

Trabalho de Graduação Interdisciplinar – junho de 2000

Universidade Presbiteriana Mackenzie

Faculdade de Direito



VALIDADE E EFICÁCIA DOS CONTRATOS DE TRUST NO DIREITO BRASILEIRO

CAPÍTULO I

INTRODUÇÃO

O trabalho em tela tem por escopo examinar a validade e a eficácia do *trust agreement* no direito Brasileiro, considerando a crescente globalização, e a influência de culturas alienígenas, bem como seus institutos jurídicos, que se mostram cada vez mais presentes. Ou seja, visa explicar o instituto alienígena e sua respectiva aceitação pelo ordenamento jurídico nacional.

A relevância da compatibilização do *trust* com as legislações que o desconhecem foi reconhecida em nível internacional, tendo sido formalizada uma Convenção, de 1º de julho de 1985, em Haia, Holanda, sobre o reconhecimento, em países de ordenamentos jurídicos romanísticos, de *trusts* estrangeiros. (Alberto Xavier, *Direito Tributário Internacional do Brasil*, 2 ed, Forense, Rio de Janeiro, 1993, p.108)

Instituto típico do direito anglo-americano, o *trust* é um contrato privado, lastreado fundamentalmente na confiança. O instituidor do *trust* ("*settlor* ou *grantor*") transfere a propriedade de parte ou da totalidade de seus bens a alguém ("*trustee*"), que assume a obrigação de bem administrá-los em benefício do próprio *settlor* ou de pessoas por ele indicadas ("*beneficiaries*").

Existe uma grande dificuldade para se traduzir, diretamente do inglês para o português, o termo *trust*. Justamente por ser um instituto desconhecido de nosso ordenamento jurídico, não é possível a tradução da palavra, pura e simplesmente, por outra de igual sentido.

Desta forma, a melhor maneira de se fazer entender, seria explicar literalmente o funcionamento do instituto alienígena. Como faz com propriedade a advogada Maria Chaves de Mello: "Custódia e administração de bens ou valores de terceiros; fundo constituído de valores pertencentes a terceiros; administração de bens, interesses ou valores de terceiros; qualquer tipo de negócio jurídico que consista na entrega de um bem ou valor a uma pessoa para que seja administrado a favor do depositante ou de outra pessoa por ele indicada". (MELLO, Maria Chaves de,)

Com o fim de verificar a validade e a eficácia do *trust agreement*,

celebrado no exterior, no Direito Brasileiro, precisamos estudar primeiramente suas origens e histórico no Direito Inglês (*common law*). Partindo deste ponto começaremos a entender os fundamentos deste peculiar instituto.

Em seguida, passaremos à análise dos Elementos Formadores e Elementos Caracterizadores, sendo que os primeiros oferecem a origem e formação do *trust*, enquanto os últimos distinguem o *trust* dos demais negócios fiduciários.

Como todo instituto jurídico, o *trust* possui um objetivo, ou mais, que serão analisados demonstrando a utilidade e a importância do mesmo.

Sendo um instituto tipicamente fiduciário, cabe neste trabalho destacar as características que diferenciam o *trust* dos outros negócios fiduciários. Esta tarefa não é fácil, pois os negócios fiduciários se aparentam superficialmente, sendo separados apenas por tênues diferenças. Institutos como mandato e comissão mercantil serão diferenciados do *trust* por sua individualização e análise.

O estudo da Jurisprudência e Doutrina é indispensável para confirmar a aceitação do *trust* na seara jurídica brasileira, que comprovadamente eliminam qualquer dúvida a esse respeito.

O *trust agreement* celebrado no estrangeiro, com eficácia no território nacional, está, sem dúvida alguma, sujeito às regras de DIP (Direito Internacional Privado), pois é um contrato internacional. Assim sendo analisaremos seus aspectos, com destaque à autonomia da vontade nos contratos internacionais.

Por fim, as regras dos contratos no Direito Brasileiro devem ser inteiramente respeitadas pelo instituto do *trust* para que este esteja plenamente compatível. Apenas sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro conferirá ao *trust* a total validade e eficácia em território nacional.

Por todos os aspectos acima mencionados, demonstraremos não apenas a compatibilidade do *trust agreement* celebrado no exterior com o ordenamento jurídico brasileiro, mas também sua plena validade e eficácia.

