quando reclamado.

O grande diferencial entre o *trust* e o contrato depósito se dá pelo fato de que o depositante não deixa de ter a propriedade do bem, ao contrário do ocorre com *trustee*.

Ademais, o *trustee* não tem a obrigação de restituir o bem *settlor*, mas sim de administrá-lo e transferi-lo ao beneficiário na oportunidade própria.

(x) Mandato – É um contrato fiduciário, *intuitu personae*, pois poderá ser consensual ou não aceito, gratuito, bilateral (exceto se gratuito), revogável e preparatório, com a finalidade de habilitar o mandatário (pessoa investida de poderes por outra, para em seu nome praticar atos jurídicos ou administrar interesses) a praticar certos atos posteriores ou subseqüentes determinados pelo mandante. O instrumento do mandato é a procuração.

Nesse ponto, merecem citação as palavras do Professor Diogo Leite de Campos, que com maestria diferencia as figura do *trust* dos contratos de mandato[93]:

---

[93] *A Propriedade Fiduciária (Trust): estudo para a sua consagração no Direito Português*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 263.

> "(...) em oposição ao mandatário (art. 1161º, al.a do Cód. Civil[94]), o *trustee* não se encontra vinculado a quaisquer instruções do beneficiário dadas no momento da constituição do *trust* ou durante a sua execução Apesar de o seu dever essencial consistir em zelar pelos interesses do beneficiário, o *trustee* não é seu mandatário, pois que aquele não tem o poder de fornecer instruções ao *trustee*. Depois, ao contrário do mandatário (art. 1181º do Cód. Civil), o *trustee*, enquanto sujeito dos direitos e obrigações decorrentes da actividade que exerce, não tem o dever de os transferir ao beneficiário, pois que entre ambos não subsiste qualquer relação contratual. (...)"

Como se percebe, a despeito da natureza fiduciária do mandato, se pode afirmar que o mesmo equivale a um mandato.

(xi) Comissão – É um contrato bilateral, consensual, oneroso, não há forma prescrita em lei, admitindo-se a modalidade oral, desde que não ultrapassado o valor legal, e é também contrato *intuitu personae*, pelo qual uma das partes, pessoa natural ou jurídica (o comissário), obriga-se a realizar atos ou negócios em favor de outra (o comitente), segundo instruções deste, porém no próprio nome do comissário. Este se obriga, dessa maneira, perante terceiros em seu próprio nome.

O *trustee* realiza atos e negócios em nome de terceiro, o beneficiário, contudo não existe qualquer relação contratual entre essas duas partes.

(xii) Agência – O contrato de agência é um negócio jurídico em que o agente prepara o negócio em favor do agenciado, ou seja, obriga-se em troca de uma retribuição, a promover habitualmente a realização de operações mercantis, por conta do outro contratante, agenciando pedidos para este, em determinada localidade. É um contrato mercantil, bilateral, oneroso, *intuitu personae* e consensual.

(xiii) Distribuição – É um contrato sinalagmático, bilateral, oneroso, típico e misto (englobando várias figuras contratuais), comutativo, consensual, formal e de adesão, em que há relação pela qual alguém age em nome próprio na intermediação entre o produtor (exclusivo) e o varejista, ou seja, é o contrato pelo qual uma pessoa assume, em caráter não eventual e sem vínculo de dependência, a obrigação de promover, por sua conta, sem retribuição, a realização de certos negócios, em zona determinada, envolvendo bens dos quais dispõe.

---

[94] Do Código Civil Português.

(xiv) Corretagem – É um contrato bilateral, oneroso e consensual, por meio do qual uma pessoa se obriga, mediante remuneração, a intermediar, ou agenciar, negócios para outra, sem agir em virtude de mandato, de prestação de serviços ou de qualquer relação de dependência.

(xv) Transporte – É contrato em que uma pessoa física ou jurídica (transportador) se incumbe de transportar a coisa ou a pessoa (viajante ou passageiros – no caso de transporte de pessoas e remetente – no caso de transporte de coisas), podendo fazê-lo individualmente ou por intermédio de outrem. É um contrato consensual, bilateral e oneroso em regra, salvo no caso de transporte gratuito, de duração, comutativo, não solene e em regra de adesão.

(xvi) Seguro – É um contrato bilateral, consensual e de adesão, em que o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado contra riscos predeterminados. Portanto, a teor do que dispõe o artigo 757, a obrigação do segurador é a garantia do interesse legítimo do segurado que foi assegurado e a contraprestação do segurado é efetuar o pagamento do prêmio, que é calculado pelo segurador.

(xvii) Constituição de Renda – É um contrato bilateral, real, geralmente oneroso, podendo ser comutativo ou aleatório conforme as circunstâncias, pelo qual uma pessoa obriga-se para com outra a uma prestação periódica, a título gratuito. No caso do *trust*, o *settlor* entrega bens ao *trustee*, mas não constitui renda em seu favor, tão-somente os transmite para que administre em benefício de terceiro.

(xviii) Jogo e Aposta – São contratos de sorte, aleatórios e com eficácia restrita e limitada, nos quais duas pessoas se obrigam a pagar determinada soma ou a entregar determinado bem, uma à outra, consoante o resultado/acontecimento incerto. Apesar de serem estudados conjuntamente, a principal diferença entre esses contratos é que, ao contrário do jogo, na aposta os disputantes não participam ou influenciam no resultado.

(xix) Fiança – É um contrato unilateral, gratuito e acessório, pelo qual uma pessoa (o fiador) assume/garante, para com o credor, a obrigação de pagar a dívida, se o devedor não o fizer.

Como se percebe, o *trust* não se enquadra em qualquer dos tipos contratuais previstos atualmente em nosso Código Civil. Vejamos então a possibilidade de qualificá-lo como um contrato atípico.

8.1.3 O Trust *como um contrato atípico*

Vimos que o *trust* não se enquadra nas espécies contratuais previstas no sistema jurídico brasileiro, por isso, se encarados à luz do atual ordenamento jurídico brasileiro, claramente se baseiam em uma figura atípica.

Os contratos atípicos foram amplamente recebidos pelo Novo Código Civil brasileiro, que em seu artigo 425 dispõe que é "lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código".

As normas gerais a que ele se refere são, na verdade, os requisitos de validade inerentes a todo e qualquer contrato. Nesses termos, o contrato será válido desde que não gere onerosidade excessiva e observe os princípios da boa-fé objetiva[95] e da função social do contrato[96].

O princípio da autonomia da vontade pode ser tido como um dos fundamentos para a celebração dos contratos atípicos. Como conceitua Caio Mário da Silva Pereira[97], pode-se enunciar, de forma genérica, esse princípio "como a faculdade que têm as pessoas de concluir livremente seus contratos".

Essa liberdade, entretanto, não é absoluta. As partes têm a liberdade de contratar desde que os negócios resultantes de instrumentos atípicos não contrariem a lei, a ordem pública, os bons costumes e os princípios gerais de direito.

---

[95] "Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé."

[96] "Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato."

[97] *Instituições de Direito Civil: Contratos*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 3, p. 25.

Porém, se o *trust* não é um contrato típico e o Código Civil acolhe os contratos atípicos à luz do princípio da autonomia da vontade, por que não poderíamos aceitar o *trust* nos dias de hoje como um contrato atípico?

A resposta é simples: entendemos que o instrumento que cria o *trust* não é um contrato, mas sim uma declaração unilateral de vontade[98].

Vimos que para a existência de um contrato é necessária a existência de duas partes que, **de comum acordo**, desejam a realização de um negócio jurídico. Para a realização de um contrato é essencial **a bilateralidade**, que, nas palavras de Pontes de Miranda "diz respeito à composição subjetiva do suporte fático, ao nascimento do negócio jurídico com as duas manifestações de vontade concordes (plano de existência)".

Ensina ainda o mesmo autor[99] que

---

[98] Ressalte-se, entretanto, que existe uma corrente doutrinária que defende a natureza doutrinária do *trust* como nos explica o professor argentino Cesar Levene em seu artigo "El *Trust* del Derecho Común Anglosajón. Su Reconocimiento en los Países Civilistas y sus Consecuencias Tributarias" (Revista Argentina de Derecho Tributario, año IV - 16 Oct-Dic 2005): "Este tema fue motivo de gran debate entre especialistas de ambos sistemas legales. respecto del mismo, los Profesores David Hayton (King's College, London) y Ken Reid (The Edinburgh Law School, Edimburgh) concluyeron que la versatilidad y flexibilidad del *trust* debería hacer posible, aún para países con derecho civil o sistemas mixtos, poder acomodar el instituto para sus propias necesidades.
Ambos Profesores insistieron en el hecho que el *trust* no es un contrato, ya que el *settlor* constituye el *trust* de forma autónoma y que no posee una relación contractual con el *trustee* (ya que entre estas partes no existen derechos y obligaciones). Concluyeron que el *trustee* posee un 'oficio' o cargo (en inglés sería un office) y no una posición contractual. Sin embargo, admitieron los especialistas que la negación de la naturaleza contractual del *trust* tiene más que ver con el significado que el término 'contrato' tiene en las jurisdicciones del derecho anglosajón que con diferencias jurídicas concretas.
resulta de interés referirnos al menos tangencialmente a la teoría contractual del *trust* que existe dentro del propio mundo del derecho anglosajón. Loughlin citando a John Langbein y su teoría, sostiene que los fundamentos del *trust* en el '*equity* law" meramente llenaron el vacío dejado por la precariedad del derecho contractual en el siglo XIV en Inglaterra. Un vacío que no existe en nuestro tiempo. Loughlin cree que el principio contractual del *trust* es posible aun cuando es generalmente entendido que el *trust* sin el '*equity* law' sería inaceptable.
El autor argumenta que, Langbein propone un buen argumento con respecto a que el *trust* moderno es funcionalmente indistinguible de los contratos modernos en los cuales el beneficiario es un tercero. Esto es especialmente evidente en el *trust* con tres partes, es decir, en los cuales el *settlor*, *trustee* y beneficiary son personas distintas contrariamente al menos común *trust* de dos partes (*settlor* y beneficiary la misma persona).
Sin perjuicio de lo expuesto, la teoría contractual del *trust* va contra el entendimiento general en el mundo del derecho común, y el propio autor admite que el propio e indiscutible Principio Segundo de los *trusts* prácticamente rechaza el concepto al decir: 'La creación de un *trust* es concebida como la transferencia del interés (beneficial interest) en la propiedad del *trust* más que como un contrato'".

[99] *Tratado de Direito Privado: Parte Geral: Negócios Jurídicos, Representação, Conteúdo, Forma, Prova*. v. 3. Campinas: Bookseller, 2000, p. 264.

> "contrato é o negócio jurídico (ou o instrumento jurídico) que estabelece entre os figurantes bilateralmente ou plurilateralmente, relações jurídicas, ou as modifica, ou as extingue."

Sílvio Rodrigues[100] também leciona no mesmo sentido, afirmando que

> "o fato novo, elementar ao conceito de contrato, é a coincidência das vontades, ou sejam o acordo entre dois ou mais participantes da convenção.
>
> Quando o ato jurídico é unilateral, a manifestação válida da vontade de uma pessoa gera os efeitos almejados pelo agente. Exemplo característico se encontra no testamento.
>
> No contrato, porém, dado seu caráter sinalagmático, é mister a existência de manifestação coincidente da vontade de duas ou mais partes. Em regra, apresentam-se dois contratantes com interesses opostos, que através da convenção se compõem. (...)
>
> O que se revela básico é a pluralidade das partes. Mesmo no chamado contrato consigo mesmo, embora apareça um só declarante, existem duas partes, uma em face da outra, e há o encontro e coincidência das manifestações volitivas."

Como se percebe, o contrato pressupõe a existência de reciprocidade, de caráter sinalagmático, contudo, vimos que a instituição de um *trust* depende unicamente da vontade de uma parte, qual seja, do *settlor*, não havendo manifestação de vontade por parte do *trustee* ou do beneficiário. Não existe no *trust* a colidência de vontades, nem a pluralidade de partes.

Ademais, um contrato estabelece direitos e obrigações para ambas as partes, o que não é o caso do *trust*, haja vista que *settlor* não os terá. As obrigações são impostas somente para o *trustee*.

Portanto, podemos com segurança afirmar que o *trust*:

1) Não é um contrato típico, haja vista que suas características não permitem o enquadramento em qualquer das espécies contratuais nominadas em nosso Código Civil;

---

[100] *Direito civil. Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 13.

2) Nem sequer pode ser considerado um contrato, haja vista a ausência de bilateralidade, devendo ser considerado como fruto de uma declaração unilateral de vontade.

O Código Civil, ao tratar das manifestações unilaterais de vontade, tipificou a promessa de compra e venda, a gestão de negócios, o pagamento indevido e o enriquecimento sem causa, entretanto, nada impede que o termo constitutivo de um *trust*, ainda que de forma inominada ou atípica, seja inserido nesse elenco, tornando-se fonte de obrigação.

A nosso ver, é clara a ausência de qualquer elemento de ordem dogmática que impeça o termo constitutivo de um *trust* de ser considerado como fonte de obrigações no Brasil. Entendemos que os maiores problemas seriam de ordem prática, pela complexidade envolvida no assunto e pela falta de regulamentação da matéria.

Tanto isso é verdade que não são raros os *trusts* celebrados por cidadãos residentes nos Brasil, porém, por conta da falta de regulamentação da matéria, um residente no Brasil que deseja constituir *trust* acaba tendo que lançar mão de uma complexa estrutura, que por não ter a devida regulamentação padece de enorme insegurança jurídica.

Do ponto de vista estritamente dogmático, entendemos que a autonomia da vontade permite (respeitados os limites que já mencionamos) a celebração de instrumentos de *trust* no Brasil, os quais seriam considerados como declarações unilaterais de vontade atípicas.

Em verdade, não seria a primeira vez em verificaríamos a tipificação a posterior de determinada espécie de negócio jurídico. Vejamos o exemplo do contrato de *leasing* (ou arrendamento mercantil).

Segundo Sílvio Salvo Venosa[101], "o arrendamento mercantil, como percebemos, é formado por um complexo de relações negociais, nas quais podem ser identificadas claramente vislumbres de locação, promessa de compra e venda, mútuo, financiamento e mandato".

---

[101] *Direito Civil – contratos em espécie e* resp*onsabilidade civil.* São Paulo: Atlas, 2001, p. 480.

As primeiras operações de *leasing* no Brasil datam do final da década de 60, porém sua regulamentação ocorreu em 1974, por meio da Lei 6.099, que assim o definiu:

> "Considera-se arrendamento mercantil a operação realizada entre pessoas jurídicas, que tenham por objeto o arrendamento de bens adquiridos a terceiros pela arrendadora, para fins de uso próprio da arrendatária e não atendam as especificações desta."

Como se vê, entre a introdução do *leasing* no Brasil e sua efetiva normatização, decorreram quase 15 anos. Isso porque a estrutura desse contrato também não era de fácil assimilação pela doutrina nacional.

Pelas noções que tivemos acerca do sistema jurídico inglês fica evidente a naturalidade com a qual um jurista britânico ou norte-americano enxerga um contrato de leasing, pois o *property law* baseia-se nos conceitos de *estates*.

Contudo os juristas de formação romano-germânica tiveram dificuldade de assimilar essa espécie contratual. A aceitação do contrato de *leasing*, que para nós hoje é indiscutível, já foi motivo de controvérsia no passado.

Felizmente, o direito evoluiu e as questões acerca do leasing evoluíram e estão pavimentadas, por isso esperamos que o mesmo venha a ocorrer relativamente ao *trust*.

Entretanto, enquanto o Brasil não acolher, de forma explícita, o *trust* em seu sistema jurídico, podemos considerá-lo com um negócio jurídico atípico originado de uma manifestação unilateral de vontade.

8.2 Os *Trusts* e os Direitos Reais

Vimos que o *trust* apresenta um grande desafio ao conceito de propriedade que encontramos no seio dos direitos de origem romano-germânica. Contudo, como o *trust* envolve relações entre sujeitos e coisas, entendemos por bem também

analisar esse instituto à luz dos demais direitos reais acolhidos pelo nosso direito a fim de tentar alguma assimilação.

A primeira noção que vem à mente daquele que estuda o direito das coisas relaciona-se ao conceito de propriedade, contudo existem outros direitos reais que devem ser lembrados, ainda mais no caso do *trust*, pois já vimos a incompatibilidade entre esse instituto e nossa noção clássica de propriedade.

Passemos, portanto, a uma análise, ainda que em brevíssimas linhas, dos outros direitos reais consagrados no ordenamento jurídico brasileiro.

8.2.1 Os Direitos Reais Acolhidos no Direito Brasileiro

Vimos que direitos reais são direitos subjetivos que surgem no âmbito de uma relação jurídica entre um determinado sujeito e toda a sociedade e que tem por objeto uma determinada coisa. É o que nos ensina o Professor Caio Mário da Silva Pereira[102]:

> "[...] não é de ser aceita a instituição de uma relação jurídica entre a pessoa do sujeito e a própria coisa, uma vez que todo o direito, correlato obrigatório de um dever é necessariamente uma relação entre pessoas (...) no direito real, ao sujeito ativo conhecido opõe-se o que se denomina sujeito passivo universal."

Existem direitos reais sobre móveis e sobre imóveis. Conforme nosso Código Civil, esses direitos adquirem-se com a transcrição, já os direitos reais sobre móveis são adquiridos com a tradição.

Os direitos reais apresentam como características: eficácia absoluta, inerência, seqüela, preferência, tipicidade, tendência à perpetuidade determinação e existência atual da coisa, publicidade e aquisição por usucapião.

---

[102] *Instituições de Direito Civil: Direitos Reais*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 4, p. 3.

Arnoldo Wald[103] assim resume as características dos direitos reais:

> "1. É direito absoluto, *erga omnes* (contra todos), tendo sujeito passivo indeterminado, enquanto o direito pessoal ou de crédito (direito obrigacional) é relativo e tem sujeito passivo determinado. No direito real, são sujeitos passivos todos os membros da coletividade.
>
> 2. Recai sobre objeto exterior à personalidade do sujeito ativo, aderindo à coisa e seguindo-a em mãos de quem estiver (seqüela e ambulatoriedade);
>
> 3. O titular do direito real pode exercer o seu direito sobre a coisa independentemente de qualquer prestação do sujeito passivo, enquanto nos direitos de crédito, a satisfação do sujeito ativo depende da prestação do sujeito passivo ou decisão judicial.
>
> 4. O dever jurídico pode consistir em fazer, não fazer ou sofrer e o inadimplemento do sujeito passivo dá margem à execução compulsória e não apenas às perdas e danos, como ocorre na maioria dos casos, nos direitos obrigacionais.
>
> 5. Os direitos reais são os definidos por lei taxativamente (doutrina do *numerus clausus*) não se admitindo a criação de outros não legislativamente previstos. As partes não podem criar um direito real que a lei não tenha definido como tal."

Entre essas características acima citadas, merece especial atenção, no nosso caso, a tipicidade, o que significa que os direitos reais reconhecidos em nosso ordenamento jurídico são tão somente aqueles consagrados pelo Código Civil, quais sejam:

(i) a propriedade;

(ii) a superfície;

(iii) as servidões;

(iv) o usufruto;

(v) o uso;

(vi) a habitação;

(vii) o direito do promitente comprador do imóvel;

(viii) o penhor;

[103] WALD, Arnoldo. *Direito das coisas*. 10. ed. ver. aum e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 29.

(ix) a hipoteca;

(x) a anticrese.

Esse rol de direitos reais não é exemplificativo, mas sim taxativo, assim como corolário do princípio da tipicidade cerrada dos direitos reais, afora estes 10 direitos reais, nenhum outro é acolhido em nosso Direito, conforme leciona Caio Mário da Silva Pereira[104]:

> "O aspecto, igualmente preponderante, na caracterização dos direitos reais, é sua limitação legal. Somente o legislador (no Código ou em lei extravagante) pode criá-los (*numerus clausus*). A convenção ou a vontade dos interessados não tem esse poder. São os direitos revestidos da prerrogativa de restringir o uso dos bens a certos sujeitos, e é conveniente que os não possa criar, senão o legislador, pelas implicações sociais conseqüentes. Na sua enumeração lavra certa diversidade legislativa como doutrinária. Enquanto alguns direitos reais são mencionados ou enumerados em caráter constante, outros são aos revés omitidos em um ou outro sistema jurídico [...]"

Assim, diante de da taxatividade dos direitos reais, o *trust*, explica o professor Digo Leite de Campos[105], em tese não poderia ser aceito nos países de tradição romano-germânica, haja vista que

> "[...] qualquer acordo entre as partes destinado à constituição de um *trust* envolveria, forçosamente, a constituição de um ônus real sobre a *res* em *trust* estendendo, deste modo, o conceito de propriedade às pretensões, presentes e futuras dos beneficiários, esse acordo não pode produzir efeitos reais. Além do mais, a criação de um direito real limitado novo relativamente àqueles já previstos pelo legislador viria a afectar os adquirentes do direito de propriedade, ou de outro direito real, com uma concreta limitação das faculdades que constituem o conteúdo de tais direitos."

Como se percebe, existe em teoria uma incompatibilidade com a taxatividade dos direitos reais, uma vez que o *trust* forçaria um novo direito real não previsto pela lei. Contudo, o próprio professor Diogo Leite de Campos acaba nos esclarecendo se tratar de um falso problema que não pode ser considerado efetivamente como um obstáculo:

> "Porém, se a doutrina jurídica quisesse, efectivamente, superar esta eventual barreira à adopção do *trust*, a regra do *numerus clausus* não

[104] *Instituições de Direito Civil: Direitos Reais*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 4, p. 6.
[105] *A Propriedade Fiduciária (Trust): estudo para a sua consagração no Direito Português*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 287.

> constituiria objeção decisiva. Atribuir-se-ia aos beneficiários um direito real análogo àquele que o direito anglo-americano reconhece aos beneficiários: a propriedade fiduciária. Esta tutelá-los-ia contra a falência ou insolvência do *trustee*, contra sua sucessão ou contra terceiros adquirentes de má-fé. resta, todavia, o problema da natureza dos direitos dos beneficiários sucessivos.
>
> A regra do *numerus clausus*, que surge desprovida de qualquer valor prático nesta matéria, poderia então ser abandonada ao museu da jurisprudência dos conceitos. Traçar-se-iam cuidadosamente os limites da actuação da autonomia privada e exigir-se-ia a publicidade de todo o direito real inominado. Este mesmo resultados pode ser atingido, em primeiro lugar, mediante a concessão às partes de autonomia na criação de direitos reais, tal como sucede no direito das obrigações e, em segundo lugar, através da extensão do número de direitos reais de modo a abranger *trusts* com efeitos reais"

Logo, defende o célebre Professor que com a introdução do *trust* o princípio *numerus clausus* poderia ser superado, surgindo, em nosso cabedal jurídico, direitos reais atípicos albergados pela autonomia da vontade.

Não obstante, mesmo que se venha a entender a existência de direitos atípicos como uma teoria por demais radical, ainda vemos a questão da taxatividade dos direitos reais como um falso problema, pois a taxatividade dos direitos reais tem como um dos fundamentos evitar que o intérprete venha a por em risco a segurança jurídica por meio da criação de direitos reais inominados. Assim sendo, o intérprete deve se ater às figuras prescritas na legislação.

Contudo, devemos lembrar que os direitos reais prescritos no Código Civil não são imutáveis, pétreos. Não encontraremos em nenhum lugar a vedação à criação, pelo legislador, de novos direitos reais, que passariam a integrar nosso ordenamento e que vinculariam o intérprete. Logo, se a introdução do *trust* implicar criação de novos direitos reais, o legislador poderá encarregar-se desta tarefa.

Aliás, essa questão do princípio *numerus clausus* para os direitos reais tanto não é um entrave real, que já foi superado, como vimos, por outros países de tradição civilista, como a Itália.

8.2.2 A Publicidade dos Direitos Reais

Outra questão que costuma ser pontuada como empecilho à introdução dos *trust* é o princípio da publicidade dos Direitos Reais.

Vimos que os direitos reais têm sujeito passivo universal, isto é, são oponíveis a qualquer pessoa, logo eles devem ser de conhecimento público.

Como os direitos reais sobre bens imóveis (e alguns sobre bens móveis) devem ser registrados[106] para que sejam eficazes, podemos dizer que a publicidade para tais bens se dá por meio do registro, ou seja, a partir dele, um direito real é oponível a terceiros. Já no caso da maior parte dos bens móveis a publicidade se dá com a própria posse dos bens, haja vista que os mesmos são adquiridos por tradição[107].

Normalmente, a questão que se coloca é que, no caso de um *trust*, o registro da propriedade em nome do *trustee* prejudicaria o direito subjetivo dos beneficiários. Em tais casos, um *trustee* de má-fé poderia alienar os bens como se a ele pertencessem.

Contudo, como nos explica o professor Diogo Leite de Campos,[108] tal problema não é intransponível:

> "A publicidade dada pelo registro poderia também destinar-se a proteger o beneficiário do *trust*. De facto, existem actualmente inúmeros direitos eqüitativos sujeitos a registro, de um lado e, de outro, há numerosas operações (como aquelas financeiras internacionais e aquelas do *charitable trust*) organizadas em função da existência de um *trust* conhecido por todos os participantes e por terceiros. Conseqüentemente, a lei poderia prever expressamente a possibilidade de tornar real (oponível) um direito atípico com base na actuação de um meio de publicidade [...]"

---

[106] "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."

[107] "Art. 1.226. Os direitos reais sobre coisas móveis, quando constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com a tradição."

[108] *A Propriedade Fiduciária (Trust): estudo para a sua consagração no Direito Português.* Coimbra: Almedina, 1999, p. 285.

Na prática acabamos observando que assiste razão ao professor português, mais uma vez estamos diante de um falso obstáculo à aceitação do *trust* pelos países de tradição romanista.

Tanto é vazio tal problema que a Itália (país de tradição romanista que aceitou os *trusts* no âmbito da Convenção de Haia) superou a questão da publicidade do *trust* com a já mencionada inclusão do artigo 2.645 tre em seu Código Civil.

Lembramos que referida norma legal possibilitou criar-se uma "segregação legal" para determinados bens móveis ou imóveis, passível registrada em cartório e oponível a terceiros.

Assim, a questão da publicidade dos direitos reais também não pode ser considerada como um entrave efetivo à assimilação pelos países de direito romanista.

8.3 O *Trust* e as Fundações

Uma tentativa conceitual que poderia ser feita de inserção do *trust* no atual contexto jurídico brasileiro seria o cotejo entre os *trusts* constituídos com fins de caridade, os *charitable trusts*, e as fundações.

Vimos que, conforme o *Uniform Trust Code*, os *charitable trusts* são aqueles constituídos para "para erradicação da pobreza, avanços educacionais ou religiosos, promoção da saúde, fins governamentais ou municipais, ou ao alcance de outros propósitos que sejam benéficos à comunidade". Em tais casos, o *settlor* constitui um *trust*, nomeando um *trustee* que deverá gerir o patrimônio em prol do interesse público e, não de um único beneficiário.

De certa forma, as fundações também surgem quando um indivíduo, no caso o fundador, deseja destinar seu patrimônio a realização do bem comum.

Caio Mário da Silva Pereira[109] define uma fundação como sendo:

> "(...) um pecúlio, ou um acervo de bens, que recebe da ordem legal a faculdade de agir no mundo jurídico e realizar as finalidade a que visou seu instituidor.Não é qualquer dotação patrimonial, ainda que vinculada aos fins determinados (...). Para que a destinação de bens passe a constituir fundação é necessária a personificação, isto é, a aquisição de personalidade jurídica própria, de que lhe advém a capacidade para atuar"

Sílvio Rodrigues[110], por sua vez, assevera:

> "Fundação é uma organização que gira em torno de um patrimônio. Trata-se de um patrimônio que se destina a uma determinada finalidade a uma determinada finalidade. A lei, cumpridos certos requisitos, atribui personalidade a esse acervo de bens, ou seja, atribui-lhe a capacidade para ser titular de direitos."

Explica-nos ainda Maria Helena Diniz[111] que

> "sua natureza consiste na disposição de certos bens em vista de determinados fins especiais, logo esses bens são inalienáveis (RT, 252:661); uma vez que assegura a concretização dos objetivos colimados pelo fundador, embora em certos casos, comprovada a necessidade de venda, esta possa ser autorizada (...)
>
> Percebe-se que é um patrimônio (propriedades, créditos ou dinheiro) colocado a serviço de um fim especial, que deve ter sempre alcance social, p. ex., um hospital um instituto educacional ou literário, logo; não constitui fundação a entrega de dinheiro a uma escola com a destinação de outorgar 'bolsas de estudo' a colegiais."

Como prevê o artigo 44 do Novo Código Civil[112], as fundações são consideradas pessoas jurídicas de direito privado e é justamente essa personificação que confere a um patrimônio a natureza de fundação. Por tal razão,

---

[109] *Instituições de Direito Civil: Parte Geral*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 1, p. 358.
[110] *Direito Civil: Parte Geral*. v. 1. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 98.
[111] *Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria Geral do Direito Civil*. v. 1. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 120.
[112] "Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:
I - as associações;
II - as sociedades;
III - as fundações.
IV - as organizações religiosas;
V - os partidos políticos."

i.e., por representarem a personificação de um patrimônio, as fundações são consideradas pessoas jurídicas *universitas bonorum*[113].

Para que nasça uma fundação, uma determinada pessoa deverá celebrar um ato constitutivo específico, no qual efetuará a dotação de bens livres. O ato de constituição poderá ser inter vivos ou *causa mortis*, sendo que, neste último caso, os bens são transferidos por testamento.

O outro elemento característico de uma fundação é sua finalidade, a qual deverá ser específica.

Em certos casos, fundações e *trusts* podem ser utilizados com o mesmo propósito, qual seja, a consecução de uma finalidade social. Vimos que existem os chamados *charitable trusts*, os quais também consistem na colocação de um patrimônio com vistas a um fim caritativo.

Nos Estados Unidos e na Inglaterra tanto os *charitable trusts* quanto as fundações são amplamente utilizados para as mesmas finalidades, embora possam constituir, do ponto de vista jurídico e organizacional, figuras diferentes.

Ainda, verificamos em tais países a sobreposição de ambas as figuras, quando *trusts* são utilizados para administrar os bens de uma fundação, como é o caso da Fundação Bill e Melinda Gates, a qual é considerada a maior fundação de caridade do mundo[114]. Nesse caso, o *trust* administra os bens da fundação e esta, por sua vez, encarrega-se de aplicá-los em atos de caridade.

Entretanto, em que pesem as semelhanças finalísticas de ambas as figuras, de acordo com os preceitos do nosso sistema legal as fundações e os *charitable trusts* também não podem ser juridicamente equiparados.

Como dissemos, nas fundações de direito privado, existe a personificação jurídica do patrimônio, i.e., a partir do momento em que o fundador constitui uma

---

[113] No que tange à sua estrutura interna, as pessoas jurídicas podem ser classificadas como (i) *universita personorum*, quando compostas de pessoas ou como (ii) *universita bonorum* quando se constituírem por um patrimônio personificado, como é o caso das fundações.

[114] Conforme dados do website "Foundation Center". Disponível em: <http://foundationcenter.org/findfunders/topfunders/top100assets.html>.

fundação, destinando-lhe bens, temos uma pessoa jurídica, a qual é formada por esses bens.

Já no caso do *trust*, primeiro não há personalidade jurídica, a propriedade dos bens que o constituem é repartida, sendo que ao *trustee* cabe o *legal title* e o dever de administrar o patrimônio em favor dos beneficiários.

Em uma fundação naturalmente não existe essa bipartição da propriedade, permanecendo o patrimônio unificado sob a pessoa jurídica que dele se formou. Esse patrimônio será utilizado pela propriedade na realização dos fins para as quais foi criada.

Outra diferença refere-se à inalienabilidade dos bens de uma fundação, o que não ocorre no caso do *trust*, no qual os bens podem ser alienados pelo *trustee* se este poder lhe for conferido no respectivo instrumento de constituição.

O professor Diogo Leite de Campos[115] corrobora que fundações e *charitable trusts* correspondem grosso modo, contudo deixa claro que ambas as figuras são diferentes asseverando:

> "Contudo, ao contrário do *trust*, a fundação não é apenas uma massa de bens separada do fundador e dos beneficiários, pois que é uma pessoa jurídica. Em oposição à fundação, o *trustee* é titular de dois patrimônios, o seu e aquele constituído em *trust*. Se o *trust* fosse dotado de personalidade jurídica, o *trustee* seria um mero administrador. Por outro lado, os beneficiários da fundação, diferentemente dos beneficiários do *trust*, não têm qualquer poder directo e imediato sobre os bens da fundação podendo apenas, quando muito, determinadas pessoas beneficiárias adquirir direito contra a fundação a certas prestações. Note-se ainda que o *trust* pode ser constituído mediante uma mera transferência de titularidade de bens ou direitos para o *trustee*, enquanto a fundação pressupõe um reconhecimento por concessão mediante acto indivi*dual* da autoridade pública [...]"

Consoante se depreende, ambas as figuras, *charitable trusts* e fundações privadas, podem até se assemelhar por suas finalidades (caridade e realização do bem comum), porém existe uma série de diferenças que torna impossível sua equiparação do ponto de vista jurídico.

---

[115] *A Propriedade Fiduciária (Trust): estudo para a sua consagração no Direito Português*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 265.

8.4 Síntese sobre o Posicionamento do *Trust* no Ordenamento Brasileiro

Tentamos inicialmente equiparar o *trust* aos contratos nominados no nosso Código Civil. Como pudemos concluir, não existe, entre tais figuras contratuais, nenhuma que possa ser-lhe equiparada.

Em verdade, o *trust* nem sequer tem natureza contratual, por isso também não podemos considerá-lo como um contrato inominado ou atípico. Isso ocorre, em especial, pela ausência de bilateralidade em um *trust*.

O *settlor* nomeia um *trustee*, independentemente de manifestação de vontade por parte deste último ou do beneficiário, em um *trust* não existe a colidência de vontades, nem a pluralidade de partes.

Também vimos que, ao contrário do que ocorre nos contratos, em um *trust* não se estabelecem direitos e obrigações para ambas as partes. As obrigações são impostas somente para o *trustee*.

O *trust* também não é um Direito Real, vimos que estes são taxativamente delimitados no Código Civil, não havendo qualquer direito que a ele se assemelhe.

Por fim, também não podemos equipar os *trusts* às fundações. Embora os *charitable trusts* e as fundações possam ter finalidades semelhantes, existe uma série de outros elementos de natureza jurídica que afastam os dois institutos.

9. O DIREITO BRASILEIRO E OS NEGÓCIOS FIDUCIÁRIOS

Vimos no capítulo anterior que o *trust* não se enquadra com perfeição em nenhum dos contratos típicos previstos no Direito brasileiro, não podendo sequer se considerado como um contrato, mas sim uma declaração unilateral de vontade emanada pelo *settlor*.

Se examinado sob o prisma dos negócios jurídicos, podemos associar o *trust* aos negócios fiduciários, os quais têm sua origem no direito romano e são plenamente aceitos no Brasil nos dias atuais. Porém desde já devemos advertir que a equiparação entre *trusts* e negócios fiduciários não é absoluta, existem semelhanças, mas não existe uma equiparação plena.

Vale ressaltar que, embora os negócios fiduciários tenham nascido no seio do Direito Romano, sua aceitação pelos romanistas também foi motivo de controvérsia entre os doutrinadores.

Assim, passemos a verificar a eventual equiparação do *trust* aos negócios fiduciários já acolhidos por nosso ordenamento.

9.1 A Origem dos Negócios Fiduciários

Outro paralelo que se costuma traçar em relação ao *trust* é compará-lo a uma relação fiduciária mediante a qual o proprietário de um bem o transfere a um agente fiduciário.

Existem no nosso ordenamento vários negócios e/ou relações jurídicas baseados no instituto romano da fidúcia. Os negócios fiduciários, no direito romano, poderiam ser encontrados sob duas modalidades: *fiducia cum amico* e *fiducia cum creditore*.

Na *fiducia cum amico*, o fiduciante transferia seus bens a outrem, o fiduciário, para que este exercesse a guarda dos bens em fidúcia, com o compromisso de devolvê-lo posteriormente. Como se percebe, assemelha-se muito a um contrato de depósito.

Por outro lado, havia a *fiducia cum creditore*, que tinha claramente um papel de garantia a um credor.

A fidúcia romana, contudo, caiu em desuso ao longo do tempo e, por muitos séculos, permaneceu no esquecimento, porém, com o trabalho dos doutrinadores, em especial alemães, os negócios fiduciários voltaram a ser discutidos no âmbito do direito romano-germânico.

Nesse contexto, merece destaque o labor de Friederich Von Savigny, que, em 1841, trouxe a primeira menção, no âmbito romanista, à fidúcia.

A partir dessa primeira menção trazida por Savigny, Ferdinand Regelsberger revisitou, com maior profundidade, as principais diretrizes da fidúcia romanista, chegando ao requinte de discutir a problemática da simulação ante os negócios fiduciários, afirmando que a vontade de realizar um negócio é o elemento que separa esses dois mundos. Na simulação não se pretende produzir um determinado efeito jurídico, ao contrário dos negócios fiduciários.

No direito brasileiro, a primeira obra a contemplar os negócios fiduciários foi Systema do direito civil brasileiro, de Eduardo Espínola, datada de 1908, que, na linha de Ferdinand Regelsberger, conclui que os negócios fiduciários não implicam simulação.

A ele se seguiram outros doutrinadores pátrios de peso nos ramos do Direito Comercial e Civil, tais como José Xavier Carvalho de Mendonça, J.M. Carvalho Santos e Pontes de Miranda[116].

Contudo, a despeito de os primeiros estudos no âmbito do direito brasileiro datarem do início do século XX, a positivação dos primeiros negócios fiduciários no

[116] Na obra *Tratado de Direito Privado: Parte Geral: Negócios Jurídicos, Representação, Conteúdo, Forma, Prova*. v. 3.

âmbito do direito brasileiro veio com a Lei 4.728, de 14 de julho de 1965, que trata da alienação fiduciária em garantia.

Como se percebe, entre o início dos trabalhos em termos de Ciência do Direito e o reconhecimento dessa realidade pelo Direito Positivo, decorreram quase 60 anos, uma demonstração que nem sempre o Direito Positivo caminha com a devida celeridade no reconhecimento das realidades sociais.

9.2 Conceito de Negócio Fiduciário

Podemos definir o conceito de negócio fiduciário nas palavras de Melhim Namem Chalhub[117]:

> "Entende-se como negócio fiduciário o negócio jurídico inominado pelo qual uma pessoa (fiduciante) transmite a propriedade de determinado bem ou a titularidade de um certo direito a outra pessoa (fiduciário), que se obriga a lhe dar determinada destinação e, cumprindo esse encargo, retransmitir o bem ou o direito ao fiduciante ou a um beneficiário indicado no pacto fiduciário."

Aliás, como nos explica Pontes de Miranda[118], um dos pontos-chave do negócio fiduciário é a questão da acessoriedade do negócio:

> "Sempre que a transmissão tem um fim que não é a transmissão mesma, de modo que ela serve de negócio jurídico que não é o de alienação a quem se transmite, diz-se que há fidúcia ou negócio jurídico fiduciário."

Como se depreende, em um negócio fiduciário, uma parte (o fiduciante) entrega em confiança uma coisa à outra parte (fiduciário) para a consecução de um fim que não a alienação do bem, mas sim uma finalidade negocial acessória, por exemplo, uma garantia.

---

[117] Negócio *Fiduciário*. 2. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2000, p. 167.
[118] *Tratado de Direito Privado: Parte Geral: Negócios Jurídicos, Representação, Conteúdo, Forma, Prova*. v. 3. Campinas: Bookseller, 2000,. p. 146.

Por meio desse negócio, estabelece-se uma relação jurídica entre fiduciante e fiduciário de natureza pessoal, que não atinge as relações jurídicas entre o fiduciário e terceiros.

Um dos pontos mais importantes que devem ficar gravados é que **a constituição da fidúcia não implica cisão da propriedade** (ao contrário do que ocorre no *trust*). Com a instituição da fidúcia, o fiduciário passa a ser proprietário de bem. O direito romano-germânico, como vimos, não aceita a bipartição da propriedade, logo o fiduciante deixa de ter a propriedade. Aliás, nesse sentido são esclarecedoras as palavras de Pontes de Miranda[119]:

> "Quis-se reduzir o fiduciário a simples proprietário formal ou mandatário para cobrança do crédito. Distinção entre propriedade formal e propriedade material ou econômica seria novidade no direito. Tentou Martin Wolff (Lehbruch, III, 304) explicar a transmissão com fidúcia (para garantia ou administração) como sendo fiduciário o proprietário, exceto o fiduciante, de modo que esse continua, perante o fiduciário, como proprietário, a ponto de se ter de reconhecer o direito a separar da massa a coisa alienada para outro fim. Porém a espécie não é, de maneira nenhuma, semelhante à da alienação em fraude de execução ou fraude de outra medida constritiva, pois que qualquer dessas vale e apenas é ineficaz para o exeqüente ou o beneficiado pela medida judicial constritiva. O fiduciário é o proprietário perante todos, inclusive o fiduciante; e nisso o negócio jurídico fiduciário distingue-se do negócio jurídico simulado."

No âmbito da fidúcia, o fiduciário é proprietário, porém trata-se de uma propriedade resolúvel por conta do implemento de uma condição.

Ensina Caio Mario da Silva Pereira[120]:

> "Como todo direito, a propriedade pode ser subordinada a uma condição ou a um termo. Com o implemento da condição resolutiva, extingue-se o direito de propriedade. Com o advento do termo, cessa para o titular o exercício daquele direito. (...) Com o implemento da condição ou o advento do termo extintivo, consideram-se resolvidos automaticamente os direitos reais concedidos na sua pendência. O proprietário, beneficiado pelo implemento da condição ou advento do termo extintivo, recupera seu domínio livre de toda modalidade. Em conseqüência, pode reivindicar a coisa, no poder de quem quer que a possua ou detenha."

---

[119] *Tratado de Direito Privado: Parte Geral: Negócios Jurídicos, Representação, Conteúdo, Forma, Prova*. v. 3. Campinas: Bookseller, 2000, p. 151.
[120] *Instituições de Direito Civil: Direitos Reais*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 4, p. 97.

A propriedade resolúvel no Direito Brasileiro encontra-se disciplinada pelo artigo 1359, *in verbis*:

> "resolvida a propriedade pelo implemento da condição ou pelo advento do termo, entendem-se também resolvidos os direitos reais concedidos na sua pendência, e o proprietário, em cujo favor se opera a resolução, pode reivindicar a coisa do poder de quem a possua ou detenha."

Como se percebe, não se trata de uma propriedade permanente, seus respectivos efeitos podem ser extintos, se implementadas as condições que deram ensejo à sua criação. Porém sempre é válido relembrar que a existência da propriedade resolúvel não equivale à cisão da propriedade que existe na *common law*.

9.3 Os negócios fiduciários aceitos no ordenamento jurídico brasileiro

O direito brasileiro, seguindo sua tradição romano-germânica, tratou de acolher alguns tipos de negócios fiduciários. Tal movimento teve início em 1965 com a introdução da alienação fiduciária em garantia.

Veremos adiante que tais negócios se baseiam na fidúcia romano-germânica, não podendo ser equiparados ao *trust* da *common law*, mesmo assim, o crescente reconhecimento desses negócios pode representar uma caminhada em direção à assimilação do *trust* pelo Direito Positivo brasileiro.

9.3.1 Substituição Fideicomissária

Uma das formas mais antigas de negócio fiduciário positivado no Direito Brasileiro é a substituição fideicomissária, a qual se opera para fins de sucessão.

No âmbito do nosso Código Civil, encontramos as chamadas substituições, pelas quais o testador, em determinados casos, tem o direito de indicar um herdeiro substituto. São três as formas de substituição acolhidas, quais sejam, a substituição vulgar ou ordinária, a substituição recíproca e a substituição fideicomissária

A substituição fideicomissária tem natureza claramente fiduciária, haja vista que o testador institui o fideicomisso, indicando um fiduciário que deverá manter a propriedade resolúvel dos bens.

Este tipo de fideicomisso não pode ser confundido com aquele adotado por outros países da América Latina, pois suas finalidades são distintas, razão pela qual trataremos mais do assunto com maior detalhamento adiante.