CAPÍTULO II

HISTÓRICO

A partir do declínio do feudalismo na Inglaterra medieval, começou a firmar-se a noção de propriedade e domínio, e com estes os *trusts*. Na realidade os *trusts* têm origem fundada nos chamados usos (*uses*). “O mecanismo dos usos implicava o desdobramento do domínio. Não só separava-se o domínio direto do domínio útil, como este era exercido por um em benefício de outro”. (NABUCO, José Tomaz, *Truste “trustees” – Sua origem é Natureza*, RF, vol 96, p.266)

Para entendermos melhor o instituto do *trust*, inserido no sistema legal britânico, precisamos explicar uma diferença básica entre a *Common Law* e a *Equity*. No sistema do *common law*, as obrigações nascem unicamente dos contratos e delitos, enquanto que na *equity* o dever de consciência comportava cumprimento coativo.

A *equity*, nada mais é do que um corpo estável de princípios de aplicação uniforme a certos casos julgados pelos *Chancellors*. Estes eram inicialmente eclesiásticos a quem se atribuía a função de conselheiro do rei, dada sua capacidade de lidar com questões de consciência, bem como a função de guarda do selo real.

Com o passar do tempo, as atribuições do *Chancellor* passaram a ser exercidas em caráter moderador, visando corrigir situações em que o excessivo rigor da *common law* ou a influência sobre a mesma de nobres locais, por intimidação ou corrupção, pudessem levar a injustiças.

Como o *trust* baseava-se inteiramente na confiança, era judicialmente inexigível pelo sistema da *common law*, todavia, pela ótica dada pela *equity*, era perfeitamente cabível sua exigência. Desta forma, a força coercitiva aplicada ao bom funcionamento do *trust*, tem como base jurídica a *equity*.

De origem que alguns situam no feudalismo inglês, o *trust* teve amplo desenvolvimento no direito americano, estando hoje amplamente difundido nos países do *common-law* e mesmo em França, como forma de investimento para preservação do patrimônio.

CAPÍTULO III

ELEMENTOS FORMADORES

Os *trusts* são constituídos por cinco elementos, quais sejam:

Transferência

Coisa

Settlor

Trustee

Beneficiário

3.1. TRANSFERÊNCIA

As três maneiras mais utilizadas para criar um *trust*, são (*The Restatement, Second, Trusts §17*):

- A) declaração do proprietário, que o mesmo possui os referidos bens como *trustee*;
- B) transferência *inter-vivos* dos bens para um terceiro (*trustee*) que os administrará em favor dos beneficiários;
- C) transferência dos bens a um terceiro (*trustee*) por testamento, que os administrará em favor dos beneficiários;

As formalidades máximas requeridas são: 1) o *trustee* deve aceitar formalmente suas obrigações, 2) os beneficiários devem ser notificados da existência do *trust*, sendo aos mesmos fornecida uma cópia do instrumento do contrato.

Todavia, poderá o *trust* seguir formalidades mínimas, estabelecidas na própria declaração do *trust*, já que a transferência legal dos bens não é necessária/exigida. Tudo que se exige é que o *settlor* manifeste de alguma forma que ele ou ela possui os bens em *trust* em benefício de outrem.

Aquele que procurar provar a existência do *trust* terá severas dificuldades sem uma clara manifestação da intenção do *settlor*.

Para a realização da transferência em vida ou por testamento, o *settlor* deve ter a capacidade legal exigida pela lei local do *trust*. Desta forma, o menor, o incapaz ou pessoa legalmente incapaz não poderá declarar sua vontade de transferência, tanto em vida quanto por testamento.

O *settlor* deve manifestar a intenção de criar o *trust*, de uma forma a ser claramente identificado. Apesar de não existir regra que estabeleça um mínimo de provas necessárias para a formação de um *trust*, a intenção secreta é insuficiente se não houver indicação da intenção.

3.2. RES (COISA)

A formação do *trust* exige a presença de bens sobre os quais incidirão a relação fiduciária do instituto.

Diferentemente de outras instituições confidenciais, o *trust* existe apenas

em relação a algo específico e determinável como bens imóveis, ações e montantes em espécie. Dá-se a este algo a denominação de *res* evitando assim problemas terminológicos entre principal, ganhos e outros.

Por fim, a *res* pode ser qualquer tipo de bem imóvel, móvel ou intelectual, desde que seja factível e determinável.