9.3.2 Alienação Fiduciária em Garantia

Como cediço, a positivação dos negócios fiduciários no Brasil iniciou-se em 1965, com a edição da Lei 4.728, posteriormente alterada pelo Decreto-lei 911/69, que instituiu a alienação fiduciária em garantia.

Nos termos da lei da alienação fiduciária em garantia é transferido "o domínio da coisa alienada, independentemente da sua tradição, continuando o devedor a possuí-la em nome do adquirente, segundo as condições do contrato, e com as responsabilidades de depositário"[121].

A consagração definitiva da alienação fiduciária no âmbito do direito positivo veio com o Código Civil de 2002, que dedicou um capítulo inteiro ao tema.

O capítulo IX do Código Civil brasileiro trata, entre os artigos 1.361 e 1.368, das principais características e requisitos desse instituto. Nestes termos, define o artigo 1.361 que "considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor".

[121] Conforme previsto originalmente no artigo 66, parágrafo 2, posteriormente revogado pela Lei nº10.931/2004.

Como se percebe o Código tratou em especial dos negócios fiduciários celebrados para fins de garantia, porém tais negócios também poderão ser celebrados para outras finalidades, como veremos a seguir.

De toda sorte, sempre devemos relembrar que tais negócios têm como características a acessoriedade e a transmissão da propriedade, a qual será resolúvel. Esses dois atributos são, ao nosso entender, a principal diferença entre os negócios fiduciários e os *trusts* consagrados na *common law*.

9.3.3 Fundos de Investimento Imobiliário (FII)

Além da alienação fiduciária em garantia, que tem por finalidade a constituição de uma garantia de pagamento de uma dívida, podemos encontrar no Brasil negócios fiduciários para fins de investimento, é o caso dos "fundos de investimento imobiliários".

Nos termos do artigo 1º da Lei 8.668/93, que os instituiu os fundos de investimento imobiliário, estes são "caracterizados pela comunhão de recursos captados por meio do Sistema de Distribuição de Valores Mobiliários, na forma da Lei 6.385, de 7 de dezembro de 1976, destinados a aplicação em empreendimentos imobiliários".

Em tais casos, os investidores aportam capital, tornando-se quotistas de fundos que utilizam os recursos para investir em empreendimentos imobiliários, por exemplo, escritórios, *shopping centers* ou hotéis. O fundo, que não tem personalidade jurídica, é administrado por uma instituição financeira, responsável por representá-lo nos termos de seu regulamento.

O artigo 7º da Lei 8.668/93 deixa clara a natureza fiduciária da relação jurídica que se cria, ao dispor:

> "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.
>
> (...)"

Como se percebe, o patrimônio do fundo não se comunica com o dos administradores, que têm apenas a propriedade fiduciária, a qual sofre uma série de limitações.

É importante mencionar que os fundos de investimento imobiliário inspiram-se claramente na figura do *Real Estate Investment Trust* (REIT), que se difundiu nos Estados Unidos no século XX, a partir da década de 60, quando foi promulgado o *Real Estate Investment Trust Act*.

O *Real Estate Investment Trust Act* criou um regime tributário especial, concedendo isenção relativamente ao Imposto sobre a Renda aos REITs que observassem determinadas condições.

Atualmente, possuem isenção os REITs que obedecerem aos seguintes requisitos:

i) distribuir a seus quotistas, no mínimo, 95% de sua renda líquida anual;

ii) ter ao menos 75% de seu rendimento bruto anual advindos de operações no mercado imobiliário;

iii) ter mais do que 100 quotistas.

Os REITS operam de forma similar aos fundos mútuos, pois recebem aportes de capital de seus quotistas para fins de investimento em propriedades imobiliárias. Posteriormente, essa figura se disseminou em outros países, como o Japão e a Alemanha.

9.3.4 O Regime Fiduciário da Lei 9.514/97 e o Sistema de Financiamento Imobiliário (SFI)

Conforme previsto no artigo 1º da Lei 9.514/97, o Sistema de Financiamento Imobiliário (SFI) foi instituído com a "finalidade promover o financiamento imobiliário em geral, segundo condições compatíveis com as da formação dos fundos respectivos".

São operadores do SFI as caixas econômicas, os bancos comerciais, os bancos de investimento, os bancos com carteira de crédito imobiliário, as sociedades de crédito imobiliário, as associações de poupança e empréstimo, as companhias hipotecárias e outras entidades autorizadas pelo Conselho Monetário Nacional – CMN. Além disso, foram ainda criadas as companhias securitizadoras de créditos imobiliários, definidas pelo artigo 3º dessa mesma lei como sendo:

> "instituições não financeiras constituídas sob a forma de sociedade por ações, terão por finalidade a aquisição e securitização desses créditos e a emissão e colocação, no mercado financeiro, de Certificados de Recebíveis Imobiliários, podendo emitir outros títulos de crédito, realizar negócios e prestar serviços compatíveis com as suas atividades."

Como previsto na legislação, a securitização de créditos pode ser definida como "a operação pela qual tais créditos são expressamente vinculados à emissão de uma série de títulos de crédito"[122].

Nesse contexto, as companhias securitizadoras podem instituir regime fiduciário sobre créditos imobiliários, a fim de lastrear a emissão de Certificados de Recebíveis Imobiliários (CRI).

[122] Conforme artigo 8º da Lei 9.514/97.

Os recebíveis imobiliários em questão podem ser entendidos como todos e quaisquer créditos relacionados a operações envolvendo imóveis residenciais, comerciais, industriais, rurais ou urbanizados, tais como venda e compra, ou promessa de venda e compra a prazo, financiamento, arrendamento, locação, entre outros

Os Certificados de Recebíveis Imobiliários (CRI) são títulos de crédito nominativos lastreados em créditos imobiliários, trata-se, portanto, de instrumentos de captação e financiamento do mercado imobiliário, na medida em que tais créditos podem ainda ser negociados em um mercado secundário, tal como nas Bolsas de Valores e no Mercado de Balcão.

Os créditos imobiliários que estiverem sob o regime fiduciário constituem um patrimônio separado, que não se mistura ao ativo da securitizadora, e se mantêm apartados até que se complete o resgate de todos os títulos da série a que estejam afetados.

O regime fiduciário contará ainda com a figura do agente fiduciário, que será uma instituição financeira ou companhia autorizada para esse fim pelo BACEN, a quem serão conferidos poderes gerais de representação da comunhão dos beneficiários, inclusive os de receber e dar quitação, e que terá os seguintes deveres:

i) zelar pela proteção dos direitos e interesses dos beneficiários, acompanhando a atuação da companhia securitizadora na administração do patrimônio separado;

ii) adotar as medidas judiciais ou extrajudiciais necessárias à defesa dos interesses dos beneficiários, bem como à realização dos créditos afetados ao patrimônio separado, caso a companhia securitizadora não o faça;

iii) exercer, na hipótese de insolvência da companhia securitizadora, a administração do patrimônio separado;

iv) promover, na forma em que dispuser o Termo de Securitização de Créditos, a liquidação do patrimônio separado;

v) executar os demais encargos que lhe forem atribuídos no Termo de Securitização de Créditos.

O Regime Fiduciário instituído pela Lei 9.514/97 se extingue com implemento das condições a que esteja submetido, na conformidade do Termo de Securitização de Créditos que o tenha instituído.

Assim, percebe-se que os negócios fiduciários podem ser utilizados para fins financeiros, não se equiparando aos *trusts* da *common law*, sobretudo em vista da inexistência da separação da propriedade.

No caso do Regime Fiduciário, em nenhum momento existe a separação entre legal e *equitable title*. Ademais, sempre se verifica a característica da acessoriedade, ou seja, a transferência da propriedade não é o fim último do negócio que está sendo celebrado. Em se tratando do SFI, o Regime Fiduciário fomentar o mercado imobiliário.

9.4 As diferenças entre os negócios fiduciários aceitos no Brasil e o *Trust*

O *trust* se aproxima muito de alguns negócios fiduciários correntemente aceitos no Brasil, porém por sua evolução no seio da *common law* acaba sendo gravado por algumas características especiais que o distanciam dos negócios fiduciários atualmente positivados em nosso ordenamento.

O grande diferencial que verificamos é que nos negócios fiduciários não há desmembramento do direito de propriedade, mas sim a criação de uma propriedade resolúvel nos termos já tratados no item anterior. Em tais casos, a propriedade do bem é transmitida ao fiduciário temporariamente, como nos explica Melhim Namem Chalhub[123]:

> "Ao ser contratada a alienação fiduciária, o devedor-fiduciante transmite a propriedade ao credor-fiduciário e, por esse meio, demite-se do seu direito de propriedade; em decorrência dessa contratação, constitui-se em favor do credor-fiduciário uma propriedade resolúvel; por força dessa estruturação, o

[123] Negócio *Fiduciário*. 2. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2000, p. 222.

> devedor-fiduciante é investido na qualidade de proprietário sob condição suspensiva, e pode tornar-se novamente titular da propriedade plena ao implementar a condição de pagamento da dívida que constitui objeto do contrato principal."

Lembremos que no direito romano-germânico a propriedade é una, assim o fiduciário passa a ser proprietário dos bens, todavia no *trust*, por um lado o *trustee* pode exercer grande parte dos direitos inerentes à propriedade e por outro o beneficiário receberá os frutos decorrentes do poder que o *trustee* exerce sobre sua propriedade, afinal, no momento em que o *settlor* constitui o *trust* verifica-se a segregação entre o *legal title* e o *equitable title*, ou seja, entre a propriedade legal e a propriedade eqüitativa

Além da questão concernente à cisão do direito de propriedade (*dual ownership*), outros fatores que diferenciam o *trust* dos negócios baseados na fidúcia do direito romano-germânico são:

a) na fidúcia é mantido o princípio da unicidade do patrimônio, isto é, os bens envolvidos integram o patrimônio do agente fiduciário sujeitando-se a eventuais exigências por parte de credores;

b) a fidúcia constitui-se por meio de contrato, porém o *trust* poderá decorrer unilateralmente da vontade do *settlor*, ainda que sem o consentimento do *trustee*. Nesse sentido o artigo 1.362 do Código Civil chega a relacionar expressamente os elementos obrigatórios de um contrato que serve de título à propriedade fiduciária;

c) acordo entre as partes torna a fidúcia irrevogável, o que não ocorre com o *trust*, o qual, exceto se disposto em seu ato constitutivo, será irrevogável.

Desta feita, verifica-se que, a despeito de algumas semelhanças, os *trusts* e os negócios fiduciários não são equiparáveis, mormente por conta da impossibilidade de cisão da propriedade no âmbito romanista. Entretanto, como já ressaltamos, a expansão dos negócios fiduciários no seio do direito brasileiro representa um progresso em direção à assimilação do *trust*.

9.5 O Fideicomisso Aceito nos Países Latinos

Muitos países de direito romano-germânico adotam de forma ampla a figura do fideicomisso.

O instituto do fideicomisso é reconhecido pelo Direito Brasileiro, encontrando-se positivado nos artigos 1.951 e seguintes do Código Civil de 2002, que prevêem a substituição fideicomissária a ser instituída pelo testador para que "a herança ou o legado se transmita ao fiduciário, resolvendo-se o direito deste, por sua morte, a certo tempo ou sob certa condição, em favor de outrem, que se qualifica de fideicomissário".

Nas palavras de Sílvio Rodrigues, a substituição fideicomissária "é aquela em que o testador impõe a um herdeiro, ou legatário, chamado fiduciário, a obrigação de por sua morte, a certo tempo, ou sob certa condição, transmitir a outro, que se qualifica de fideicomissário, a herança ou legado"[124].

Assim sendo, o fideicomisso brasileiro é composto por uma estrutura subjetiva triadica, composta pelo fideicomitente, pelo fiduciário e pelo fideicomissário.

É, como se pode notar, uma espécie de negócio fiduciário, o qual, no entanto, não se equipara ao *trust*, na medida em que a propriedade é transferida integralmente ao fiduciário, não havendo cisão do direito de propriedade.

Aliás, nesse sentido, o artigo 1.953 do Código Civil dispõe de forma clara que "o fiduciário tem a propriedade da herança ou legado, mas restrita e resolúvel". Temos mais uma vez figura da propriedade resolúvel que é transmitida ao fiduciário.

Como se percebe, no âmbito do nosso Direito, o instituto do fideicomisso fica restrito às questões de ordem sucessórias. Contudo, em outros países, tal figura tem adquirido contornos mais amplos sendo utilizado, inclusive, como instrumento financeiro.

---

[124] *Direito Civil, Direito das Sucessões*. v. 7. 23. ed; São Paulo: Saraiva, 1999, p. 277.

Um dos países civilistas a adotar o fideicomisso que podemos citar como exemplo é a Argentina.

O instituto do fideicomisso foi positivado no ordenamento argentino em 1995, com o advento da Lei 24.441.

No caso do fideicomisso aceito na Argentina, explica-nos o professor Alejandro Altamirano[125]:

> "Existe fideicomisso quando uma pessoa física ou jurídica, denominada fiduciante, transmite a propriedade de um bem a outra, que assume o papel de fiduciário, para que está última cumpra com um encargo relativo ao bem transmitido. Essa transmissão de propriedade se realiza a título de confiança, isto é, o fiduciário deverá cumprir o encargo e dar ao bem (objeto da transmissão) o destino que o fiduciante previu no ato que dá origem ao fideicomisso."

O fideicomisso argentino tem o mesmo espírito dos negócios fiduciários brasileiros, haja vista que haverá a transmissão integral de propriedade a um terceiro, transmissão essa marcada pela confiança e por limitações. Ademais, o fiduciário deverá obedecer aos termos dispostos no acordo que der origem ao fideicomisso.

A transmissão da propriedade fiduciária não é a finalidade própria do negócio, mas sim um artifício para implementá-lo, por isso, dizermos que se trata de um pacto acessório. Ademais, como em outros negócios fiduciário já examinados, cria-se um patrimônio de afetação, que não se comunica com o ativo do fiduciário.

A legislação argentina ainda prevê o fideicomisso financeiro, por meio do qual é permitida a securitização ou titularização de ativos homogêneos. Esse tipo de fideicomisso é extremamente semelhante à securitização de créditos existente no Brasil, disciplinada pela da Lei 9.514/97, tal como vimos no item 9.3.4.

No Uruguai também existem figuras semelhantes regulamentadas pela Lei 1.773, de 2003, que em seu artigo 1 assim o define:

---

[125] "Existe fideicomiso cuando una persona física o jurídica, denominada fiduciante, transmite la propiedad de un bien a otra, quien asume el rol de fiduciario, para que ésta última cumpla con un encargo respecto del bien transmitido. Esa transmisión de propiedad se realiza a título de confianza es decir el fiduciario deberá cumplir el encargo y darle al bien (objeto de la transmisión) el destino que el fiduciante previó en el acto que da nacimiento al fideicomiso" (Tratamiento Tributario del Fideicomiso En La República Argentina. *El Fideicomiso*. Buenos Aires: Abaco, 1997).

> "O fideicomisso é o negócio por meio do qual se constitui a propriedade fiduciária de conjunto de direitos de propriedade ou outros direitos reais ou pessoais que são transmitidos pelo fideicomitente ao fiduciário para que os administre ou exerça em conformidade com as instruções contidas no fideicomisso, em benefício de uma pessoa (beneficiário), que é designada no mesmo, e a restitua ao término do prazo ou condição ao fideicomitente ou a transmita ao beneficiário."

Perceba-se que o espírito do fideicomisso uruguaio é o mesmo daquele que guia os negócios fiduciários no Brasil e na Argentina. No exemplo uruguaio, como se pode depreender, a propriedade é integralmente transferida ao fiduciário, porém, da mesma forma que nos outros países, essa propriedade é resolúvel, portanto, os bens transferidos devem ser restituídos ao fideicomitente ou transmitidos ao beneficiário.

Aliás, nesse sentido, a lei uruguaia reforça o caráter fiduciário da propriedade transferida, na medida em que dispõe:

> "Os bens e direitos fideicomitidos constituem um patrimônio de afetação, separado e independente dos patrimônios do fideicomitente, do fiduciário e do beneficiário."[126]

Existe também no Uruguai o chamado fideicomisso financeiro, de forma semelhante ao que se encontra na Argentina e à securitização brasileira.

Nos três países em comento, por se tratar de ordenamentos jurídicos de origem romano-germânica, não há que se falar em divisão da propriedade, não sendo aplicáveis os conceitos de *legal property* e *equitable property* que encontramos nos países de *common law*, logo as figuras jurídicas mencionadas não podem ser consideradas *trusts*.

Analisando os exemplos mencionados, podemos notar que, embora os países de direito romano-germânico acolham negócios fiduciários de forma cada vez mais abrangente, não existe em tais ordenamentos qualquer negócio que, de fato, possa ser considerado como *trust*.

---

[126] "Los bienes y derechos fideicomitidos constituyen un patrimonio de afectación, separado e independiente de los patrimonios del fideicomitente, del fiduciario y del beneficiario."

10 OS EFEITOS TRIBUTÁRIOS DECORRENTES DO RECONHECIMENTO DO *TRUST* NO BRASIL

Sabe-se que o *trust* não é aceito no Direito Brasileiro em face de suas raízes romanistas. Contudo, o *trust* é uma realidade que não pode ser ignorada, haja vista a crescente quantidade de residentes no Brasil que, pelas mais diversas razões, constituem *trusts* no exterior.

Um dos motivos que justificam a atenção das autoridades brasileiras aos *trusts* constituídos no exterior é de natureza tributária, posto que os *trusts* implicam movimentação patrimonial e, muitas vezes, geração de novas riquezas, ou seja, de rendas.

Assim, passemos agora a analisar os efeitos tributários que um *trust* constituído no exterior pode ter no Brasil. Ou seja, nosso foco de análise parte da adoção de um *trust* nos moldes do previsto na Convenção de Haia.

O *trust* é um instituto que pode apresentar diversas variações, dado o ambiente legal em que foi criado, a *common law*, o qual permite uma maior informalidade e uma maior flexibilidade em suas estruturas. Contudo, para o presente trabalho, vamos adotar como corte metodológico a análise dos impactos tributários no Brasil de um *express private trust* e as seguintes situações:

1) transferência da propriedade e de seus frutos após a morte do *settlor* (*testamentary trusts*);

2) transferência da propriedade e de seus frutos ao beneficiário sem o falecimento do *settlor* (*inter vivos trust*).

Mais uma vez, ressalte-se que, por uma questão de metodologia, vamos considerar que tais *trusts* sejam constituídos segundo os preceitos da Convenção de Haia, haja vista se tratar do modelo mais palatável aos ordenamentos de natureza romanista.

Outra premissa a ser pontuada é que nossa análise será concentrada nos principais tributos que incidem nas transferências de bens e direitos, seja inter vivos, seja *causa mortis*.

Contudo, antes de aprofundarmos as análises tributárias específicas, entendemos útil, passarmos por alguns conceitos gerais de Direito Tributário. Nas duas situações retromencionadas, analisaremos o fato jurídico em ocorrência à luz da regra matriz de incidência dos tributos que incidem em transferências patrimoniais.

10.1 A Regra Matriz de Incidência Tributária

No nosso caso, por uma questão de metodologia, entendemos útil analisar a regra matriz de incidência dos principais tributos que poderiam incidir nas operações relacionadas aos *trusts*.

Tal recurso é de grande valia, como bem nos explica o Professor Paulo de Barros Carvalho[127]:

> "Dentre os recursos epistemológicos mais úteis e operativos para a compreensão do fenômeno jurídico tributário, segundo penso, inscreve-se o esquema da regra matriz de incidência. Além de oferecer ao analista um ponto de partida rigorosamente correto, sob o ângulo formal, favorece o trabalho subseqüente de ingresso nos planos semântico e pragmático, tendo em vista a substituição de suas variáveis lógicas pelos conteúdos da linguagem do direito positivo."

A regra matriz de incidência é uma norma que apresenta a mesma linguagem (prescritiva de condutas) e possui a mesma estrutura das demais normas encontradas no Direito Positivo.

O Direito Positivo é um conjunto de enunciados prescritivos de condutas interpessoais. Esses enunciados são as normas, cuja estrutura se desdobra em antecedente e conseqüente.

---

[127] *Direito Tributário, Linguagem e Método*. São Paulo: Noeses, 2008, p. 147.

É no antecedente da norma que se descreve um evento de possível ocorrência. No conseqüente prescreve-se uma estrutura relacional que dará ensejo à construção ou à extinção de uma norma jurídica. Assim, caso um determinado fato jurídico coincida com a previsão do antecedente, implicará um conseqüente.

As normas podem ser gerais, individuais, abstratas e concretas.

As gerais têm um conjunto indeterminado de destinatários e as individuais destinam-se a um certo indivíduo ou grupo. No caso das normas concretas, o conteúdo de seu antecedente descreve um fato que se consuma no tempo e espaço, o mesmo não ocorre com as abstratas.

No âmbito tributário, cada tributo encontra-se delineado por uma norma, a regra matriz de incidência tributária, a qual é geral e abstrata e obviamente composta por duas proposições, antecedente e conseqüente.

Nesse contexto, o antecedente e o conseqüente da regra matriz albergam cinco aspectos que delimitam a incidência tributária: espacial, material, temporal, quantitativo e pessoal.

Como explica o professor Paulo de Barros Carvalho[128]:

> "no descritor das normas (hipótese, suposto, antecedente) teremos diretrizes para identificação de eventos portadores de expressão econômica. Haverá um critério material (comportamento de alguma pessoa), condicionado no tempo (critério temporal) e no espaço (critério espacial). Já na conseqüência (prescritor), toparemos com um critério pessoal (sujeito ativo e sujeito passivo) e um critério quantitativo (base de cálculo e alíquota). A conjunção desses dados indicativos nos oferece a possibilidade de exibir, na plenitude, o núcleo lógico-estrutural da norma-padrão, preenchido com os requisitos significativos necessários e suficientes para o impacto jurídico da exação."

Expliquemos, ainda que de forma sucinta, cada um dos cinco aspectos mencionados.

---

[128] *Direito Tributário: Fundamentos Jurídicos da Incidência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 79.

a) Aspecto Material

O aspecto material é a previsão de um comportamento que, ocorrido em determinadas circunstâncias de local e tempo, dará ensejo à incidência do tributo, ou, na definição do Professor Geraldo Ataliba[129], "é a imagem abstrata de um fato jurídico".

b) Aspecto Espacial

O aspecto espacial refere-se ao local em que o fato jurídico deve ocorrer; segundo o Professor Paulo de Barros Carvalho, o aspecto material "encerra os elementos que nos permitirão reconhecer a circunstância de lugar que limita, no espaço, a ocorrência daquele evento"[130]. Entretanto, essa regra, que deveria ser simples, apresenta uma série de desdobramentos por conta de sua previsão legal.

c) Aspecto Temporal

O aspecto temporal é o momento em que surge a relação jurídica tributária. Conforme ensina o professor Paulo de Barros Carvalho:

> "Basta dizer que define o momento em que nasce aquele vínculo jurídico disciplinador de comportamentos humanos. Seu exato conhecimento importa determinar com precisão, em que átimo surge o direito subjetivo público de o Estado exigir de alguém prestações pecuniárias, por força do acontecimento de um fato lícito, que não um concerto de vontades."[131]

Como se percebe é o exato momento em que o tributo (objeto dessa relação jurídica) passa a ser devido, ou seja, quando o sujeito ativo tem o direito de exigi-lo e o sujeito passivo tem a obrigação de pagá-lo.

d) Aspecto Quantitativo

---

[129] *Hipótese de Incidência Tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 107.
[130] *Teoria da Norma Tributária*. São Paulo: Lael, 1974, p. 119.
[131] *Curso de direito tributário.* 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 123.

A determinação do tributo devido (aspecto quantitativo) dá-se por meio do binômio "alíquota-base de cálculo". Em geral, será a combinação desses elementos o fator decisivo para que se apure o objeto a relação jurídico-tributária.

A base de cálculo é a expressão concreta do fato jurídico tributável, ela dará sua dimensão material.

Nesse sentido, mencionemos o Professor Paulo de Barros de Carvalho[132], *in verbis*:

> "Temos para nós que a base de cálculo é a grandeza instituída na conseqüência da regra-matriz tributária, e que se destina, primordialmente, a dimensionar a intensidade do comportamento inserto no núcleo do fato jurídico, para que, combinando-se à alíquota, seja determinado o valor da prestação pecuniária. Paralelamente, tem a virtude de confirmar, infirmar ou afirmar o critério material expresso na composição do suposto normativo."

Ainda o sempre esclarecedor o Professor Geraldo Ataliba[133] afirma que, "efetivamente, em direito tributário, a importância da base imponível é nuclear, já que a obrigação tributária tem por objeto sempre o pagamento de uma soma de dinheiro, que somente pode ser fixada em referência a uma grandeza prevista em lei e ínsita no fato imponível, ou dela decorrente ou com ela relacionada".

A alíquota é o percentual aplicado sobre a base de cálculo do fato gerador, determinando a quantia devida referente ao pagamento do tributo.

e) Aspecto Pessoal

O aspecto pessoal presta-se a identificar os sujeitos que fazem parte da relação jurídico-tributária, isto é, sujeito ativo e sujeito passivo.

Sujeito ativo é aquele que tem o direito subjetivo de exigir uma prestação e o sujeito passivo é aquele que tem o dever de cumpri-la. Na esfera tributária, obviamente o sujeito ativo é sempre o Estado, porém o sujeito passivo deve ser mais cuidadosamente delimitado.

---

[132] *Curso de direito tributário.* 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 327.
[133] *Hipótese de Incidência Tributária.* São Paulo: RT, 1991, p. 111.

São diversos os conceitos de sujeito passivo utilizados pela doutrina.

Citemos o Professor Alfredo Augusto Becker[134], segundo o qual "sujeito passivo poderá ser qualquer pessoa que esteja ligada à hipótese de incidência por relação de natureza social ou geográfica ou física ou jurídica (ex. procurador ou vendedor, etc.) e até poderá ser pessoa que nenhuma relação tenha com a hipótese de incidência".

Perceba-se que Alfredo Becker usa como elemento para a caracterização do sujeito passivo sua ligação com a hipótese de incidência.

O professor Geraldo Ataliba[135] define o sujeito passivo como:

> "o devedor, convencionalmente chamado de contribuinte. É a pessoa que fica na contingência legal de ter o comportamento, objeto da obrigação, em detrimento do próprio patrimônio e em favor do sujeito ativo. É a pessoa que terá a diminuição patrimonial, com a arrecadação do tributo."

Como se percebe para o mestre gaúcho, sujeito passivo poderá ser qualquer um que legislador determinar, já o Professor Ataliba coloca como ponto para definir a sujeição a diminuição patrimonial, ou seja, sujeito passivo seria aquele que teria seu patrimônio afetado pelo cumprimento da obrigação tributária.

Pronuncia-se o professor Paulo de Barros Carvalho[136] nos seguintes termos:

> "sujeito passivo da relação jurídica é a pessoa – sujeito de direitos – física ou jurídica, privada ou pública, de quem se exige o cumprimento da prestação: pecuniária, nos nexos obrigacionais; e insuscetível de avaliação patrimonial, nas relações que veiculam meros deveres instrumentais ou formais."

Assim, o professor Paulo de Barros Carvalho traça uma definição mais completa do sujeito passivo, ampliando-o para qualquer um de quem se possa exigir uma prestação, a qual poderá ser pecuniária, em se tratando de uma obrigação principal, ou meramente relacional quando se referir a deveres instrumentais.

---

[134] *Teoria Geral do Direito Tributário.* Lejus, 1998, p. 279.
[135] *Hipótese de Incidência Tributária.* São Paulo: RT, 1991, p. 85.
[136] *Curso de direito tributário.* 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 300.

Não podemos deixar de comentar um artifício que vem sendo cada vez mais utilizado pelo legislador, que é o desdobramento da sujeição passiva. Nesse contexto, para alguns tributos, o legislador, além de determinar a figura do contribuinte, ainda elege um terceiro, que será considerado como responsável pelo adimplemento a obrigação tributária.

Esse desdobramento na sujeição passiva se dá por conta do Código Tributário Nacional, que em seu artigo 121 prescreve:

> "Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.
>
> Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:
>
> I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;
>
> II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei."

Como se percebe, o legislador criou um desdobramento da sujeição passiva, entre o contribuinte e o responsável, sem definir a natureza das relações jurídicas que estes ocupam, o que leva muitos a entenderem que em ambos os casos a relação travada é de natureza tributária.

Como ressaltamos linhas atrás, o sujeito passivo é pura e simplesmente aquele dotado de capacidade tributária passiva, ou seja, aquele que, na relação jurídico-tributária, tem o dever de entregar o objeto, não importando, para fins de Ciência do Direito, os efeitos econômicos que isso lhe venha a causar.

Nesse tocante, entendemos que a atribuição da responsabilidade a um determinado sujeito inaugura outra relação jurídica, diferente da primeira.

A relação jurídica original, de cunho inegavelmente tributário, é aquela que se instala entre o Fisco (sujeito ativo) e aquele sujeito passivo denominado "contribuinte". Essa relação deriva-se do fato jurídico tributário praticado pelo sujeito passivo e que se encontra previsto no descritor de uma norma geral e abstrata.

Entretanto, como o próprio artigo 121 do Código Tributário Nacional prevê, ao legislador é facultado estabelecer um sujeito responsável pelo recolhimento do

tributo, que não é o contribuinte. Trata-se de outra relação jurídica que tem em seu pólo ativo o Estado e em seu pólo passivo, um responsável.

Define o Professor Heleno Tôrres[137] o responsável como sendo aquele que "está obrigado ao pagamento do tributo também por força de lei, seja pela sua presença ou participação da sua vontade na formação do fato jurídico tributário, seja pelos laços jurídicos que mantém com o sujeito definido pela legislação como contribuinte".

Nas palavras do Professor Ricardo Lobo Torres[138], "o responsável é a pessoa que, não participando diretamente da situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária, embora a ela esteja vinculada, realiza o pressuposto legal da própria responsabilidade ou seu fato gerador (*haftungstatbestand*). O responsável, o contrário do contribuinte, tem a responsabilidade (*haftung*) exclusiva, solidária ou subsidiária, sem ter o débito (scihuld)."

O responsável, por conta de um ato de vontade do legislador, ocupa o pólo passivo de uma relação jurídica, já o contribuinte é sujeito passivo por ter praticado o fato jurídico tributário, colocando-se em outra relação jurídica.

A nosso ver, a duas relações não se confundem e nem sempre se excluem. Entendemos que são paralelas, dependendo do tipo de responsabilidade atribuído pelo legislador[139].

Lembremo-nos que para muitos tributos, em ocorrendo a inadimplência do responsável, o contribuinte pode ser cobrado pelo sujeito ativo, conforme preceitua a regra geral de responsabilidade contida no artigo 128 do Código Nacional, *in verbis*:

---

[137] Substituição Tributária – Regime Constitucional, Classificação e Relações Jurídicas (Materiais e Processuais). *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 70, 2001.

[138] *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 232.

[139] A professora Maria Rita Ferragut esclarece que "a responsabilidade poderá ser pessoal, subsidiária ou solidária. Será pessoal se competir exclusivamente ao terceiro adimplir a obrigação, terceiro esse que pode ter desde o início figurado no pólo passivo da relação (responsabilidade de terceiros, por infração, substituição e solidariedade), ou passar a integrar a relação jurídica que tenha por objeto o mesmo tributo exigido em relação anteriormente constituída (sucessão). Será subsidiária se o terceiro for responsável pelo pagamento da dívida somente se constatada a impossibilidade de pagamento do tributo pelo devedor originário. E, finalmente, será solidária se mais de uma pessoa integrar o pólo passivo da relação, permanecendo todos eles responsáveis pelo pagamento da dívida" (*Responsabilidade tributária e o Código Civil de 2002.* São Paulo: Noeses, 2005).

> "Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte **ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação**." (Os destaques são nossos)

Define-se no plano concreto a figura do contribuinte quando determinado sujeito realiza um fato jurídico-tributário previsto no antecedente norma tributária geral e abstrata. Por outro lado, a responsabilidade decorre de uma norma jurídica que não é tributária, não nenhum fato jurídico tributário, e sim um fato jurídico.

O fato praticado pelo responsável é considerado jurídico, pois se encontra previsto no antecedente de uma norma e irradia seus efeitos no mundo do Direito, porém ele não dá ensejo à incidência de um tributo, e sim à obrigação de pagar um tributo que surge quando outrem pratica fato jurídico-tributário.

Nesse sentido, a Professora Maria Rita Ferragut aduz justamente que um dos significados atribuíveis à expressão responsabilidade tributária é justamente o de "proposição prescritiva", mais especificamente, "norma jurídica deonticamente incompleta (norma *lato sensu*), de conduta, que, a partir de um fato não-tributário, implica a inclusão do sujeito que o realizou no critério no critério pessoal passivo de uma relação jurídica tributária"[140].

Assim, deve-se entender que, embora o responsável integre o pólo passivo de uma relação jurídica, o fato praticado por ele não é tributário, por isso contribuinte e responsável não se confundem.

Portanto, com a devida vênia, entendemos que, como o fato jurídico que inicia, no plano da concretude, a relação jurídica entre o sujeito ativo e o responsável não tem natureza tributária, não poderia a relação ter essa natureza.

---

[140] FERRAGUT, Maria Rita. *Responsabilidade tributária e o Código Civil de 2002*. São Paulo: Noeses, 2005, p. 33.

10.2 Os tributos brasileiros passiveis de incidência sobre o *trust*

A competência tributária, como define o professor Roque Carrazza, "é a aptidão para criar, *in abstracto*, tributos". À Constituição cabe a definição das competências, porém a delimitação do tributo é algo que deve ocorrer em sede de lei complementar[141]. Ocorrerá na lei complementar a definição da regra matriz de incidência de cada tributo.

Nesse contexto, a Constituição Federal (artigo 153) atribui à União a competência para instituir impostos sobre[142]:

I - importação de produtos estrangeiros;

II - exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados;

III - renda e proventos de qualquer natureza;

IV - produtos industrializados;

V - operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários;

VI - propriedade territorial rural;

---

[141] "Art. 146. Cabe à lei complementar:
I - dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;
II - regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;
III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:
a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;
b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;
c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas.
d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)
(...)"

[142] Nos termos do artigo 154 da Carta Constitucional, a União ainda pode instituir, "mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição" e ainda "na iminência ou no caso de guerra externa, impostos extraordinários, compreendidos ou não em sua competência tributária, os quais serão suprimidos, gradativamente, cessadas as causas de sua criação".

VII - grandes fortunas, nos termos de lei complementar.

Aos Estados e ao Distrito Federal compete a constituição dos seguintes impostos (artigo 155):

I - transmissão *causa mortis* e doação, de quaisquer bens ou direitos;

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interesta*dual* e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

III - propriedade de veículos automotores.

Finalmente, compete aos Municípios a instituição dos seguintes tributos (artigo 156):

I - propriedade predial e territorial urbana;

II - transmissão "*inter vivos*", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição;

II - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar.

Sabemos que o *trust* é um excelente instrumento de planejamentos sucessórios. É sempre aconselhável aos detentores de grandes patrimônios que, ainda em vida, decidam o destino de seus bens que serão conferidos a seus herdeiros a fim de evitar futuras contendas entre os herdeiros, por isso, são cada vez mais freqüentes os *trusts* testamentários constituídos no exterior por brasileiros.

Um *trust* privado testamentário, em geral, é constituído da seguinte forma: o *settlor* entrega os bens ao *trustee* que os administrará até o falecimento do *settlor*, data em que os bens serão transferidos aos beneficiários. Nesse ínterim, entre a constituição do *trust* e o falecimento do *settlor*, é possível que os beneficiários recebam os frutos do bem em *trust*, dependendo do que for disposto no termo de constituição.

À luz dos moldes preconizados na Convenção de Haia, constituindo-se um *trust* em que o *settlor* e os beneficiários sejam residentes no Brasil e o *trustee* esteja no exterior, e considerando os impostos existentes no Sistema Tributário Nacional, entendemos que somente haveria discussão sobre a incidência de quatro tributos: Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza (IR), instituído pela União Federal, Imposto sobre Operações de Crédito (IOF/Crédito), instituído pela União Federal, Imposto sobre Transmissão e Doações (ITCMD), instituído pelos Estados, e Imposto sobre Transmissão Inter Vivos (ITBI - IV), instituído pelos Municípios.

Comecemos nossa análise cotejando a presente situação com a regra matriz de incidência do Imposto sobre a Renda.

10.2.1 Do Imposto sobre a Renda

Como dissemos anteriormente à luz das lições do Professor Paulo de Barros Carvalho, o estudo da regra matriz de incidência constitui um precioso recurso metodológico, logo, não poderíamos deixar de utilizá-lo para verificar a incidência, ou não, do Imposto sobre a Renda no *trust*.

10.2.1.1 Aspecto Material

Para fins do nosso estudo, um dos aspectos que devem ser mais exaustivamente estudados é, sem dúvida, o aspecto material, haja vista que deveremos ter certeza sobre se cada ato praticado no contexto do *trust*, desde sua constituição até sua extinção, pode ser considerado como fato jurídico que, se ocorrido, dará ensejo à incidência do Imposto sobre a Renda.

É muito fácil confundir qualquer ingresso de receita com uma renda, e, como aduz o professor José Artur Lima Gonçalves[143], "nem todo ingresso é relevante para o conceito de renda – por exemplo, o ingresso decorrente de financiamento ou o aumento de capital pelos sócios são totalmente descomprometidos com a noção de acréscimo –, impondo-se selecionar, somente, as entradas que possam significar o, ou influir no, pesquisado incremento".

Logo, devemos entender com precisão o que significa acréscimo patrimonial, para que possamos inferir a tributação, pelo Imposto sobre a Renda, sobre determinados fluxos de riqueza.

Nas palavras de Rubens Gomes de Sousa[144]:

> "Renda é, para efeitos fiscais, o acréscimo patrimonial líquido verificado entre duas datas predeterminadas. Nesta última frase, a palavra chave é 'acréscimo': com efeito, a característica fundamental da renda (termo genérico que, como vimos, inclui a espécie 'lucro') é a de configurar uma aquisição de riqueza nova que vem aumentar o patrimônio que a produziu e que pode ser consumida ou reinvestida sem o reduzir."

O artigo 43 do Código Tributário Nacional[145] prevê que renda é produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos e que proventos de qualquer natureza são os demais acréscimos patrimoniais não abrangidos no conceito de renda. Conforme ensina Bulhões Pedreira, "o conceito de renda, para fins tributários, é o financeiro: o imposto incide sobre renda pessoal, ou seja, de pessoas, ou sujeitos de direito"[146].

O Professor José Artur Lima Gonçalves[147] nos ensina ainda que renda é o acréscimo patrimonial decorrente do confronto entre débitos e créditos, em um certo

---

[143] *Imposto Sobre a Renda – pressupostos constitucionais*. São Paulo. Malheiros, p. 182.
[144] *Parece*res – *1 Imposto de Renda*. Resenha Tributária, 1975, p. 66.
[145] "Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza, tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:
I – da renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;
II – de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.
§ 1º - A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou da nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção.
§ 2º - Na hipótese de receita ou rendimento oriundos do exterior, a lei estabelecerá as condições e o momento em que se dará a sua disponibilidade, para fins de incidência do imposto referido neste artigo."
[146] *Imposto sobre a renda: pessoas jurídicas*. V. 1 Rio de Janeiro: JUSTEC; ADCOAS, 1979. p. 2 - 4
[147] *Imposto Sobre a Renda – pressupostos constitucionais*. São Paulo. Malheiros, p. 179.

lapso temporal determinável, ou, nas palavras desse Professor, “saldo positivo resultante do (ii) confronto entre (ii.a) certas entradas e (ii.b) certas saídas, ocorridas ao longo de um dado período”.

Por todo exposto, infere-se que uma determinada entrada pode não corresponder a uma nova receita, logo, em tais casos não há que se falar em materialidade para fins de imposto sobre a renda, posto que nenhum acréscimo patrimonial foi gerado.

10.2.1.2 Aspecto Espacial

O Brasil tradicionalmente tributava somente os rendimentos que fossem produzidos em seu território, ou seja, os rendimentos de residentes no Brasil que fossem produzidos em outros países não eram alcançados; era a tributação em base territorial.

Porém com o advento das Leis 7.713/88 (para pessoas físicas) e 9.294/95 (para pessoas jurídicas), esse panorama mudou radicalmente, abrindo-se a possibilidade de tributação de rendimentos de residentes no Brasil auferidos em outros países.

Interessante citar a Exposição de Motivos da Lei 9.249/95, a qual demonstra claramente que uma dos principais objetivos do País, ao adotar a tributação universal, é combater a evasão fiscal por meio da utilização de países com tributação favorecida:

> “Adota-se, com a tributação da renda auferida fora do País, medida tendente a combater a elisão e o planejamento fiscais, uma vez que o sistema atual – baseado na territorialidade da renda, propicia que as empresas passem a alocar lucros a filiais ou subsidiárias situadas em paraísos fiscais. Intenta-se, ainda, harmonizar o tratamento tributário dos rendimentos, equalizando a tributação das pessoas jurídicas à das pessoas físicas, cujos rendimentos externos já estão sujeitos ao imposto de renda na forma da legislação em vigor.”

Como resultado prático da tributação universal, o que se verifica é que não existe mais a possibilidade de evitar a incidência do Imposto sobre a Renda brasileiro sobre os lucros/rendimentos auferidos no exterior; o máximo que um investidor brasileiro conseguirá será a postergação desta incidência.

Para os não residentes no país, o critério da tributação é territorial, ou seja, são tributáveis no Brasil os rendimentos aqui auferidos por pessoas físicas ou jurídicas não residentes.

10.2.1.3 Aspecto Temporal

Nos termos do artigo 43 do Código Tributário Nacional, é o momento em que se verifica a disponibilidade econômica ou jurídica da renda. A legislação determina que as pessoas físicas apurem o Imposto sobre a Renda ao longo do ano-calendário, antecipando em determinados casos o pagamento do Imposto, inclusive por meio de retenções, como no caso dos salários, todavia, trata-se de mera antecipação.

Para as pessoas jurídicas, a apuração do Imposto sobre a Renda poderá ser anual ou trimestral.

Ainda quanto ao aspecto temporal devemos mencionar a divisão por muito tempo adotada pela doutrina segundo a qual os fatos jurídicos tributários podem ser instantâneos, continuados ou complexivos:

i) instantâneo: quando se verificassem e se esgotassem em determinada unidade de tempo, dando origem cada vez que ocorressem a uma obrigação autônoma;

ii) continuados: todos aqueles que figurassem situações duradouras, desdobrando-se no tempo em intervalos maiores ou menores;

ii) complexivos: aqueles surgidos pela integração de vários fatores, ocorrência de unidades sucessivas.

Grande parte da doutrina moderna considera esta classificação equivocada, pois um acontecimento só ganha proporção para gerar efeito da prestação fiscal no momento em que todos estiverem concretizados, na forma legalmente estipulada.

Portanto, mesmo que seja necessária a decorrência de certo lapso temporal para a verificação do "acréscimo patrimonial", o critério temporal do imposto sobre a renda será o termo final daquele período de tempo.

Aliás, quanto à ocorrência da disponibilidade da renda no âmbito do artigo 43 do Código Tributário Nacional, o que mencionamos ser condição necessária à incidência do imposto sobre a renda, entendemos esclarecedoras as lições de Ricardo Mariz de Oliveira[148]:

> "[...] o art. 43 está afastando outros critérios teoricamente possíveis para a tributação da renda, tais como o da renda consumida, ou o da renda empregada, ou o da renda capitalizada, para se fixar o critério da renda adquirida.
>
> Quer dizer, no Brasil, o imposto de renda incide a partir de quando a renda seja ganha, independentemente da posterior destinação que o contribuinte venha a lhe dar. É a partir do momento da entrada da renda – ou do provento – no patrimônio do contribuinte que ela pode ser tributada, seja ela entesourada, ou gasta, ou transferida para negócios ou outros destinos patrimoniais, seja dada para terceiros etc.
>
> Isto, inclusive se coaduna perfeitamente com a noção de fato gerador como acréscimo patrimonial, pois é desde quando o acréscimo se produz que o fato gerador pode existir."

Como se percebe, no preciso instante em que ocorre o acréscimo patrimonial, tem-se o fato jurídico tributário para fins de imposto sobre a renda.