3.3. SETTLOR (INSTITUIDOR)

O *settlor* tem importância apenas até que este tenha transferido a *res* ao *trust* impondo obrigações fiduciárias ao *trustee* sobre a *res* e quanto aos beneficiários. Após a manifestação e a transferência dos bens, o *settlor* é considerado como um ex-proprietário.

Na instituição do *trust*, o papel do *settlor* se resume na capacidade do mesmo de manifestar legalmente suas intenções, e de transferir seus bens conforme estas últimas.

Com isso em mente, certos aspectos devem ser observados:

1) o *settlor* deve ser o proprietário da *res* ou ser legalmente qualificado para realizar a sua transferência;

2) o *settlor* deve ser legalmente capaz de realizar a transferência e declarar sua intenção de criar um *trust*;

3) apesar de o *trust* poder ser criado sem a necessidade de uma comunicação da intenção do *settlor* para qualquer pessoa, o *trust* não poderá ser criado sem a manifestação de intenção da criação do mesmo. Desta forma,

uma declaração expressa de sua intenção, escrita ou não é estritamente necessária;

4) o *settlor* pode reter parte ou a totalidade do *legal tittle* (propriedade), ou o *beneficial interest* (ganhos), mas não poderá reter ambos. Isso porque o *trust* é criado a partir da separação do *legal tittle* e do *beneficial interest*.

5) o *settlor* pode ainda exercer poderes sobre o *trust*, o que não seria permitido em uma doação comum dentro da common law. O poder de revogação é o mais óbvio dos poderes, que incluem ainda modificação ou controle dos investimentos, tempo e montantes da distribuição de ganhos e do principal.

3.4. TRUSTEE

A indicação do *trustee* é geralmente feita pelo *settlor* no próprio instrumento do *trust*. Caso o *settlor* não indique um *trustee* capaz e que queira aceitar o encargo, o Tribunal competente indicará um *trustee*.

O *trustee* pode ser qualquer pessoa física ou jurídica capaz de tomar o *legal tittle*. Essa capacidade se mostra indispensável para permitir a separação entre o *legal* e o *equitable rights* dos bens envolvidos.

O *trustee* possui a faculdade de recusar o recebimento do encargo. Todavia, uma vez aceito, não poderá ser rescindida, exceto na forma prescrita no instrumento ou por permissão do Tribunal competente.

Existe a possibilidade de nomeação de pessoas chamadas de "*quase trustees*", que atuam como conselheiros do *trustee* em matérias como

investimentos, mas que não estão envolvidas nas atividades/operações diárias do *trust*. Esses conselheiros estão sob as mesmas exigências da obrigação fiduciária de um *trustee*, apesar de seu papel na relação ser limitado.

Pode ainda o *trustee* ser removido de seu encargo, por disposições contratuais ou por sentença de um Tribunal competente. Deve estar estabelecido no instrumento do *trust*, a quem cabe o poder de remover o *trustee*. A remoção do *trustee* é considerada uma medida extrema e não é facilmente realizada.

3.5. BENEFICIÁRIOS

Existem dois principais tipos de *trust*: *charitable trusts* (visam à caridade) e os *private trusts* (objetivos particulares). Ambos possuem características peculiares que podem ser demonstradas da seguinte forma:

Determinação vs. Imposição: o beneficiário de um *private trust* deve ser determinado afim de que o *trust* possa ser executado. Já um *charitable trust* pode ser executado por um *attorney general* (procurador público), não necessitando, desta forma, ter um beneficiário determinado.

Rule against Perpetuities e doutrina relacionada: uma doação realizada por uma entidade beneficente à outra, não estará sujeita à Rule against Perpetuities, permitindo desta forma a imposição de condições por tempo indefinido. Uma doação poderia ser feita dentro dos limites da Rule against Perpetuities ultrapassando assim os limites temporais impostos ou *private trust*, que o tornariam inválido. Por exemplo, uma orientação de para por

tempo indefinido os ganhos sem dispor do principal.

Os *charitable trusts* gozam de diversas vantagens fiscais, tais como total exclusão da tributação.

CAPÍTULO IV

ELEMENTOS CARACTERIZADORES

Os *trusts* possuem três elementos básicos caracterizadores que os distinguem dos demais negócios fiduciários, quais sejam:

4.1. PROPRIEDADE LIMITADA

Os bens dados em *trust* ficam, ao menos formalmente em nome do *trustee*, que é o proprietário legal e aparente, o *legal owner*;

Deve-se ressaltar que os bens dados em *trust* formam uma massa distinta do resto do patrimônio do *trustee*, todavia não possuem personalidade jurídica própria. Pode ser considerado como uma espécie de gravame pesando sobre a propriedade legal detida pelo *trustee*.

4.2. ADMINISTRAÇÃO CONFORME ACORDO:

O *trustee* está obrigado a administrar os bens de acordo com as condições e instruções determinadas pelo *settlor* no instrumento de constituição do *trust*;

A administração dos bens que constituem o *trust* deve ser desempenhada de forma independente pelo *trustee*, que possui ampla discricionariedade para tal, sendo limitado apenas, pelos interesses dos beneficiários. Ou seja, o administrador deve sempre ter em mente o interesse dos beneficiários na hora de tomar alguma decisão na administração dos bens em *trust*.

No que tange à administração, deve-se ressaltar que o *trustee* poderá ser removido do encargo se restar demonstrado que o mesmo não está administrando corretamente os bens entregues em *trust*.

Ainda, tanto o *settlor* quanto seus beneficiários, são dotados de remédios legais efetivos para fazer valer os termos do *trust*. Remédios estes baseados na *equity*.

4.3. INTANGIBILIDADE DA MASSA POR PARTE DE TERCEIROS

Os bens dados em *trust* formam uma massa separada do resto do patrimônio do *trustee*, não podendo ser atingidos pelos credores deste.

Mesmo nos casos de dificuldades financeiras do *trustee*, os bens componentes da massa em *trust* não poderão ser empregados no pagamento de dívidas, ficando assim, a salvo de credores do mesmo.

CAPÍTULO V

OBJETO

Comumente são instituídos os *trusts* por pessoas, famílias, que temem a dilapidação dos bens amealhados pela inexperiência de jovens herdeiros.

Desta forma, o *trustee* age com *bônus pater familiae*, ou seja, protege diretamente os interesses dos beneficiários. Por essa razão a escolha dos *trustees* é de extrema importância e requer cautela. O mesmo precisa ser experiente e confiável para que se possa realizar tal operação.

No caso daqueles que querem realizar caridade, por meio da instituição de *trust*, afasta-se o risco da doação ser mal utilizada, já que o *trustee* poderá fiscalizar o uso do benefício. O mesmo possui poderes delegados pelo *settlor* para que sua vontade seja observada. Caso contrário poderá o *trustee* até mesmo retomar os bens dos beneficiários, se assim determinado pelo *settlor*.

O *trust* pode ser instituído sobre bens móveis ou imóveis. Pode ser instituído com cláusulas de rescisão a qualquer tempo, ou de revisão dos seus termos, por iniciativa do *settlor*. Pode, também, ser instituído por ato *inter-vivos* ou por testamento. Pode, ainda, prever que os bens transferidos fiquem indisponíveis enquanto vivo o *settlor* e, na sua ausência ou incapacidade, só

possam ser alienados de acordo com as instruções que tiverem sido dadas pelo *settlor* no *trust agreement*, instruções essas que o *trustee* está obrigado a respeitar.

Via de regra, o *trust* é instituído por prazo determinado ou sujeito a alguma condição. Na vigência do *trust agreement*, o *trustee* tem total disponibilidade sobre os bens que lhe foram confiados. Vencido o termo do contrato, ou preenchida a condição, o capital é devolvido ao *settlor* ou aos beneficiários por ele indicados.

Nos Estados Unidos, o imposto de transmissão *causa mortis* é extremamente elevado, possuindo até mesmo caráter confiscatório (tabela abaixo). Desta forma, o *trust* é freqüentemente utilizado como ferramenta de economia fiscal.

VALORES	ALÍQUOTAS
até U\$ 2.500,00	18%
de U\$ 2.500,00 a U\$ 3.000,00	53%
acima de U\$ 3.000,00	55%

(Lei Federal vigente desde 1993)

Não apenas nos Estados Unidos, mas também Inglaterra, Alemanha entre outros países, possuem semelhantes alíquotas tributárias incidentes sobre as transmissões *causa mortis*.