A rigor, no caso de uma pessoa jurídica somente seria possível avaliar o "acréscimo patrimonial" auferido com o encerramento de suas atividades e, para uma pessoa física, somente após o seu falecimento. Todavia, isso seria impraticável, razão pela qual o legislador tem a possibilidade de estabelecer lapsos temporais para verificação da renda do sujeito passivo.

Como regra, o legislador escolhe o período anual (com a possibilidade de recolhimentos por antecipação) para a verificação dos acréscimos patrimoniais das

---

[148] *Fundamentos do Imposto de Renda*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 287.

pessoas físicas e jurídicas. É a regra da anualidade, que nos explica Aliomar Baleeiro[149]:

> "A anualidade regra toda vida estatal e econômico-social do país, a partir da Constituição Federal. Para certo ano, a lei orçamentária estima as receitas e as despesas; no exercício financeiro anual se executam as leis tributárias (e orçamentárias) e, anualmente, se prestam contas dessa execução. Nesse ciclo anual obrigatório, tanto no âmbito federal, como no esta*dual* e municipal, não livre o legislador ordinário para reduzir o exercício anual em período menor. Se assim não fosse, poderiam os legisladores estaduais e municipais periodizar o imposto sobre propriedade predial e territorial urbana de forma diferente, pois eles se assentam em situações contínuas e duráveis no tempo. Renovariam, então, o pressuposto desses tributos semestralmente, ou até mensalmente, com o que multiplicariam em 12 vezes a respectiva arrecadação. Verdadeiro absurdo, antes nunca imaginado, essa hipótese explica das razões pelas quais o Código Tributário Nacional não precisou dizer que os tributos incidentes sobre a propriedade ou sobre a renda são anuais. Isso se supõe pela razão e lógica das normas previstas na Constituição."

10.2.1.4 Aspecto Quantitativo

Para as pessoas físicas a base de cálculo será a renda ou os proventos de qualquer natureza. Os rendimentos "brutos" das pessoas físicas podem sofrer ajustes (deduções) para aproximá-los do conceito de acréscimo patrimonial. Sobre essa base, aplica-se a alíquota conforme a tabela progressiva prevista na legislação.

Para as pessoas jurídicas temos como base de cálculo o lucro real, presumido ou arbitrado[150], a alíquota do imposto sobre a renda será de 15%, todavia os lucros que superarem R$ 240.000,00 ao ano (R$ 20.000,00 ao mês) sujeitam-se ainda ao adicional de 10%.

Ressalte-se que, mesmo os não residentes no país que auferirem rendimentos de fonte brasileira sujeitam-se ao imposto de renda nacional, que verá

---

[149] BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 11. ed., rev. atual. por Mizabel Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 327-328.

[150] Conforme o art. 247 do Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto no. 3.000/99: "Lucro real é o lucro líquido do período de apuração ajustado pelas adições, exclusões ou compensações prescritas ou autorizadas por este Decreto (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 6º)".
A apuração do lucro real tem como base o lucro líquido do exercício. O lucro líquido do período de apuração de todas as pessoas jurídicas deverá ser apurado com observância das disposições da Lei nº 6.404, de 1976.
Nos termos do art. 177 da Lei 6.404/76 a escrituração contábil será mantida em registros permanentes, observando-se a legislação comercial e aos princípios de contabilidade geralmente aceitos.

ser retido pela fonte pagadora no Brasil[151]. Em tais casos, o sujeito passivo da obrigação tributária é o beneficiário dos rendimentos, porém o legislador imputou à fonte pagadora no Brasil a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto.

10.2.1.5 Aspecto Pessoal

Atualmente, a Constituição Federal, em seu artigo 153, III,[152] delimita que a competência, ou seja, a aptidão para a instituição de tributos sobre a renda e proventos de qualquer natureza, cabe à União Federal. Por outro lado, é sujeito passivo aquela pessoa física ou jurídica que auferir acréscimo patrimonial.

Pois bem, compreendida a regra matriz de incidência podemos analisar se os principais fatos jurídicos praticados no âmbito de um *trust* a ela se subsumem.

---

[151] Conforme prevê o artigo 685 do Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999: "Os rendimentos, ganhos de capital e demais proventos pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos, por fonte situada no País, a pessoa física ou jurídica residente no exterior, estão sujeitos à incidência na fonte (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 100, Lei nº 3.470, de 1958, art. 77, Lei nº 9.249, de 1995, art. 23, e Lei nº 9.779, de 1999, arts. 7º e 8º):
I - à alíquota de quinze por cento, quando não tiverem tributação específica neste Capítulo, inclusive:
a) os ganhos de capital relativos a investimentos em moeda estrangeira;
b) os ganhos de capital auferidos na alienação de bens ou direitos;
c) as pensões alimentícias e os pecúlios;
d) os prêmios conquistados em concursos ou competições.
II - à alíquota de vinte e cinco por cento:
a) os rendimentos do trabalho, com ou sem vínculo empregatício, e os da prestação de serviços;
b) ressalvadas as hipóteses a que se referem os incisos V, VIII, IX, X e XI do art. 691, os rendimentos decorrentes de qualquer operação, em que o beneficiário seja residente ou domiciliado em país que não tribute a renda ou que a tribute à alíquota máxima inferior a vinte por cento, a que se refere o art. 245.
§ 1º Prevalecerá a alíquota incidente sobre rendimentos e ganhos de capital auferidos pelos residentes ou domiciliados no País, quando superior a quinze por cento (Decreto-Lei nº 2.308, de 1986, art. 2º, e Lei nº 9.249, de 1995, art. 18).
§ 2º No caso do inciso II, a retenção na fonte sobre o ganho de capital deve ser efetuada no momento da alienação do bem ou direito, sendo responsável o adquirente ou o procurador, se este não der conhecimento, ao adquirente, de que o alienante é residente ou domiciliado no exterior.
§ 3º O ganho de capital auferido por residente ou domiciliado no exterior será apurado e tributado de acordo com as regras aplicáveis aos residentes no País (Lei nº 9.249, de 1995, art. 18)."

[152] "Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:
(...)
III renda e proventos de qualquer natureza;"

10.2.2 Imposto sobre Operações de Câmbio

Como estamos assumindo *trusts* que venham a ser constituídos no exterior, é preciso lembrar que haverá saída (quando o *settlor* remete dinheiro ao *trustee*) e ingresso de divisas no país (quando o beneficiário entrega o dinheiro ao beneficiário) e que, portanto, deverão ser realizadas operações de câmbio, isto é, operações que envolvem compra e venda de moeda estrangeira, as quais se submetem à regulamentação do Banco Central do Brasil.

Tal regulamentação encontra-se expressa no Regulamento do Mercado de Câmbio e Capitais Internacionais (RMCCI), em vigor desde dia 14 de março de 2005, com a publicação da Circular nº 3.280 do Banco Central do Brasil

No RMCCI, o Banco Central do Brasil[153] define contrato de câmbio como "o instrumento específico firmado entre o vendedor e o comprador de moeda estrangeira, no qual são estabelecidas as características e as condições sob as quais se realiza a operação de câmbio"[154].

Ainda nos termos da RMCCI, "as pessoas físicas e as pessoas jurídicas podem comprar e vender moeda estrangeira ou realizar transferências internacionais em reais, de qualquer natureza, sem limitação de valor, sendo contraparte na operação agente autorizado a operar no mercado de câmbio, observada a legalidade da transação, tendo como base a fundamentação econômica e as responsabilidades definidas na respectiva documentação".

Assim, em existindo a celebração de contratos de câmbio, poderá ser verificada a incidência do imposto sobre operações de câmbio. Vimos que nos

---

[153] "REGULAMENTO DO MERCADO DE CÂMBIO E CAPITAIS INTERNACIONAIS TÍTULO: 1 - Mercado de Câmbio. CAPÍTULO 3 - Contrato de Câmbio. SEÇÃO 1 - Disposições Preliminares."

[154] O RMCCI prevê que as operações de câmbio, conforme sua natureza, são divididas nos seguintes grandes grupos: Exportação, Importação, Transportes, Seguros, Viagens Internacionais, Rendas de Capitais, Outras Rendas de Capitais, Serviços Governamentais, Serviços Diversos, Transferências Unilaterais, Capitais Brasileiros a Curto Prazo, Capitais Estrangeiros a Curto Prazo, Capitais Brasileiros a Longo Prazo, Capitais Estrangeiros a Longo Prazo, Ouro Monetário, Arbitragens, Operações entre Instituições, Operações com o Banco Central do Brasil e Operações Especiais. Como era de se esperar, não encontramos em nenhum dos grupos mencionados nenhum código de operação que satisfatoriamente se enquadre ao *trust*, mas entre os existentes entendemos que o mais próximo da realidade estaria no grupo de "Transferências Unilaterais", 53909 – Transferência de Patrimônio

termos do artigo 153, V, da Constituição Federal a União tem competência para instituir impostos sobre "operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários".

No que tange especificamente às operações de câmbio, o artigo 63 do Código Tributário, na sua função de lei complementar, delimita alguns dos aspectos atinentes à regra matriz de incidência do Imposto sobre Operações de Câmbio (IO/Câmbio), a qual analisaremos mais detalhadamente em breve.

Contudo, antes de explorarmos cada aspecto da regra matriz de incidência do IO/Câmbio, é importante reproduzir aqui as palavras do professor Roberto Quiroga[155] no seguinte sentido:

> "[...] o IO/Crédito, IO/Câmbio, IO/Títulos, pelas suas características constitucionais, são instrumentos que servem de auxílio ao Governo federal na administração da política cambial, creditícia ou monetária. Representam as aludidas exações, em certas ocasiões, mecanismos que inibem, reduzem, amenizam ou eliminam a prática de determinadas operações não desejadas pelas autoridades econômicas. A cada dia que passa, o legislador e a administração tributária têm utilizado com maior freqüência os impostos sobre operações de crédito, câmbio, seguro ou relativas a valores mobiliários com fins extrafiscais, ou seja, fins não arrecadatórios."

Como nos explica o Professor Roberto Quiroga, o IO/Câmbio tem como umas de suas principais características a extrafiscalidade, ou seja, a possibilidade de sua utilização para outros fins que não a arrecadação. No caso do câmbio, a finalidade precípua é a de intervenção na economia em situações que se fizerem necessárias.

Nesse contexto, o Poder Executivo é autorizado a, "nas condições e nos limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas ou as bases de cálculo do imposto, a fim de ajustá-lo aos objetivos da política monetária"[156].

No caso, a Lei que disciplina o IO/Câmbio atualmente é a Lei 8.894, de 21 de junho de 1994, que delimita os critérios da regra matriz de incidência.

Por conta desse caráter extrafiscal, o IO/Câmbio também apresenta como atributo o fato de ser uma exceção ao princípio da anterioridade previsto no artigo 150, III, "a", "b" e "c", da Carta Constitucional[157].

---

[155] *Tributação no Mercado Financeiro e de Capitais*. 1. ed. São Paulo: Dialética, 1998, p. 90.
[156] "Artigo 153, § 1º. da Constituição Federal e Artigo 65 do Código Tributário Nacional."

Lembrando que, pelo princípio em questão, é vedado exigir tributo:

a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;

c) antes de decorridos 90 dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou.

Pois bem, o princípio da anterioridade tributária atinge a eficácia das leis que instituam ou majorem exigência fiscal. Contudo, em casos como o do IO/Câmbio sua majoração é eficaz no mesmo exercício financeiro em que foi editado o respectivo Decreto, disciplinando os eventos futuros nele ocorridos.

Em resumo, podemos concluir o IO/Câmbio é um tributo cujas alíquotas podem ser modificadas a qualquer momento pelo Poder Executivo, que poderá exigir a tributação majorada sem que tenha que observar o princípio da anterioridade. Como nos explica Mizabel Derzi[158] "a licença se destina a fornecer ao Executivo, de forma ágil, instrumentos necessários à realização da política monetária e fiscal, mas restringe-se às variações de alíquotas sem estender-se à base de cálculo, que continua sendo matéria rigidamente reservada o legislador".

Feitas tais considerações, passemos à análise dos aspectos que compõem a regra matriz de incidência do IO/Câmbio.

---

[157] "Artigo 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
(...)
III - cobrar tributos:
a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;
b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;
c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)"

[158] *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 11. ed., rev. atual. por Mizabel Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

10.2.2.1 Aspecto Material

O IO/Câmbio tem como materialidade a realização de operações de câmbio.

Explica-nos Roberto Quiroga[159] que

> "O câmbio representa a operação por intermédio da qual uma pessoa entrega determinada quantia de moeda a outra pessoa e recebe em troca outra moeda em valores equivalentes. É a permuta de moedas de diferentes espécies. Não se há de falar em câmbio de moedas idênticas, sem diferenciações quanto à sua natureza."

Ressalte-se ainda que, como corolário do princípio do "curso forçado da moeda nacional", todos os valores ingressados em moeda estrangeira no País devem ser convertidos em reais, logo, qualquer ingresso de divisas implicará uma operação de câmbio, assim se verificará a materialidade do IO/Câmbio.

No caso das remessas de divisas ao exterior em moeda estrangeira, também deverá haver a celebração de contrato de câmbio, fato jurídico que se enquadra na materialidade da regra matriz de incidência do IO/Câmbio.

10.2.2.2 Aspecto Espacial

O IO/Câmbio onerará todas as operações cambiais ocorridas em território nacional, ou seja, esse imposto incidirá sempre que houver um fechamento de contrato de câmbio destinado a permitir a entrada e saída de divisas do Brasil.

---

[159] *Tributação no Mercado Financeiro e de Capitais*. 1. ed. São Paulo: Dialética, 1998, p. 109.

10.2.2.3 Aspecto Temporal

Nem a Lei 8.894, nem o Código Tributário Nacional tratam do aspecto temporal da regra matriz de incidência do IO/Câmbio, o qual somente é tratado em sede de Decreto. Nesses termos, prevê o Decreto no. 6.306, de 14 de dezembro de 2007, que o imposto incide no preciso momento em que a operação de câmbio é liquidada.

10.2.2.4 Aspecto Quantitativo

A alíquota do IO/Câmbio fixada pela Lei 8.894 é de 25%, porém, como dissemos, o Poder Executivo é autorizado a, sempre que necessário, reduzir a alíquota desse imposto e, até mesmo, desonerar determinadas operações. É o aspecto extrafiscal que qualifica o IO/Câmbio.

A base de cálculo do IO/Câmbio é o valor de liquidação da operação de câmbio, ressaltando-se que o Poder Executivo não tem autorização para alterar esse item do aspecto quantitativo.

10.2.2.5 Aspecto Pessoal

Como dissemos, quando do surgimento do liame obrigacional, temos o sujeito ativo, que é aquele que tem o direito subjetivo de exigir uma prestação, e o sujeito passivo, que é aquele que tem o dever de cumpri-la. Na esfera tributária, obviamente o sujeito ativo é o Estado, porém o sujeito passivo deve ser mais cuidadosamente delimitado.

Nesse contexto, o sujeito ativo do IO/Câmbio é a União Federal.

Quanto ao sujeito passivo, a legislação determina que são contribuintes do IO/Câmbio "os compradores ou vendedores da moeda estrangeira na operação referente a transferência financeira para ou do exterior, respectivamente"[160].

Contudo, é importante ressaltar que, a despeito de o contribuinte ser o comprador ou o vendedor de moeda estrangeira, o legislador optou por criar um responsável pela retenção e recolhimento do imposto, com base na permissão contida no artigo 121 do Código Tributário Nacional.

Assim, havendo liquidação de contrato de câmbio, ficam as instituições autorizadas a operar em câmbio responsáveis pela retenção e recolhimento do imposto que é devido pelo comprador ou vendedor de moeda estrangeira.

10.2.3 Do Imposto sobre Transmissão de Bens Inter Vivos

Outro tributo cuja incidência pode ser questionada é o Imposto sobre Transmissão de Bens Inter Vivos (ITBI-IV).

Pela Constituição Federal, têm competência para instituir o ITBI-IV os municípios. Mais uma vez, para que possamos verificar se é tal imposto é aplicável, entendemos de suma utilidade lançar mão da regra matriz de incidência tributária.

10.2.3.1 Aspecto Material

São fatos jurídicos tributáveis pelo ITBI-IV: (i) a transmissão inter vivos, a qualquer título, por ato oneroso: a) de bens imóveis, por natureza ou acessão física; b) de direitos reais sobre bens imóveis, exceto os de garantia e as servidões; (ii) a cessão, por ato oneroso, de direitos relativos à aquisição de bens imóveis.

---

[160] Artigo 6º da Lei 8.894, de 21 de junho de 1994.

10.2.3.2 Aspecto Espacial

O ITBI-IV incidirá sobre as transmissões de bens e direitos ocorridas no âmbito de uma determinada municipalidade.

10.2.3.3 Aspecto Temporal

O aspecto temporal coincide com a transmissão do bem ou do direito. Nesse ponto, devemos lembrar que, conforme prevê o Código Civil, a transmissão da propriedade sobre bens imóveis somente se aperfeiçoa com a transcrição, isto é, com o devido registro perante as autoridades notariais[161]. Assim, o ITBI-IV, somente é devido com o registro perante o respectivo Cartório de Registro de Imóveis[162].

10.2.3.4 Aspecto Quantitativo

A base de cálculo do ITBI-IV é o valor venal do imóvel ou dos bens transmitidos, o que deve corresponder ao valor estimado de venda.

Quanto à alíquota, cabe a cada município sua definição, não havendo, contudo, autorização constitucional para que se estabeleça uma progressividade.

---

[161] Nesse sentido, vide Código Civil: “Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.
§ 1º. Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel.
§ 2º. Enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel.”

[162] A esse respeito o Superior tribunal de Justiça tem decidido que "TRIBUTÁRIO - IMPOSTO DE TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS - FATO GERADOR - REGISTRO IMOBILIÁRIO - (C. CIVIL, ART. 530). A propriedade imobiliária apenas se transfere com o registro respectivo título (C. Civil, art. 530). O registro imobiliário é o fato gerador do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis. Assim, a pretensão de cobrar o ITBI antes do registro imobiliário contraria o Ordenamento Jurídico" (resp. 12.546).

10.2.3.5 Aspecto Pessoal

No caso em tela, o sujeito ativo é o Município.

A legislação municipal, por força do comando legal contido no artigo 42 do Código Tributário Nacional, pode eleger qualquer das partes da operação como sujeito passivo. Nesse contexto, no município de São Paulo, por exemplo, são contribuintes do ITBI-IV:

(i) os adquirentes dos bens ou direitos transmitidos;

(ii) os cedentes, nas cessões de direitos decorrentes de compromissos de compra e venda;

(iii) os transmitentes, nas transmissões exclusivamente de direitos à aquisição de bens imóveis, quando o adquirente tiver como atividade preponderante a compra e venda desses bens ou direitos, a sua locação ou arrendamento mercantil.

10.2.4 Do Imposto sobre Transmissão Causa mortis *e Doação*

Vimos que o ITBI-IV não poderia incidir nas operações envolvendo *trusts*, pois sua materialidade presume que a transmissão da propriedade ocorra a título oneroso.

Ademais, o imposto examinado no item anterior somente onera operações que envolvam bens imóveis. Porém, sabemos que um *trust* pode ser constituído com bens móveis e, em especial, com dinheiro.

Por essa razão, devemos investigar a possível incidência nas operações que envolvem um *trust*, do Imposto sobre Transmissão *Causa mortis* e Doação (ITCMD), imposto que recai sobre operações realizadas a título gratuito.

10.2.4.1 Aspecto Material

Como prevê a Constituição Federal, compete aos Estados instituir impostos que tenham por materialidade a transmissão *causa mortis* e doação, de quaisquer bens ou direitos.

A legislação do Estado de São Paulo, mais especificamente a Lei nº 10.705/2000, prevê:

> "Artigo 2º - O imposto incide sobre a transmissão de qualquer bem ou direito havido:
>
> I - por sucessão legítima ou testamentária, inclusive a sucessão provisória;
>
> II - por doação.
>
> § 1º - Nas transmissões referidas neste artigo, ocorrem tantos fatos geradores distintos quantos forem os herdeiros, legatários ou donatários.
>
> § 2º - Compreende-se no inciso I deste artigo a transmissão de bem ou direito por qualquer título sucessório, **inclusive o fideicomisso**." (grifamos)

Como se percebe, em princípio, qualquer transmissão de bens e direitos, a título gratuito, será tributada pelo ITCMD, seja ela decorrente de ato inter vivos, seja por sucessão hereditária.

Importante ressaltar que a lei, ao tratar o "fideicomisso" como forma de transmissão de bens, está se referindo à substituição fideicomissária do artigo 1.951 do Código Civil, à qual já nos referimos anteriormente.

Prevê ainda a legislação que são sujeitas à tributação pelo ITCMD as transmissões de:

> "I - qualquer título ou direito representativo do patrimônio ou capital de sociedade e companhia, tais como ação, quota, quinhão, participação civil ou comercial, nacional ou estrangeira, bem como, direito societário, debênture, dividendo e crédito de qualquer natureza;
>
> II - dinheiro, haver monetário em moeda nacional ou estrangeira e título que represente, depósito bancário e crédito em conta corrente, depósito em caderneta de poupança e a prazo fixo, quota ou participação em fundo mútuo de ações, de renda fixa, de curto prazo, e qualquer outra aplicação financeira e de risco, seja qual for o prazo e a forma de garantia;

> III - bem incorpóreo em geral, inclusive título e crédito que o represente, qualquer direito ou ação que tenha de ser exercido e direitos autorais."

Perceba-se, pois, que se trata de um tributo cuja materialidade apresenta um vasto espectro, havendo uma enorme quantidade de fatos jurídicos que podem se subsumir ao aspecto material de sua regra matriz de incidência.

10.2.4.2 Aspecto Espacial

Quanto ao aspecto espacial, este se refere às transmissões ocorridas no âmbito do Estado que tem competência para tributar.

Importante ressaltar ainda que ITCMD poderá incidir ainda que o doador resida ou tenha domicílio no exterior, nos casos em que: (i) o bem doado for corpóreo e se encontrar no território do Estado competente, ou (ii) o bem doado for incorpóreo e o ato de sua transferência ou liquidação ocorrer no território do Estado competente.