PROGRESSIVIDADE DO TRIBUTO SUCESSÓRIO NA ALEMANHA (1990-1991)				
Imposto sobre heranças e doações				
Alíquotas em % por classes de beneficiários				
valor do bem (em DM)	cônjuge - filhos	netos	pais, irmãos cônjuge divorciado	outros
até 50.000	3	6	11	20

75.000	3,5	7	12,5	22
100.000	4	8	14	24
125.000	4,5	9	15,5	26
150.000	5	10	17	28
200.000	5,5	11	18	30
250.000	6	12	18,5	32
300.000	6,5	13	21,5	34
400.000	7	14	23	36
500.000	7,5	15	24,5	38
600.000	8	16	26	40
700.000	8,5	17	27,5	42
800.000	9	18	29	44
900.000	9,5	19	30,5	46
1.000.000	10	20	32	48
2.000.000	11	22	34	50
3.000.000	12	24	36	52
4.000.000	13	26	38	54
6.000.000	14	28	40	56
8.000.000	16	30	43	58
10.000.000	18	33	46	60
25.000.000	21	36	50	62
50.000.000	25	40	55	64
100.000.000	30	45	60	67
(+) 100000000	35	50	65	70

FONTE: *Plückebaum et alii, Einkommensteuer, Erich Fleischer Verlag, Achim, 1991*

Visando evitar a penosa incidência tributária, o contrato de *trust* é firmado fora da jurisdição norte-americana (ou outra qualquer), em paraísos fiscais, pois nestes, geralmente não incidem, ou são insignificantes, tributos de transmissão *causa mortis* e ganho de capital.

CAPÍTULO VI

O *TRUST* COMO MODALIDADE DE NEGÓCIO FIDUCIÁRIO

Como instituto originado no direito anglo-americano, o *trust*, não encontra correspondente no direito brasileiro, embora dele não seja desconhecido.

A natureza jurídica do *trust* é contratual, com características de investimento e mandato de administração. Apresenta, porém um detalhe que o torna contrato atípico e especialíssimo, qual seja, a efetiva transferência da propriedade, do *settlor* para o *trustee*.

Sobre os bens transferidos institui-se duplo título: *legal title*, protegido pelo direito e que passa a ser detido pelo *trustee*; e o *equitable title* ou *equitable ownership*, protegido tão somente pelas regras de equidade, que permanece com o *settlor* ou, morrendo este, com os beneficiários, até o vencimento ou a rescisão do *trust agreement*.

Entre o *settlor* e o *trustee*, estabelece-se o vínculo obrigacional, que é fundamentado, basicamente, na confiança, este se torna proprietário dos bens transferidos em *trust*, em benefício do próprio *settlor* ou dos beneficiários por este indicados.

Com o *trust*, o *trustee* adquire a plena disponibilidade dos bens transferidos, podendo vendê-los ou onerá-los independentemente de aprovação do *settlor* ou dos beneficiários. Responde o *trustee* tão somente por ato de negligência ou má-fé. Ao final do contrato, deve o *trustee* restituir o capital ao *settlor* ou aos beneficiários por este indicados. Pode o *trust* ser constituído em vida ou por disposição de última vontade. Pode, ainda, ser constituído sobre bens móveis, imóveis ou sobre ambos.

O direito brasileiro contempla diversas modalidades de contrato fiduciário, nenhuma porém com as características do *trust* anglo-americano. Dentre outros contratos fiduciários contemplados no direito brasileiro, poderiam ser mencionados:

MANDATO - regulado pelos artigos 1.288 a 1.323 do Código Civil, pelo qual alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses. O mandato não implica em transferência de propriedade. O mandatário age em nome e por conta do mandante;

COMISSÃO MERCANTIL - regulada pelos artigos 165 a 190 do Código Comercial, pela qual o comitente nomeia um comissário para concluir um determinado negócio mercantil. Perante terceiros, o comissário atua e contrata em nome próprio, mas por conta do comitente, como mandatário deste. Não há transferência de propriedade de um para outro;

USUFRUTO - regulado pelos artigos 713 a 741 do Código Civil, pelo qual o usufrutuário obtém para si o uso e o gozo da propriedade, mas não o título, que permanece com o nú-proprietário. O usufruto pode ser vitalício ou por

tempo certo. Extingue-se o usufruto com a morte do usufrutuário ou com o vencimento do termo.