Nos casos de transmissão *causa mortis*, a tributação poderá ocorrer se o de cujus possuía bens, era residente ou teve seu inventário processado fora do país, quando: (i) o bem corpóreo estiver no exterior e o herdeiro, legatário ou donatário tiver domicílio no Estado competente; (ii) a transferência ou a liquidação de bem incorpóreo ocorrer no exterior e o herdeiro, legatário ou donatário tiver domicílio no Estado competente.

10.2.4.3 Aspecto Temporal

O ITCMD é devido no exato momento da transmissão da propriedade.

No caso de uma doação de bens, devemos entender que no exato momento em que ocorre tal fato temos a incidência do ITCMD, entretanto, a legislação paulista, de forma questionável, dispõe que, "na doação, o imposto será recolhido antes da celebração do ato ou contrato correspondente".

Em se tratando se transmissão *causa mortis*, o momento da incidência é sem dúvida alguma é o óbito do *de cujus*; a partir do falecimento transmitem-se os bens do *de cujus* para seus herdeiros. Esse entendimento já foi corroborado pelo Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> "TRIBUTÁRIO. IMPOSTO *CAUSA MORTIS*. FATO GERADOR. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 106 E 111 DO CTN. LEI ESTADUAL Nº 10.750/00. SÚMULA 112/STF.
>
> 1. O fato gerador do imposto *causa mortis* dá-se com a transmissão da propriedade ou de quaisquer bens e direitos e ocorre no momento do óbito. Aplicação da lei vigente à época da sucessão.
>
> 2. Afasta-se a aplicação do artigo 106 do CTN, em razão de que o imposto cobrado não se enquadra em qualquer de suas hipóteses.
>
> 3. Em se tratando de legislação que exonera o contribuinte de imposto, há que ser aplicado o artigo 111, inciso II, do CTN, que determina que se deve interpretar literalmente a legislação tributária que disponha de outorga de isenção.
>
> 4. Recurso especial provido. (resp 679463/SP; RECURSO ESPECIAL 2004/0090755-5 – Os destaques são nossos)."

Como se percebe, o STJ entende que o momento da transmissão coincide com o do falecimento.

10.2.4.4 Aspecto Quantitativo

A base de cálculo do ITCMD é o valor venal do bem ou direito transmitido, existindo algumas reduções para casos de transmissões não onerosas de domínio útil, de domínio direto, da nua propriedade ou pela instituição não onerosa de usufruto.

Cada estado tem a liberdade de instituir a alíquota do ITCMD, respeitado o limite de 8% previsto pela resolução Senado Federal nº 9 de 05.05.1992, a qual também contempla a possibilidade de estabelecimento de alíquotas progressivas[163].

10.2.4.5 Aspecto Pessoal

Por definição, o sujeito ativo do ITCMD é o Estado e os sujeitos passivos são:

(i) na transmissão *causa mortis*: o herdeiro ou o legatário;

(ii) no fideicomisso: o fiduciário;

(iii) na doação: o donatário, sendo que, se o donatário não residir nem for domiciliado no Estado competente, o contribuinte será o doador;

(iv) na cessão de herança ou de bem ou direito a título não oneroso: o cessionário.

A legislação do Estado de São Paulo ainda atribui responsabilidade solidária pelo cumprimento da obrigação principal a determinados sujeitos:

(i) o tabelião, escrivão e demais serventuários de ofício, em relação aos atos tributáveis praticados por eles ou perante eles, em razão de seu ofício;

(ii) a empresa, instituição financeira e bancária e todo aquele a quem couber a responsabilidade do registro ou a prática de ato que implique na transmissão de bem móvel ou imóvel e respectivo direito ou ação;

(iii) o doador, o cedente de bem ou direito, e, no caso do parágrafo único do artigo anterior, o donatário;

[163] "Art. 1º. A alíquota máxima do imposto de que trata a alínea a, inciso I, do art. 155 da Constituição Federal será de oito por cento, a partir de 1º de janeiro de 1992.
Art. 2º. As alíquotas dos impostos, fixadas em lei estadual, poderão ser progressivas em função do quinhão que cada herdeiro efetivamente receber, nos termos da Constituição Federal."

(iv) qualquer pessoa física ou jurídica que detiver o bem transmitido ou estiver na sua posse, na forma da lei;

(v) os pais, pelos tributos devidos pelos seus filhos menores;

(vi) os tutores e curadores, pelos tributos devidos pelos seus tutelados ou curatelados;

(vii) os administradores de bens de terceiros, pelos tributos devidos por estes;

(viii) o inventariante, pelos tributos devidos pelo espólio.

10.3 Da Tipicidade e a Subsunção do Fato à Norma

Acabamos de analisar os cinco aspectos da regra matriz de incidência dos possíveis tributos incidentes em operações envolvendo a constituição de um *trust*.

Como já salientamos anteriormente, a regra matriz de incidência é uma norma de conduta direcionada aos sujeitos ativo e passivo da relação tributária. Porém essa relação somente surge quando houver a perfeita subsunção do fato jurídico ocorrido e aquele descrito como materialidade na regra matriz de incidência.

Já tratamos do fenômeno da subsunção, mas cumpre lembrar que somente com a subsunção do fato à norma nasce o tributo. Contudo, em decorrência do princípio da tipicidade e da reserva de lei, essa subsunção deve ocorrer de forma perfeita, isto é, o fato ocorrido deve corresponder **com precisão** à figura típica prevista na regra matriz de incidência.

Ressalte-se que, matéria de tributação no Brasil, vigora o princípio da estrita legalidade, o qual assume contornos mais rigorosos, haja vista que somente lei em sentido estrito pode criar realidades tributárias, não havendo espaço para qualquer discricionariedade por parte da administração tributária ou do poder executivo, salvo

nos casos expressamente excepcionados pela Constituição Federal, tal como discorre o professor Heleno Tôrres[164]:

> "[...] nesta República, nenhum tributo será cobrado sem lei específica (legalidade), e nos limites dos conceitos classificatórios de que adotar (tipicidade), segundo uma efetiva revelação de capacidade contributiva. Esse é o fundamento imponderável da negação plena de qualquer tentativa espúria de se querer cobrar tributo por ato administrativo desprovido de base legal no direito brasileiro."

No mesmo sentido, temos o professor Carrazza[165], que aduz:

> "o 'princípio da legalidade' impõe que o tributo só seja exigido quando se realiza no mundo fenomênico, o pressuposto de fato, a cuja ocorrência a lei veicula o nascimento da obrigação tributária. Dito de outra maneira, o tributo só pode ser validamente exigido quando nasceu por vontade da lei. Se não se realiza o 'fato imponível tributário' (fato gerador *in concreto*), isto é, se não se cumprirem integralmente os elementos do 'suposto do fato legal' (sempre minucioso, de modo a permitir que o contribuinte calcule antecipadamente a carga tributária que terá o dever de suportar), o lançamento e a arrecadação do tributo serão inválidos."

Assim somente poderá haver a cobrança de um tributo se lei em sentido estrito assim o determinar.

Ademais, além da tipicidade cerrada, vigora ainda no país, como mencionamos, o princípio da tipicidade cerrada. Voltando à questão dos "tipos" (a qual tratamos quando analisamos os contratos previstos no Código Civil), citemos as esclarecedoras palavras do professor Roque Carrazza[166], que nos explica que os mesmo:

> "[...] como que fecham a realidade, não podendo ser alargados por meio de presunções, ficções, ou meros indícios. Inadmissível que o agente fiscal abra aquilo que o legislador, atento aos ditames constitucionais, cuidadosamente restringiu. afinal, o afã arrecadador não legitima o arbítrio."

---

[164] *Tratado de direito constitucional tributário*: estudos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho. Coord. Heleno Taveira Tôrres. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 127.
[165] *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 397 e 398.
[166] *Imposto Sobre a Renda: Perfil Constitucional e Temas Específicos*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 442.

Com grande clareza, o professor Alberto Xavier[167] leciona que

> "o princípio da tipicidade ou da reserva absoluta de lei tem como corolários o princípio da seleção o princípio do *numerus clausus*, o princípio do exclusivismo e o princípio da determinação ou da tipicidade fechada. (...)
>
> O princípio da seleção significa que o legislador não pode descrever o tributo pela utilização de conceito ou cláusula abrangendo todo e qualquer quadro das situações tributáveis (...) Pelo contrário, os tributos devem constar de uma tipologia, isto é, devem ser descritos em tipos ou modelos que exprimam, uma seleção, pelo legislador, das realidades que pretende tributar (...)
>
> O princípio do exclusivismo exprime que a conformação das situações jurídicas aos tipos legais tributários é não só absolutamente necessário como também suficiente à tributação. (...)
>
> O princípio da determinação ou da tipicidade fechada (o Grundsatz der Bestimmtheit de que fala FRIEDRICH) exige que os elementos integrantes do tipo sejam de tal modo precisos e determinados na sua formulação legal que o órgão de aplicação do direito não possa introduzir critérios subjetivos de apreciação na sua aplicação concreta."

Ambos os princípios, o da tipicidade cerrada e o da estrita legalidade, aplicam-se para garantir o respeito a um sobreprincípio, qual seja, o da segurança jurídica. A segurança jurídica é um dos pilares do nosso ordenamento jurídico, assim como de qualquer Estado democrático de direito, garantindo aos membros da sociedade a certeza do direito, a previsibilidade das situações jurídicas.

Em resumo, a única conclusão a que podemos chegar é de que somente pode ser tributado um fato jurídico que corresponda perfeitamente ao tipo previamente descrito no antecedente da regra matriz de incidência tributária. A tipicidade é, em última instância, uma garantia da legalidade e da segurança jurídica, pois impede que a administração tributária aja ao seu bel prazer, criando e tributando fatos jurídicos tributários não previstos na legislação.

Destarte, a Administração Tributária, ao buscar a tributação de um determinado fato jurídico, deve ater-se às figuras típicas contempladas pela lei, não podendo sequer socorrer-se de analogia, haja vista que o artigo 108, parágrafo 1º, do Código Tributário Nacional prescreve de forma inequívoca que "o emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei".

---

[167] *Tipicidade da Tributação, simulação e norma antielisiva*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 17.

Aliás, o professor Alberto Xavier, mais uma vez com perfeição[168], assevera que existe uma incompatibilidade lógica entre a analogia e a tipicidade cerrada, pois a analogia tem como base a semelhança, não a identidade total entre o tipo e a lei, afirmando ainda que

> "[...] esta 'identidade parcial', que é o pressuposto da analogia, não pode existir face ao princípio do exclusivismo ou da implicação intensiva, segundo o qual todas as características relevantes do fato tributável têm de se conter, de modo completo, no tipo que, por isso mesmo, é um tipo fechado, um tipo completo, insuscetível de ser 'aberto' ou 'completado' pelos órgãos de aplicação do Direito.
>
> Do caráter 'fechado' e 'completo' do tipo legal tributário resulta que qualquer característica de uma situação fática que conduz a que ela não se subsuma perfeitamente ao modelo típico torna-a absolutamente diversa do fato típico e não relativa ou parcialmente diversa, como sucede nas situações semelhantes."

Logo, para que haja a tributação dos atos que envolvem o *trust*, mister se faz a exata previsão do fato jurídico como materialidade na regra matriz de incidência tributária. Como veremos, não se pode, por exemplo, equiparar por analogia a tributação da transmissão da coisa do *settlor* para o *trustee* a uma doação, pois isso resultaria em um desrespeito aos princípios da tipicidade e da estrita legalidade.

Por isso, ao analisarmos, para fins de tributação, cada etapa de um *trust*, teremos o cuidado de verificar se o respectivo fato jurídico encontra-se exatamente previsto na regra matriz de incidência tributária.

10.4 Da Tributação aplicável ao *Trust* Privado Testamentário

Sabemos que o *trust* é um excelente instrumento de planejamento sucessório e patrimonial. É sempre aconselhável aos detentores de grandes patrimônios que, ainda em vida, decidam o destino de seus bens que serão conferidos a seus herdeiros a fim de evitar futuras contendas entre os herdeiros, por isso, são cada vez mais freqüentes os *trusts* testamentários constituídos no exterior por brasileiros.

---

[168] *Tipicidade da Tributação, simulação e norma antielisiva*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 148.

Um *trust* privado testamentário, em geral, é constituído da seguinte forma: o *settlor* entrega os bens ao *trustee*, que os administrará até o falecimento do *settlor*, data em que serão transferidos aos beneficiários. Nesse ínterim entre a constituição do *trust* e o falecimento do *settlor*, é possível que os beneficiários recebam os frutos do bem em *trust*, dependendo que for disposto no termo de constituição.

Analisada a regra matriz de incidência e feitas as devidas ressalvas quanto à tipicidade cerrada que deve prevalecer no Direito Tributário, estamos aptos a analisar os tributos que incidirão sobre *trusts*, caso os mesmos sejam aceitos pela legislação brasileira.

Por questões didáticas, também entendemos importante segregar dois momentos distintos de um *trust*, quais sejam, (i) a entrega dos bens pelo *settlor* ao *trustee* e (ii) a posterior entrega dos bens ao beneficiário pelo *trustee* por ocasião do falecimento do *settlor*.

Como dissemos anteriormente, entre os impostos previstos no Sistema Tributário Nacional entendemos que somente cabe discussão quanto à incidência do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza (IR), do Imposto sobre Operações de Câmbio (IO/Câmbio), do Imposto sobre Transmissão e Doações (ITCMD) e do Imposto sobre Transmissão Inter Vivos (ITBI), os quais já tiveram as respectivas regras matrizes de incidência analisadas nos itens anteriores.

10.4.1 Da incidência na entrega dos bens para a administração do trustee

10.4.1.1 Do Imposto sobre a Renda

Sabemos que para a incidência do Imposto sobre a Renda é imperioso que se verifique o acréscimo patrimonial por parte de um determinado sujeito. Sem que haja uma riqueza nova, não pode haver a incidência desse imposto, sob pena de se estar tributando patrimônio.

No momento da constituição do *trust*, o *settlor* sofre um decréscimo patrimonial, na medida em que deixa de ser proprietário dos bens, entretanto, não se pode dizer que essa transmissão patrimonial se dá em favor do *trustee*, o qual somente tem titularidade legal sobre os bens recebidos em *trust*.

Já dissemos à exaustão que os bens objeto do *trust* não são transferidos ao patrimônio do *trustee* e, sim, tornam-se uma massa patrimonial autônoma desprovida de personalidade jurídica e que o *trustee* só tem a titularidade legal sobre os mesmos, não auferindo qualquer tipo de renda, sendo unicamente responsável pela administração da *res*.

Por outro lado, os beneficiários ainda não são proprietários dos bens, não dispõem de titularidade jurídica ou econômica sobre os mesmos, essa titularidade somente ocorrerá quando houver o falecimento do *settlor*, por isso, também não há que se falar, nesse momento, em acréscimo patrimonial.

A *res* não passará a integrar o patrimônio de nenhum sujeito, constituindo-se em um patrimônio apartado, logo como seria possível definir o sujeito passivo da obrigação tributária relativa ao Imposto sobre a Renda?

Assim sendo, tendo em vista que inexiste um acréscimo patrimonial a qualquer sujeito, não se pode falar em incidência do Imposto sobre a Renda. Nem *trustee*, nem beneficiário têm seu patrimônio aumentado, nesse momento, haja vista que os mesmos recebem, tão-somente, uma titularidade parcial sobre os bens.

Cumpre ressalvar que, em alguns tipos de *trust*, pode-se estabelecer no termo de constituição a obrigatoriedade de distribuição aos beneficiários dos frutos dos bens em *trust*, independentemente do falecimento do *settlor*; naturalmente, nesses casos, os beneficiários terão a disponibilidade jurídica ou econômica sobre tais rendimentos, ou seja, verificarão um acréscimo patrimonial, passível de tributação pelo imposto sobre a renda brasileira.

10.4.1.2 Do IO/Câmbio

No caso de um *settlor* residente no Brasil que constitua um *trust* no exterior com dinheiro, caso esse dinheiro seja convertido em moeda estrangeira, haverá a celebração de um contrato de câmbio, cuja liquidação é fato jurídico tributável pelo IO/Câmbio.

Contudo, dependendo da conjuntura econômica, o Poder Executivo tem a permissão para reduzir alíquotas e desonerar determinadas operações de câmbio, bem como para restabelecê-las a qualquer momento.

10.4.1.3 Do ITBI-IV

Quanto ao ITBI-IV, no caso de a *res* ser um bem imóvel, o aspecto material de sua regra matriz de incidência pressupõe a transmissão de bens imóveis, excluindo-se a sucessão (*causa mortis*). O município de São Paulo, por exemplo, especifica como fatos jurídicos que dão origem ao ITBI os seguintes:

a) as transmissões, inter vivos, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e a de direitos reais sobre bens imóveis, exceto os de garantia e as servidões;

b) a cessão, por ato oneroso, dos direitos relativos à aquisição de bens imóveis.

Muito embora o *trust* constitua uma transmissão de patrimônio, não há como enquadrá-la na hipótese de incidência do ITBI pelos seguintes motivos:

i) nesse momento a propriedade do bem não está sendo transferida a nenhum sujeito específico, pois ninguém poderá dele dispor, gozar e usufruir. Existe uma cisão na titularidade sobre a coisa, que passa a ser em parte do *trustee* e em parte do beneficiário;

ii) o *trust* no Brasil não se enquadra no rol dos direitos reais, os quais são taxativamente enumerados no Código Civil;

iii) e, o mais importante, a transmissão não ocorre a título oneroso, haja vista que o *trustee* não está adquirindo o imóvel junto ao *settlor*, mas sim recebendo-o temporariamente para fins de administração.

Aliás, quanto ao último aspecto, vimos que nem sequer a vontade do *trustee* importa para a constituição de um *trust*, o qual é caracterizado não como um contrato, mas sim como um ato de declaração unilateral do *trust*, que entregará o bem para a administração do *trustee*, o qual somente detém o *legal title* sobre o bem.

Portanto, descartamos veementemente a incidência do ITBI nesta etapa de constituição de um *trust*, haja vista que o fato jurídico ocorrido não se subsume a nenhuma das materialidades previstas na respectiva regra matriz de incidência.

10.4.1.4 Do ITCMD

Como mencionamos anteriormente relativamente ao ITCMD, o aspecto material de sua regra matriz de incidência é toda e qualquer **transmissão** de um bem ou direito a título gratuito, **por sucessão legítima ou testamentária**, inclusive a sucessão provisória ou **por doação**.

Assim, para que incida o ITCMD, deverá haver necessariamente uma transmissão gratuita de um bem ou direito e a mesma deverá ocorrer por conta de um dos seguintes fatos jurídicos: (i) sucessão legítima ou testamentária ou (ii) doação. À luz do que já tratamos, qualquer ato jurídico que não se enquadre com absoluta precisão em tais hipóteses deve ser colocado fora do campo de incidência do imposto em comento.

Analisando a presente hipótese, o *settlor*, quando entrega os bens para o *trustee*, para que este os administre em prol de determinados beneficiários, realiza um ato inter vivos, no qual declara unilateralmente sua vontade. Logo, podemos

afastar de plano qualquer tributação a título de transferência *causa mortis* nesse primeiro momento.

Contudo, o ITCMD também onera transmissões de ocorridas por atos inter vivos, é o caso das doações. Mesmo assim, entendemos não ser o caso de incidência desse tributo, pois como já vimos a constituição de um *trust* não é uma doação. Concluímos, de forma inarredável, capítulos atrás que a doação é um dos contratos típicos previstos em nosso Código Civil, a qual não pode, em nenhuma hipótese, ser confundida com um *trust*.

O primeiro ponto que distancia as duas figuras jurídicas em questão reside no fato de que o *trust*, ao contrário da doação, não é fruto de um contrato, e sim de uma declaração unilateral de vontade.

Mas além da inexistência de natureza contratual no *trust* há ainda outro argumento mais consistente que se pode colocar contrariamente à equiparação dos *trusts* a doações.

O mais importante a ser destacado é que o *trustee* não está recebendo qualquer tipo de doação, posto que não será proprietário dos bens. Lembremo-nos de que, logo no início do presente trabalho, afirmamos que o *trustee* teria somente *legal title*, cabendo a ele a responsabilidade sobre os bens ou direitos que lhe foram entregues, devendo agir com prudência e não podendo obter vantagens particulares sobre os mesmos.

Como se percebe, os atos jurídicos que envolvem a constituição de um *trust* não se enquadram nos tipos previstos como materialidade da regra matriz de incidência tributária do ITCMD, pois não temos uma sucessão *causa mortis*, nem tampouco uma doação. Qualquer interpretação que equipare a entrega dos bens ao *trustee* a uma doação é demasiadamente extensiva e cria uma obrigação tributária com base não em lei, mas sim em analogia, o que, como vimos, contraria as regras basilares do Direito Tributário e, em última análise, fere de maneira contundente os princípios da tipicidade cerrada, da estrita legalidade e o sobreprincípio da segurança jurídica.

Logo, no caso em tela, se a transmissão de bens ao *trustee* não corresponde a uma sucessão hereditária, nem a uma doação, não há que se falar em incidência do ITCMD, por total ausência de subsunção do fato jurídico à lei tributária.

10.4.2 Da incidência na transmissão da res *para o beneficiário*

10.4.2.1 Do Imposto sobre a Renda

O beneficiário ao receber bens que estavam sob a administração do *trustee*, sem dúvida alguma, percebe um incremento em seu patrimônio. Ao analisarmos os débitos e os créditos de um beneficiário que tenha recebido bens que estavam em *trust*, verificaremos a existência de um acréscimo patrimonial, portanto, de fato jurídico tributável pelo Imposto sobre a Renda nos termos previstos no artigo 43 do Código Tributário Nacional.

Considerando a hipótese de um *trust* constituído no exterior, com bens situados no exterior, que tenha um beneficiário no Brasil, a tributação sobre os bens recebidos seguiria as mesmas regras aplicáveis aos demais rendimentos provenientes de fontes situadas no exterior, ou seja, serão sujeitos à aplicação da tabela progressiva de alíquotas.

Ressalte-se que tal acréscimo patrimonial será tributado no Brasil pela tabela progressiva do Imposto sobre Renda como um rendimento, e não como um ganho de capital, o qual seria sujeito à alíquota de 15%.

É importante mencionar que, nos casos típicos de recebimento de bens ou direitos por transmissão hereditária reconhecidos pela legislação brasileira, quando os bens são transmitidos ao beneficiário pelo valor pelo qual constavam da declaração do *de cujus*, não há a incidência do Imposto sobre a Renda. Isso ocorre em virtude de disposição expressa contida na legislação, mais precisamente no art. 23 da Lei n º 9.532/1997, o qual prevê:

> "Art. 23 - Na transferência de direito de propriedade por sucessão, nos casos de **herança, legado ou por doação em adiantamento da legítima**, os bens e direitos poderão ser avaliados a valor de mercado ou pelo valor constante da declaração de bens do *de cujus* ou do doador.
>
> § 1º Se a transferência for efetuada a valor de mercado, a diferença a maior entre esse e o valor pelo qual constavam da declaração de bens do *de cujus* ou do doador sujeitar-se-á à incidência de imposto de renda à alíquota de quinze por cento [...]" (os destaques são nossos)

Do comando legal acima, depreende-se que as transferências de bens ou direitos que ocorram pelo valor da declaração de bens do *de cujus* são isentas se ocorrerem pelo valor de declaração. Cumpre ainda ressaltar que tal dispositivo não se restringe a bens e direitos localizados no Brasil, tendo as autoridades fiscais se manifestado favoravelmente à não-tributação no caso de bens havidos em herança de fontes situadas no exterior, como se verifica nas decisões administrativas abaixo transcritas:

> "DOAÇÕES E HERANÇAS RECEBIDAS DO EXTERIOR – Comprovando-se que os valores recebidos do exterior resultam de doação ou herança, sobre eles não incide o imposto de renda." (Acórdão Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Salvador nº 15-2553 de 06 de Novembro de 2002)

> "RENDIMENTOS ISENTOS. BENS MÓVEIS E IMÓVEIS HERDADOS DE FONTE NO EXTERIOR. É isento do IRPF os valores dos bens móveis e imóveis recebidos de fonte situada no exterior a título de herança por beneficiário residente no Brasil, desde que devidamente comprovada, com documentos hábeis e idôneos, a referida aquisição, devendo o ingresso, no Brasil, de recursos financeiros em moeda nacional e estrangeira ser processado exclusivamente através de transferência bancária, cabendo ao estabelecimento bancário a perfeita identificação do cliente ou do beneficiário." (Solução de Consulta Disit 07 nº 429 de 18 de outubro de 2005)

Como se percebe, tanto a legislação quanto a jurisprudência admitem a isenção nos casos de transferência de bens ou direitos em razão de "herança, legado ou doação em adiantamento à legitima". Entretanto, como dissemos, essa regra se aplica às transmissões *causa mortis* reconhecidas pela legislação brasileira, não podendo ser estendida aos beneficiários de um *trust*.

A despeito de a transmissão dos bens do *trust*/*trustee* para o beneficiário ocorrer em decorrência do falecimento do *settlor*, não podemos qualificar essa

transferência de bens como uma transmissão *causa mortis*, como um caso de sucessão (seja como herança ou legado), haja vista que os bens não pertenciam mais ao *settlor*. Seria uma analogia por demais extensiva equiparar a transferência dos bens em *trust* para o beneficiário a um caso de sucessão nos termos da legislação nacional. Ademais, tendo em vista que a regra em comento traz uma isenção, é necessário aplicar cuidado redobrado em sua interpretação.

Desta feita, vamos primeiro abrir um breve parêntese quanto à definição do conceito de isenção, o qual não é algo uníssono na doutrina e cria divergência até mesmo entre os mais respeitáveis cientistas do direito.

Classicamente se entendia a isenção como um “favor legal”. Um dos principais defensores dessa teoria era Rubens Gomes de Souza.

Entretanto, Alfredo Augusto Becker rebelou-se contra a teoria clássica, passando a estudar a isenção sob uma nova ótica. Nesse contexto, ele analisa a fenomenologia jurídica da incidência da norma e considera a existência de quatro espécies básicas de regras:

(1) regra juridicizante: aquela que torna jurídico o fato sobre o qual a hipótese incidiu;

(2) regra desjuridicizante total: aquela cuja incidência desconstitui (desjuridiciza) o ato jurídico nulo ou anulável, expulsando-o do mundo jurídico e apagando toda a sua existência;

(3) regra desjuridicizante parcial: aquela promove a redução do conteúdo jurídico de relação jurídica pré-existente;

(4) regra não-juridicizante: cuja "incidência tem, como única conseqüência, deixar bem claro que o acontecimento daquele fato ou fatos nada acrescentaram ou diminuíram ao que já existia no mundo jurídico".

Nesse contexto, a isenção derivaria de normas não-juridicizantes. Afirma Becker que a regra da isenção, em última análise, é norma de isenção incide para

que a tributação não incida. Define o professor Hugo de Brito Machado que a "isenção é exceção feita por lei à regra jurídica de tributação"[169].

Segundo o professor Paulo de Barros Carvalho, a isenção tributária é norma de estrutura que "investe contra um ou mais dos critérios da norma-padrão de incidência, mutilando-os, parcialmente"[170].

Por uma questão de coerência metodológica com a linha do presente trabalho, vamos adotar o conceito do Professor Paulo de Barros de Carvalho, ou seja, de que se trata de uma norma de estrutura que mutila parcialmente a regra matriz de incidência.

Pois bem, uma vez que temos uma norma que concede isenção a determinados acréscimos patrimoniais, cabe a questão: é possível interpretar tal norma de forma a estender tal isenção aos bens recebidos pelo beneficiário quando do falecimento do *settlor*?

Sabemos que a interpretação de um texto pode se dar a partir de determinadas técnicas que visam a encontrar o sentido da norma. Partindo-se do mais básico para o mais complexo, verificamos que existem os seguintes métodos de interpretação: i) a interpretação literal, ii) a interpretação histórica e iii) aquela de orientação sistemática.

Em virtude da pluralidade dos métodos interpretativos, o artigo 111 do Código Tributário Nacional dispõe:

> "interpreta-se **literalmente** a legislação tributária que disponha sobre:
>
> I - suspensão ou exclusão do crédito tributário;
>
> II - outorga de isenção;
>
> III - dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias."

Vemos, portanto, que o Código tributário Nacional prestigia a interpretação literal das normas de isenção. Contudo, essa regra da aplicação da interpretação

---

[169] *Curso de Direito Tributário*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 230.
[170] *Curso de direito tributário*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 490.

literal às normas de isenção há que ser vista com ressalvas como leciona Hugo de Brito Machado*, in verbis*:

> "Recorde-se que as regras de isenção devem ser interpretadas literalmente (CTN, art. 111), ou melhor dizendo, as regras de isenção não comportam interpretações ampliativas nem integração, embora devam ser interpretadas com o emprego de todos os métodos, processos ou elementos de hermenêutica."

Também esclarecedoras são as lições de Rubens Gomes de Sousa[171] sobre a matéria no sentido de que

> "o art. 111 é regra apriorística, e daí o seu defeito, que manda aplicar a interpretação literal às hipóteses que descreve. A justificativa ou, se quiserem, apenas explicação do dispositivo, é de que as hipóteses nele enumeradas são exceções às regras gerais de direito tributário. Por esta razão, o Código Tributário Nacional entendeu necessário fixar, aprioristicamente, para elas, a interpretação literal, a fim de que a exceção não pudesse ser estendida por via interpretativa além do alcance que o legislador lhe quis dar, em sua natureza de exceção a uma regra geral."

Como se pode perceber, a essência da norma acima é não permitir a interpretação ampliativa das normas de isenção e não obstar a utilização de outros métodos, mesmo porque a mera interpretação literal de qualquer texto condena-o ao empobrecimento. Aliás, neste tocante é valido citar as seguintes palavras do professor Paulo de Barros Carvalho:

> "o desprestígio da chamada interpretação literal, como critério isolado de exegese é algo que dispensa meditações mais séria, bastando argüir que, prevalecendo como método interpretativo do direito, seríamos forçados a admitir que os meramente alfabetizados, quem sabe com o auxílio de um dicionário de tecnologia jurídica, estariam credenciados a elaborar as substâncias das ordens legisladas [...]"[172]

Porém, ainda que a interpretação literal não seja uma regra absoluta, ela não pode ser tida como uma norma em branco, mas sim como um dos primeiros limites a serem observados na interpretação de uma regra isentiva. Aliás, como nos ensina o professor José Souto Maior Borges[173]:

---

[171] SOUSA, Rubens Gomes de. Interpretação das leis tributárias. In: ATALIBA, Geraldo. *Interpretação no Direito Tributário.* São Paulo: Saraiva, 1975, p. 379.
[172] *Curso de direito tributário*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 108.
[173] *Isenções Tributárias.* 2. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980, p. 2.

> "O poder de isentar apresenta certa simetria com o poder de tributar. Tal circunstância fornece a explicação do fato de que praticamente todos os problemas que convergem para a área do tributo podem ser estudados sob o ângulo oposto: o da isenção. Assim como existem limitações constitucionais ao poder de tributar, há limites que não podem ser transpostos pelo poder de isentar, porquanto ambos não passam de verso e reverso da mesma medalha."

Pois bem, ainda que não nos atenhamos à literalidade estrita, não podemos ampliar os termos "herança, legado ou doação em adiantamento à legitima" a ponto de equipará-los à transmissão de bens/direitos que ocorre entre o *trustee*/*trust* e o beneficiário.

Entendemos que, se a tipicidade deve ser observada no momento da tributação, ela não pode ser ignorada quando da aplicação de uma isenção, haja vista que, como já dissemos, partimos da premissa de que a isenção age mutilando um dos aspectos da regra matriz de incidência, a qual tem seus elementos rigorosamente tipificados.

Seria incoerente, bem como um desrespeito ao princípio da seleção já mencionado, adotar ao mesmo tempo uma interpretação restritiva para fins de subsunção de um fato à norma e outra extensiva para fins de mutilação de uns dos aspectos contidos nessa norma.

Quando a lei tributária refere-se a herança e legado, está tratando de bens e direitos que por ocasião do falecimento de uma determinada pessoa física proprietária dos mesmos são transferidos a outrem, a partir dos critérios de divisão e destinação de heranças e legados, bem como a vocação hereditária, rigidamente descritos no Livro V do Código Civil, que trata especificamente das sucessões.

No caso de um *trust*, o *settlor* não possui mais qualquer tipo de vínculo com os bens, os quais passaram a constituir um patrimônio autônomo, o *trust*, que é administrado pelo *trustee* em favor de um beneficiário, assim não podemos dizer que houve a sucessão dos bens do *settlor* em favor do beneficiário.

Por outro lado, não se pode de forma alguma afirmar que o beneficiário é herdeiro, legatário ou donatário do *trustee*, mesmo porque este último não tem a

propriedade plena sobre os bens, logo, não podemos aplicar a regra atual de isenção contida no direito tributário brasileiro.

Portanto, no tocante ao Imposto de Renda, concluímos que os beneficiários, quando receberem os bens que estavam em *trust*, deverão considerar a existência de um acréscimo patrimonial tributável no Brasil, segundo tabela progressiva de alíquotas, tal como se aplica aos demais rendimentos auferidos de fontes situadas no exterior.

10.4.2.2 Do IO/Câmbio

Já mencionamos que, em decorrência do princípio do curso forçado da moeda nacional, todos os valores em moeda estrangeira que ingressarem no país deverão ser convertidos para reais, o que ocorrerá por meio da liquidação de um contrato de câmbio.

Assim, em havendo a celebração de um contrato de câmbio, teremos a materialidade da hipótese de incidência do IO/Câmbio, cujas alíquotas dependerão do disposto no decreto presidencial em vigência na data da operação.

10.4.2.3 Do ITBI-IV

Da mesma forma como ocorre na transmissão de bens entre *settlor* e *trustee*, entendemos que não há que se falar em incidência do ITBI-IV na transmissão entre *trustee* e beneficiário, em especial considerando-se o fato de que não haverá qualquer espécie de cessão onerosa de bens.

Mais uma vez, contemplamos um fato jurídico que não encontra tipificação no comando legal que define a incidência tributária, haja vista que, com o falecimento dos *settlor*, os bens em *trust* são transmitidos do *trustee* para o beneficiário, que se

torna pleno proprietário dos mesmos, porém essa transmissão de propriedade ocorrerá a título gratuito, afastando, portanto, a incidência do ITBI-IV.

Desta feita, ainda que se verifique no caso a efetiva transferência da propriedade, não há que se falar em incidência do ITBI-IV justamente em decorrência da gratuidade da operação.

10.4.2.4 Do ITCMD

Em um *trust causa mortis*, o fato tido como condição para o recebimento da *res* pelo beneficiário é o falecimento do *settlor*. Porém, como já mencionamos, não podemos afirmar a existência de uma efetiva transmissão de propriedade *causa mortis*, haja vista que essa transmissão deve ocorrer conforme as regras de direito das sucessões previstas no Código Civil Brasileiro.

Ao tratarmos da incidência do Imposto sobre a Renda na transmissão, para o beneficiário, dos bens que estavam sob a titularidade[174] do *trustee*, concluímos que não se trata de um caso de herança ou legado, pois o beneficiário não é herdeiro ou sucessor do *trustee*.

Vimos que não existe relação jurídica de cunho sucessório entre o *trustee* e o beneficiário, ademais, como o *settlor* não é mais proprietário dos bens, não podemos afirmar que o beneficiário será seu herdeiro ou legatário. Por tais razões, concluímos, páginas atrás, que não se aplicava a tais casos a isenção de Imposto de Renda no caso de transmissão por herança ou legado.

Assim, não estando caracterizada a sucessão para fins de Imposto sobre a Renda, não faria sentido caracterizá-la para fins de ITCMD, afinal, não podemos ter dois pesos e duas medidas. Se nosso entendimento é pela inexistência de sucessão no que tange ao Imposto sobre a Renda, o mesmo será mantido para todos os demais tributos.

---

[174] *Legal title*.

Lembremos ainda que o conceito de “sucessão” a ser utilizado para fins de análise da incidência de qualquer tributo deve ser aquele consagrado pelo Direito Civil, tendo em vista que o artigo 110 do Código Tributário Nacional determina expressamente que “a lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal (...)”.

No caso em tela, o significado dos termos “transmissão *causa mortis*”, “herança” e “legado” deve ser aquele consagrado pelo Direito Civil. Não pode uma lei tributária alterar o significado desses termos, distanciando-se da vontade constitucional e aproximando-se da ilegalidade. Se assim fosse, ao legislador ordinário poderia ilimitadamente modificar conceitos já consagrados pela Constituição, conforme sua necessidade arrecadatória.

Assim, concluímos, de forma inarredável, pela inexistência de uma transmissão *causa mortis* na transferência dos bens do *trustee* para o beneficiário, afastando, portanto, o ITCMD que poderia ser exigido a esse título.

Por outro lado, também é absurdo afirmar que o *trustee*, ao entregar os bens ao beneficiário, realiza uma doação, haja vista que o faz por conta de uma obrigação que lhe foi imposta pelo *settlor*, e não por vontade própria.

Também devemos levar em consideração que o *trustee* não é proprietário dos bens, logo como poderia fazer a doação de algo que não pertence plenamente? A doação implica que alguém que é proprietário de um bem o transfira a outrem de forma gratuita, porém o *trustee* não detém a propriedade, não podendo, portanto, ser considerado um doador.

Mais uma vez, lembramos que o *trust* não se equipara, de forma alguma, a um contrato de doação, portanto a imposição do ITCMD seria um grave desrespeito à estrita legalidade, à tipicidade cerrada e à segurança jurídica, pois se basearia em mera analogia, e não na subsunção do fato jurídico à norma. Assim sendo, entendemos que não seria cabível a imposição do ITCMD no caso em tal.

10.5 Da Tributação no *Trust* Privado *Inter Vivos*

Na constituição do *trust* inter vivos, os aspectos tributários são muito semelhantes aos expostos no item anterior, consoante verificaremos. Da mesma forma, vamos segregar dois momentos distintos, a transmissão entre *settlor* e *trustee* e a transmissão entre *trustee* e beneficiário.

10.5.1 Da incidência na entrega dos bens para a administração do trustee

Analisemos primeiro os tributos que poderiam eventualmente incidir no momento em que o *settlor* constitui o *trust*, entregando os bens ao *trustee* para que este os administre em favor do beneficiário.

Repisemos que nesse momento existe uma cisão na titularidade dos bens, sendo que o *trustee* terá a titularidade legal e o beneficiário a titularidade eqüitativa. Nenhuma das partes possui plena propriedade sobre a coisa, constituindo-se um patrimônio autônomo.

10.5.1.1 Do Imposto sobre a Renda

Como ressaltamos anteriormente, somente haverá incidência do Imposto sobre a Renda nos casos em que se verifica o auferimento de um acréscimo patrimonial por parte de um determinado sujeito.

No momento da constituição do *trust* por ato inter vivos, não existe acréscimo patrimonial para nenhum sujeito, pois os bens formarão um patrimônio autônomo, sobre o qual o *trustee* somente terá titularidade legal. Como os beneficiários também não são proprietários dos bens, estes também não verificarão qualquer acréscimo patrimonial.

Por isso, é nosso entendimento que, no momento da constituição do *trust*, não há que se falar em incidência de Imposto sobre a Renda, exceto nos casos em que os beneficiários têm a disponibilidade jurídica ou econômica sobre rendimentos da coisa transferida para a formação do *trust*.

10.5.1.2 Do IO/Câmbio

Como vimos, todas as remessas de valores ao exterior sujeitam-se às normas do Banco Central. Em sendo celebrado contrato de câmbio para a conversão de reais em moeda estrangeira, haverá a incidência do IO/Câmbio no momento da respectiva liquidação.

10.5.1.3 Do ITBI-IV

Como cediço, o ITBI-IV somente incide nas operações onerosas, portanto, à guisa do exposto anteriormente, entendemos que não incide ITBI-IV nas transmissões de propriedades sobre bens imóveis ocorridas em razão de constituição de *trust* em face da gratuidade que envolve tal instituto.

10.5.1.4 Do ITCMD

No momento da constituição de um *trust*, o *settlor*, por meio de uma declaração unilateral de vontade, desfaz-se da propriedade da coisa, que formará um patrimônio apartado, transferindo a titularidade legal para o *trustee*.

Já expusemos nosso entendimento de que essa transmissão de bens e direitos entre *settlor* e *trust* não é uma doação, logo não podemos aceitar a incidência do ITCMD sobre tal fato jurídico.

10.5.2 Da incidência na transmissão da res *para o beneficiário*

Em um *trust* inter vivos, o recebimento dos bens pelo beneficiário independe da morte do *settlor*, mas sim dos termos previstos no instrumento de constituição do *trust*. Implementada determinada condição previamente contemplada no respectivo termo de constituição, o *trustee* entregará os bens ao beneficiário, o qual se torna proprietário dos bens.

10.5.2.1 Do Imposto sobre a Renda

Já vimos que um determinado beneficiário que recebe bens que estavam sob a administração do *trustee* aufere um acréscimo patrimonial, temos, portanto, a perfeita subsunção de um fato jurídico ao aspecto material da regra matriz de incidência do imposto sobre a renda.

Mais uma vez, se considerarmos um *trust* constituído no exterior, com bens situados no exterior, o beneficiário residente no Brasil será tributado pelo Imposto de Renda segundo as mesmas regras aplicáveis aos rendimentos provenientes de fontes situadas no exterior, ou seja, pela tabela progressiva.

Conforme previsto pela legislação, as doações entre pessoas físicas são isentas do Imposto sobre a Renda, ainda que sejam recebidas do exterior. Contudo, já dissemos à exaustão que o *trust* não se equipara a uma doação, logo, a isenção em tela não se aplica, por conta da interpretação restritiva que se deve dispensar às normas de isenção.

10.5.2.2 Do IO/Câmbio

Vimos que os valores em moeda estrangeira ingressados no país devem, necessariamente, ser convertidos para moeda nacional, o que implica a celebração de um contrato de câmbio. Logo, haverá a incidência do IO/Câmbio no momento da liquidação do respectivo contrato.

10.5.2.3 Do ITBI-IV

Como já tratado, entendemos que não ser o caso de incidência do ITBI-IV na transmissão de bens entre *trustee* e beneficiário, haja vista que não haverá qualquer espécie de cessão onerosa de bens.

10.5.2.4 Do ITCMD

Implementada determinada condição contida no ato de constituição de *trust*, o *trustee* entregará os bens aos beneficiários. Mais uma vez, por todos os motivos já expostos, há que se afastar veementemente o caráter de doação, logo não há sentido em se pretender a incidência do ITCMD sobre tal operação.

11 CONCLUSÃO

O *trust* é um instituto antigo, criado na Idade Média, para permitir a transmissão da titularidade sobre a terra pelos vassalos sem o pagamento de obrigações ao senhor feudal. Mesmo com o declínio do sistema feudal, o *trust* foi se desenvolvendo e adquirindo o reconhecimento jurídico pelos tribunais de eqüidade do Direito Inglês.

As colônias norte-americanas, cujo direito deriva da *common law*, também acolheram o *trust* que acabou se tornando um instrumento amplamente utilizado nos Estados Unidos, para as mais diversas finalidades.

Com o passar do tempo, intensificou-se a utilização do *trust*, que passou a ser buscado por indivíduos de diversos países. Entretanto, por ter se desenvolvido a partir dos conceitos da *common law*, esse instituto apresenta uma série de particularidades que dificultam sua assimilação pelos ordenamentos pertencentes à família romano-germânica.

O principal entrave deriva das peculiaridades do *proprerty law*, o direito de propriedade existente na *common law*, cujos fundamentos distanciam-no totalmente do direito das coisas consagrado pelos ordenamentos jurídicos de tradição romanista.

As diferenças entre as duas famílias jurídicas, *common law* e romanista, decorrem essencialmente do contexto histórico em que se formaram. Na Inglaterra tivemos um direito baseado nas decisões das Cortes Reais e na Europa Continental um direito oriundo do trabalho dos cientistas do direito, que revisitaram os principais conceitos do direito romano.

Assim, a noção de propriedade romanista é diversa da anglo-saxônica. Desde os tempos de Justiniano a propriedade, para o Direito Civil, é una e indivisível, conceito que foi reforçado pelo direito romano-germânico com o advento do Código de Napoleão.

Por outro lado, verificamos que na *common law*, exceto o rei, ninguém mais possui todos os atributos da propriedade. Nesse contexto, uma pessoa detém apenas um direito sobre o bem, são os *estates*, sendo possível a existência de mais de um *estate* ou *title* sobre a mesma coisa.