Uma série de modalidades de negócio fiduciário poderiam ser mencionadas, tais como a alienação fiduciária em garantia, a enfiteuse, a constituição de renda e o fideicomisso, todas elas de natureza jurídica semelhantes ao *trust*, dele porém diferenciando.

CAPÍTULO VII

REGRAS DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO APLICÁVEIS AOS CONTRATOS DE *TRUST*

Os contratos de *trust* antes de tudo, têm o escopo de proteger patrimônio. Desta feita, não é de se estranhar o fato de seus instituidores escolherem países seguros, estáveis, enfim, confiáveis, na medida em que visam preservar seus bens.

Países pequenos, com governo e economia estáveis, nos quais operam grandes e discretas instituições financeiras. Estes países, comumente chamados de “paraísos fiscais”, por proporcionarem tributação mais amena e discricção como inviolabilidade de contas por autoridades judiciais, atraem toda gama de patrimônio vindo do resto do Globo.

Desta forma, a maior parte de *trust* são constituídos nestes ditos “paraísos fiscais”. Por esse motivo devemos analisar com maior profundidade as regras de DIP aplicáveis ao *trust*. Não apenas por ser criado e regulado pela *common law*, mas também por ser geralmente constituído nesses “paraísos”.

7.1 – Autonomia da Vontade

No Direito Internacional Privado, prevalece nas obrigações contratuais a autonomia de vontade. Todavia, **Marcel Caleb**, em obra sobre o assunto, ressalta que tal princípio tem menor amplitude do que aparenta, significando que as partes apenas têm a liberdade de exercer sua vontade tendo em vista a escolha da legislação à qual querem submeter sua convenção, sob reserva de respeitarem a ordem pública. Assim, a determinação de uma lei aplicável a certas relações jurídicas nas relações jurisdicionais, derivando ela da confiança que a comunidade internacional concede ao indivíduo no interesse da sociedade, e exercendo-se no interior de fronteiras definidas de um lado pela noção de ordem pública e de outro pelas leis imperativas.

Na *common law*, dá-se proeminência ao princípio da autonomia da vontade, pois de acordo com diversos autores, na busca da lei apropriada (*proper law*) para a regulamentação do contrato, é preciso ter em mente a vontade das partes. Uma corrente doutrinária contrariando a primeira, entende que se deve dar preferência à lei com a qual se apresenta "*the most real connection*".

Prevaleceu no direito inglês o ponto de vista da primeira corrente, encabeçada por **Dicey**, que expôs no seu *Digest of the Law of England with reference to the conflict of Laws*, de 1896, nos termos abaixo transcritos:

"In this Digest the term 'proper law of contract' means the law, or laws, by which the parties to a contract intended, or may fairly be presumed to have intended, the contract to be governed..."

Todavia, a *common law* aplicada nos Estados Unidos, tomou curso diferenciado tanto doutrinária como jurisprudencialmente, passando a admitir

que as partes escolham a lei reguladora de seu contrato, mas com uma dúplice limitação: 1) razoabilidade da escolha e 2) a escolha não vai contra uma *"fundamental policy"* de outro Estado.

7.2 - Regra Obrigacional Brasileira

A atual LICC (Lei de Introdução ao Código Civil), dispõe em seu artigo 9º:

"Para qualificar e reger as obrigações aplicar-se á a lei do país em que se constituírem."

O dispositivo é silente no tocante à autonomia das partes, todavia, não a exclui, se ela for admitida pela lei do país onde se constituir a obrigação.

O parágrafo segundo do dispositivo acima, complementa:

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

A regra acima, reproduz o artigo 1087 do Código Civil, assim sendo, só pode ser visto como regra de qualificação preliminar da questão de direito internacional.

"art. 1087. Reputar-se-á celebrado o contrato no lugar em que foi proposto"

Contudo, na opinião de Amílcar de Castro, há aparente divergência de redação, pois, enquanto o art. 1087 fala que o contrato se reputa celebrado no lugar em que foi proposto, o artigo 9º, § 2º, dispõe que a obrigação resultante de contrato se reputa constituída no lugar que residir o proponente. Aparente a divergência, pois o verbo “residir” possui dois sentidos: 1) morar, ter sede, estabelecer morada, como também 2) achar-se, ser, estar.