Por isso, quando se constitui um *trust*, há a cisão da titularidade sobre o bem, entre *trustee* e beneficiário, sendo que o bem em si formará um patrimônio em separado, que não pode ser afetado nem mesmo por credores destes sujeitos.

Outra característica marcante deste instituto, e que deriva de sua origem eqüitativa, é sua estrutura flexível, o que permite a criação uma série de tipos de *trusts*, os quais têm sido reconhecidos ao longo do tempo pela jurisprudência das cortes da *common law*.

Essa flexibilidade e sua conseqüente agilidade permitiram a intensificação do uso dos *trusts* ao longo dos tempos, cuja aceitação não ficou restrita somente à Inglaterra e aos Estados Unidos.

Atualmente, os *trusts* são uma ferramenta eficaz de proteção e administração patrimonial, de planejamento sucessório e também de captação de recursos para investimentos (como é o caso do “REIT”), não podendo, portanto, ser ignorados pela legislação brasileira, pois mesmo não sendo aqui reconhecidos podem ser constituídos no exterior por residentes no Brasil.

Os *trusts* implicam um fluxo patrimonial que, se fosse regulamentado pela legislação brasileira, poderia ser corretamente monitorado para fins de prevenção de evasão de divisas e de tributos.

Sabe-se que o Direito Brasileiro, por sua tradição romanista, não aceita a dualidade do direito de propriedade, porém o país pode, a exemplo de outros que já o fizeram, acolher o instituto, fazendo as adaptações necessárias e, mais importante, disciplinando seus efeitos.

Poderíamos até mesmo defender a utilização do *trust* como uma figura atípica, dentro do conceito de autonomia da vontade, contudo, por se tratar de uma estrutura complexa e estranha ao nosso Direito, a falta de uma positivação adequada e exaustiva deixa de lhe conferir segurança jurídica.

A ausência de disciplina jurídica em matéria de *trusts* acarreta toda a sorte de dificuldades às partes evolvidas, aos aplicadores do direito e até mesmo às autoridades fiscais, haja vista a dificuldade de definição dos tributos que podem incidir em uma operação desta natureza.

Não pode o Direito Brasileiro permanecer em uma postura vetusta e estática diante das realidades que são criadas a cada dia no ágil mundo dos negócios. O Direito é linguagem e como tal deve acompanhar os movimentos da sociedade para melhor regular as condutas nela praticadas.

Entendemos que o Direito Brasileiro tem condições de acolher o *trust*, mas com as devidas adaptações.

Não somos audaciosos a ponto de defender o reconhecimento de *trusts* anglo-saxões, mas para nós é claro que nosso país pode, a exemplo do que fizeram outros locais cujo ordenamento é de origem romanista, adaptar o instituto de forma a torná-lo mais adequado à nossa tradição jurídica.

Vimos pelo exemplo da Itália, país que em muito inspira nosso Direito, que o *trust*, embora à primeira vista possa parecer incompatível com seu sistema jurídico, é, na verdade, passível de reconhecimento, ainda que nos termos estritos da Convenção de Haia.

A Convenção de Haia criou um tipo de *trust* seguro para que os países romanistas possam reconhecê-lo, ainda que este seja criado em outras jurisdições. Nesse contexto, a Itália, com grande acerto, não somente internalizou essa norma de Direito Internacional como também evolui em termos de tutela jurídica dos *trusts*.

Com certeza, os anos de discussão entre os doutrinadores italianos e os resultados práticos e jurisprudenciais da questão resultam em valiosas lições para nós brasileiros, que poderíamos evoluir sobremaneira em matéria jurídico-negocial.

O reconhecimento do *trust* pelo Brasil seria um grande passo no caminho da modernidade e da integração com as práticas negociais em voga pelo mundo.

A Itália nos mostrou que, em verdade, os grandes obstáculos para o reconhecimento do *trust* por países de tradição romano-germânica não são técnicos.

Muitos dos obstáculos levantados acabam sendo, em verdade, falsos problemas. Como costuma mencionar o Professor Digo Leite de Campos, os verdadeiros empecilhos ao reconhecimento do *trust* por países romanistas são de caráter psicológico, decorrentes da mentalidade hermética de alguns doutrinadores, da dificuldade que alguns têm de aceitar o novo, e também do receio de evasão fiscal por parte dos governos.

No que tange ao perigo de evasão fiscal, vimos que a própria Convenção de Haia dispõe de recursos para evitar o uso impróprio do *trust*. Ademais, vimos que recentemente o próprio governo italiano criou medidas para prevenir a utilização do *trust* como instrumento de evasão fiscal.

Não se pode aceitar que a má-utilização do *trust* por parte de alguns seja o motivo para o não acolhimento desse instituto por nosso sistema jurídico. O direito não pode se prestar a esse papel.

Desde início do século XX a doutrina brasileira vem debatendo a legitimidade de negócios fiduciários, porém a respectiva positivação somente iniciou-se cerca de 60 anos depois, com a lei da alienação fiduciária.

Progressivamente, os negócios fiduciários foram se expandindo, sendo que o Código Civil de 2002 tratou de disciplinar a propriedade resolúvel e da alienação fiduciária.

Cumpre alertar para o fato de que os negócios fiduciários, em certo ponto se assemelham ao *trust*, porém não se equiparam ao ele. A grande diferença reside no fato de que nos negócios acolhidos atualmente em nosso ordenamento, não temos a cisão da propriedade, mas sim sua transmissão a título resolúvel.

Além disso, outro diferencial reside no fato de que os negócios fiduciários são, em verdade, acessórios ao negócio principal, ao contrário do *trust*.

Mesmo com as diferenças existentes entre tais institutos jurídicos, não duvidamos que a expansão dos negócios fiduciários que temos verificado nos últimos anos, abre caminho para uma futura aceitação dos *trusts* pelos países romanistas.

Vimos que os *trusts* não têm natureza contratual, por isso não podem ser aceitos como contratos atípicos, nem podem ser equiparados aos direitos reais consagrados em nosso ordenamento.

Por conta da ausência de tipificação do *trust* em nosso ordenamento, a análise dos respectivos efeitos tributários no Brasil, à luz de nosso atual sistema tributário, deve ocorrer de forma extremamente cautelosa, pois uma apreciação precipitada pode dar ensejo a conclusões erradas quanto à incidência de determinados tributos.

Como verificamos, por exemplo, os *trusts* não podem ser considerados doações, por isso sua constituição e sua resolução não são alcançados pelo ITCMD, tributo que incide sobre transmissões *causa mortis* ou doações.

Por outro lado, não sendo uma doação, a transmissão da coisa do *trustee* para o beneficiário não será favorecida pela isenção disposta pela legislação do Imposto sobre a Renda.

No caso de um *trust causa mortis*, verificamos questão semelhante, haja vista que a passagem do bem do *trustee* para o beneficiário não é considerada uma sucessão *causa mortis*, logo não haverá a incidência do ITCMD, contudo, também por esse motivo não haverá a isenção quanto ao Imposto sobre a Renda.

Partindo-se da atual legislação tributária brasileira, entendemos que somente incidiria na constituição de um *trust* (momento em que o *settlor* entrega a coisa ao *trustee*) o IO/Câmbio, cobrado na liquidação dos contratos de câmbio relacionados à saída do país de valores em moeda estrangeira.

Com a extinção do *trust* e a conseqüente entrega da *res* aos beneficiários, além do IO/Câmbio incidente sobre a entrada de recursos em moeda no país, teríamos ainda a incidência do Imposto sobre a Renda, haja vista que o beneficiário verificará um acréscimo patrimonial, fato jurídico que, como mencionamos, corresponde à materialidade de tal imposto.

Por tudo o que vimos, entendemos ser viável a assimilação do *trust* pelo direito brasileiro que pode tomar por base o modelo de *trust* previsto pela Convenção de Haia. Essa espécie moldada pela Convenção é segura e viável para aplicação

em um país de tradição romanista, havendo apenas a necessidade de compatibilização com a legislação interna, bem como do devido disciplinamento interno de seus efeitos.

Obviamente, nosso sistema jurídico, tal como se apresenta atualmente, não é apto para receber o *trust*, pois existem diversas questões, sobretudo de ordem prática, que deveriam ser ajustadas, por exemplo, os registros em cartório, para fins de publicidade.

Haveria necessidade também de ajustes nas normas de câmbio, pois atualmente, nenhum dos códigos do RMCCI é satisfatório para registrar a entrada e a saída de divisas a título de remessa para um *trustee*.

Porém, como se percebe, muitos dos entraves são de ordem eminentemente prática, passíveis, portanto, de resolução sem maiores problemas. Nenhum deles justifica, realmente, o fato de o Brasil virar as costas para uma realidade negocial que, no contexto de globalização em que vivemos, é cada vez mais freqüente.

Portanto, superados eventuais entraves de ordem prática, e com algumas adaptações na legislação nacional, entendemos que o Brasil pode sim iniciar seu caminho rumo à assimilação dos *trusts*. Naturalmente tal caminho não é simples, porém não é impossível desde que a questão seja debatida com seriedade e com a mentalidade aberta para essa realidade negocial, que, em verdade, só não existe para o direito, pois na prática já é cada vez mais comum.

REFERÊNCIAS

ALTAMIRANO, Alejandro. *Tratamiento Tributario del Fideicomiso En La República Argentina*. *in* FREIRE, Betina. El Fideicomiso. Buenos Aires: Abaco, 1997

ANDERSEN, Roger W. *Understanding Trusts and Estates*. 3rd ed. Nova Iorque: Lexis Nexis, 2003. [Understanding Series]

ARAUJO, Nadia de. Direito internacional privado, direitos fundamentais e direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, ética, família e o Novo Código Civil brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 465-471.

ASCARELLI, Túlio. *Problemas das Sociedades Anônimas em Direito Comparado.* Campinas: Bookseller, 1999

AZEVEDO, Alvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. São Paulo: Atlas, 2002.

BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 11. ed., rev. atual. por Mizabel Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de Direito Internacional Privado*. São Paulo: RT, 1977.

BECKER, Alfredo Augusto*. Teoria geral do direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998.

BORGES, José Souto Maior. *Isenções Tributárias*. 2. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980.

BURNS. Edward McNall. *História da Civilização Ocidental, do Homem das Cavernas até a Bomba Atômica: O Drama da Raça Humana.* vol. I, II e III. 3. ed. Porto Alegre: Globo, 1973. 581 p.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed.Lisboa: Almedina,1999.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário.* 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
_____. *Direito Tributário: Fundamentos Jurídicos da Incidência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
_____. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. Noeses, 2008.

CARRAZZA, Roque. *Imposto Sobre a Renda: Perfil Constitucional e Temas Específicos*. São Paulo: Malheiros Editora, 2005.

_____. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 11. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros editores, 1998.

CHALHUB, Melhim Namem. A fidúcia no sistema de garantias reais do direito brasileiro. *Revista de Direito Bancário*, do Mercado de Capitais, São Paulo, v. 1, n. 2, maio/ago. 1998. p. 113-139.

CASTRO, Amilcar de. *Direito internacional privado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. 629 p.

CASTRO, Flavia Lages de. *História do Direito Geral e do Brasil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2007.

COSTA, Judith H. Martins. Os negócios fiduciários: considerações sobre a possibilidade de acolhimento do *trust* no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 657, 1990. p. 37-50.

CUMYN, Madeleine Cantin. *La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires*. Bruxelas: Etablissements Emile Bruylant, 1999. 362 p Congres International de Droit Compare, XV.

DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1986.

_____. *O direito inglês.* 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DINIZ. Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria Geral do Direito Civil, v. 1, 10.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994

_____. *Curso de Direito Civil Brasileiro.* v. 2, 9.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995

ELLAND-GOLDSMITH, Michael. The trust and its use in commercial and financial transactions: (part two). *Revue de Droit des Affaires Internationales*, Paris, n. 8., 1985. p. 945-68.

FABIAN, Cristoph. Fidúcia. *Negócios Fiduciários e Relações Externas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.

FERRAGUT, Maria Rita. Resp*onsabilidade tributária e o Código Civil de 2002*. São Paulo: Noeses, 2005.

FLUSSER, Vilém. *Língua e realidade*. São Paulo: Annablume, 2004.

FONSECA, Rodrigo Garcia. Considerações sobre o trust (fidúcia) no direito comparado. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 334, abr./maio/jun. 1996, p. 168.

FRASCESCHELLI, Remo. *Trust nel diritto inglese.* Padova: Cedam, 1935.

GOLDSCHIMDT, Roberto; EDER, Phanor J. *El fideicomiso (trust) en el derecho comparado*: (especialmente americano). Buenos Aires: Arayu, 1954. 152 p.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. 408 p.

_____. *Contrato*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GONCALVES, Aderbal da Cunha. *Da propriedade* reso*lúvel*: sua projeção na alienação fiduciária em garantia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

GONÇALVES, José Artur Lima. *Imposto Sobre a Renda – pressupostos constitucionais*. São Paulo. Malheiros, 2002.

HORBACH, Carlos Bastide. A propriedade no Direito inglês. In: ZITSCHER, Harriet Christianne. (Org.). *Introdução ao Direito Civil Alemão e Inglês*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

HUBERMAN, L. *História da riqueza do homem*. Rio de Janeiro: LTC Editora, 1986.0

ITZ, Claude. *Trust et fiducie, une distinction estompée par la Convention de la Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance*. In: LIBER amicorum Claude Reymond: autour de arbitrage. Paris: Lexis Nexis Litec, 2004. p. 343-353 (Mélanges offerts à Claude Reymond)

KLABIN, Aracy Augusta Leme*. História geral do direito.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 5. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

LEVENE, Cesar. El Trust del Derecho Común Anglosajón. Su Reconocimiento en los Países Civilistas y sus Consecuencias Tributarias. *Revista Argentina de Derecho Tributario*, Año IV - 16 Oct-Dic 2005.

LIBONATI, Berardino. *Holding e investment trust*. Milano: Giuffre, 1969. 688 p.

LUPOI, Maurizio. The domestic *trust* theory upheld in Italy. *Trusts & Trustees*, v. 4, n. 10, p. 24-27, 1998. Disponível em: <http://tandt.oxfordjournals.org/cgi/reprint/4/10/24.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2008.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MARINO, Giuseppe. La residenza del trust nel diritto tributario italiano e comparato. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 80, abr./jun., 2001. p. 203-211.

MARTIN. Sonia. Trusts in American law and some of their substitutes in Spanish law: introduction and part I. *Trusts & Trustees*, v. 13, n. 6, p. 210-220, June 2007. DOI 10.1093/tandt/ttm039. Disponível em: <http://tandt.oxfordjournals.org/cgi/content/abstract/13/6/210>. Acesso em: 10 mar. 2008.

MATIAS, Eduardo Felipe. *Humanidade e suas Fronteiras - Do Estado Soberano à Sociedade Global.* São Paulo: Paz e Terra, 2005.

MELO, José Eduardo Soares de. *Curso de Direito Tributário*. 7. ed. São Paulo: Dialética, 2007.

MELLO, Maria Chaves de. *Dicionário Jurídico português-inglês - inglês-português*. 8. ed. São Paulo: Método, 2006.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*: parte especial: Direito das Coisas: aquisição de propriedade imobiliária. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

_____ *Tratado de Direito Privado: Parte Geral: Negócios Jurídicos, Representação, Conteúdo, Forma, Prova.* v. 3. Campinas: Bookseller, 2000

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direto civil de acordo com o novo Código Civil*: Lei n. 10.406, de 10/01/2002. v.3: Direito das coisas. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MOSQUERA, Roberto Quiroga. *Tributação no Mercado Financeiro e de Capitais*. 1. ed. São Paulo: Dialética, 1998.

_____. *Renda e Proventos de Qualquer Natureza – O imposto e o conceito constitucional*. São Paulo: Dialética, 1996.

NERI, Arianna.*Trust e la tutela del beneficiario.* Padova: Cedam, 2005

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Fundamentos do Imposto de Renda. São Paulo: Quartier Latin, 2008

OVERBECK, Alfred E. von. *Explanatory Report on the 1985 Hague Trusts Convention.* Hague: HCCH Publications, 1984.

PANICO, P. Italy. *Trusts & Trustees*, v. 13, no. 8, p. 405-413, Oct. 2007. DOI:10.1093/tandt/ttm070. Disponível em: <http://tandt.oxfordjournals.org/cgi/content/extract/13/8/405>. Acesso em: 10 mar. 2008.

PEDREIRA, Jose Luiz Bulhões. *Imposto sobre a renda: pessoas jurídicas*. Rio de Janeiro: JUSTEC; ADCOAS, 1979. v. 1, v. 2.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Parte Geral*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1.

_____. *Instituições de Direito Civil: Contratos*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 3.

_____. *Instituições de Direito Civil: Direitos Reais*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 4.

PRÜM, André; WITZ, Claude. la Convention de La Haye et la nouvelle législation luxembourgeoise: actes du colloque tenu au Luxembourg le 11 décembre 2003 /

[organisé par le] Laboratoire de droit économique; AEBDF; ALJB; direction scientifique, - Paris: Montchrestien, DL 2005

PRUSSACK, Andrew H. Creation, administration, and effectivenesss of the Failsafe trust for nonresident aliens. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Georgia, v. 17, n. 1, 1987, p. 121-152

REALE, *Miguel. Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROBLES, Gregório. *O Direito como texto: quatro estudos de teoria comunicacional do Direito*. São Paulo: Manole, 2005.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil, Direito das Sucessões.* vol 7. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____ Direito Civil: Parte Geral. v. 1, 34ª ed, São Paulo: Saraiva, 2007.

_____ Direito Civil: Direito das Coisas. v. 5, 28ª ed, São Paulo: Saraiva, 2003.

SALOMAO NETO, Eduardo. *O trust e o direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1996.

SALVATORE, Salvatore di. New legal provisions on *trusts* in Italy: back to foundations: an Italian retrospective. *Trusts & Trustees*, v. 13, n. 5, p. 172-173, 2007. DOI 10.1093/tandt/ttm018. Disponível em: http://tandt.oxfordjournals.org/cgi/content/abstract/13/5/172>. Acesso em: 10 mar. 2008.

SANTORO, Laura. Trust e fiducia. Contratto e impresa: dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale diretti da Francesco Galgano, Itália, v. 11, n. 3, set./dez., 1995. p. 976-1012.

SÈROUSSI, Roland. *Introdução ao direito inglês e norte-americano*. Paris: Dunod, 1999.

SILVA, Ruben Fonseca; WILLIANS, Robert E. *Tratados dos paraísos fiscais*. São Paulo: Observador Legal, 1998.

SMITH, Adam. *A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas.* São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Coleção Os Economistas)

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law*: introdução ao Direito dos EUA. São Paulo: RT, 1999.

SOUSA, Rubens Gomes de. Interpretação das leis tributárias. In: ATALIBA, Geraldo. *Interpretação no Direito Tributário.* São Paulo: Saraiva, 1975.

_____. *Pareceres - 1 Imposto de Renda*. Resenha Tributária, 1975.

STARCHILD, Adam. *The Tax Heaven: report*. 3rd ed. London: Scope International, 1995.

STEMPEL París, Antonio. *Trust y fideicomiso*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, 1955.

STUBER, Walter Douglas. A legitimidade do trust no Brasil. *Revista de Direito Mercantil: industrial, econômico e financeiro*, São Paulo, v. 28, n. 76, 1989, p. 103-108.

THORENS, Justin. Les droits des héritiers dans une succession soumise au droit suisse et le family *trust* de *common law* créé de son vivant par le de cujus: un rencontre difficile. In: LIBER amicorum Claude Reymond: autour de arbitrage. Paris: Lexis Nexis Litec, 2004. p. 317-324 (Mélanges offerts à Claude Reymond)

TOMÉ, Maria João Carreiro Vaz; CAMPOS; Diogo Leite de. *A Propriedade Fiduciária (Trust): estudo para a sua consagração no Direito Português*. Coimbra: Almedina, 1999.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TORRES, Heleno. *Direito Tributário Internacional: planejamento tributário e operações transnacionais*. São Paulo: RT, 2001.

_____. *Pluritributação Internacional sobre as Rendas de Empresas*. São Paulo: RT, 2001.

_____. *Direito Tributário e Direito Privado: autonomia privada, simulação e elusão tributária*. São Paulo: RT, 2003. 510 p.

UBERTAZZI, Benedetta. The trust in Spanish and Italian private international law: part I. *Trusts & Trustees*, v. 12, n. 10, p.14-19, Dec. 2007. doi:10.1093/tandt/ttl024. Disponível em: <http://tandt.oxfordjournals.org/cgi/content/abstract/12/10/14>. Acesso em: 10 mar. 2008.

_____. The trust in Spanish and Italian private international law: part II. *Trusts & Trustees*, v. 13, n. 1, p. 7-13, Jan. 2007. DOI 10.1093/tandt/ttl033. Disponível em: <http://tandt.oxfordjournals.org/cgi/content/full/13/1/7>. Acesso em: 10 mar. 2008.

UTUMI, Ana Cláudia Akie. Países com tributação Favorecida no Direito Brasileiro. *Direito Tributário Internacional Aplicado.* Coordenação Heleno Taveira Tôrres. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*: direito intertemporal, introdução e historia do direito. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1973.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil – contratos em espécie e* resp*onsabilidade civil.* São Paulo: Atlas, 2001.

VIEIRA, Andréia Costa. *Civil law e common law*: os dois grandes sistemas legais comparados. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.

VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo.* 1. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

_____. *Causalidade e relação no direito.* 4. ed. Saraiva: São Paulo, 2000. p. 111.

WALD, Arnoldo. Algumas considerações a respeito da utilização do trust no direito brasileiro. *Revista de Direito Mercantil*: industrial, econômico e financeiro, São Paulo, v. 34, n. 99, jul./set. 1995, p. 105-120.

_____. *Direito das coisas*. 10. ed. ver. aum e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

WITZ, Claude. Trust et fiducie, une distinction estompée par la Convention de la Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance. In: LIBER amicorum Claude Reymond: autour de arbitrage. Paris: Lexis Nexis Litec, 2004. p. 343-353 (Mélanges offerts à Claude Reymond).

XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil: Tributação das Operações Internacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. Elisão e Evasão Fiscal. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 40.

_____. *Tipicidade da Tributação, simulação e norma antielisiva*. São Paulo: Dialética, 2002.