Tendo em vista o segundo sentido, o legislador não quis criar uma exceção no § 2 do artigo 9º, mas sim, apenas esclarecer e confirmar o disposto no caput, mantendo a mesma regra do artigo 13 da antiga Lei de Introdução ao Código Civil.

Deste modo, um contrato internacional celebrado por brasileiro no estrangeiro, tendo a lei estrangeira como reguladora, será plenamente acolhido pelo direito brasileiro.

CAPÍTULO VIII

OS NEGÓCIOS FIDUCIÁRIOS NA JURISPRUDÊNCIA E NA DOUTRINA BRASILEIRA

São escassos os casos envolvendo negócios fiduciários atípicos examinados pelos tribunais brasileiros, fora os das modalidades previstas em lei. Não obstante, os poucos casos registrados confirmam a validade desse tipo de negócio, como um contrato perfeitamente lícito e eficaz entre as partes.

Em 1969, o Tribunal de Alçada de São Paulo teve a oportunidade de decidir uma questão envolvendo o Espólio de Luiz Eduardo Matarazzo contra o Espólio de Angelo Denti, que apresenta nítida conotação de *trust*.

Luiz Eduardo Matarazzo, proprietário de ação nominativa da Companhia Territorial Urbana Paulista, cedeu-a a Ângelo Denti, mediante termo de transferência no livro próprio da sociedade. A transferência foi efetivada em 10.12.1945, mas na mesma data Ângelo Denti subscreveu um documento no qual declarava que a ação transferida continuava sendo de plena e exclusiva propriedade de Luiz Eduardo Matarazzo e que lhe seria devolvida quando fosse solicitada, independentemente de qualquer formalidade.

Luiz Eduardo Matarazzo e Ângelo Denti morreram. O espólio deste, entretanto, recusou-se a devolver ao espólio daquele a ação da Companhia Territorial Urbana Paulista.

O espólio de Luiz Eduardo Matarazzo perdeu em primeira instância e apelou. No Tribunal, a sentença foi reformada, obtendo-se um mandado judicial para que a ação da Companhia fosse transferida ao espólio de Luiz Eduardo Matarazzo, fazendo-se o necessário registro no livro da sociedade. O acórdão ficou redigido com a seguinte ementa:

“Não é exato supor que o negócio fiduciário possa ser anulado pelo vício da simulação. O negócio fiduciário encerra uma transação válida, efetivamente realizada e formalmente em ordem. O proprietário a quem se transferiu a coisa o é perante a lei e terceiros. Guarda somente, para com o alienante, um pacto de fidúcia que o obriga a lhe retransmitir a propriedade.” (RT 292/505)

Outro caso clássico de *trust* foi decidido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em 1968, na ação movida por Ignêz Jalles contra Maria Jalles e outros, envolvendo uma disputa de bens deixados por Euphly Jalles.

Euphly Jalles havia recebido, em vida, de sua mãe e de suas irmãs, imóveis rurais e dinheiro, para usá-los e administrá-los como se dele fosse, sob a condição de que, após sua morte, o capital retornasse à mãe e às irmãs.

Morrendo Euphly Jalles, sua irmã Ignês Jalles, propôs ação para reaver o patrimônio que ao irmão havia entregado em confiança, posto que os herdeiros deste se recusavam a cumprir o negócio fiduciário. No caso, o documento

lavrado de próprio punho por Euphly Jalles atestava que, não obstante as propriedades estivessem em seu nome, pertenciam “de fato e de direito” à mãe e às irmãs.

Por unanimidade de votos, o Tribunal de Justiça deu ganho de causa à autora, confirmando a sentença de primeira instância. O acórdão ficou redigido com a seguinte ementa:

“A fidúcia configura negócios jurídicos complexos; por ela o fiduciante transfere ao fiduciário, através de ato jurídico externo, bens e direitos, porém, mediante ato jurídico interno aniquila os efeitos dessa transferência, porque o seu objetivo é outro; apenas a aparência da transferência efetivada. É válido o negócio fiduciário desde que, através dele, não se desrespeite a lei, nem se venha a causar prejuízo à terceiro.”

Na doutrina, também prevalece a opinião no sentido de se reconhecer a validade e eficácia do *trust* como modalidade de negócio fiduciário, gênero do qual o *trust* seria espécie. Dentre outros respeitáveis juristas, poderiam ser destacados:

EDUARDO ESPÍNOLA

“O negócio fiduciário, tal como se desenha na exposição da consulente e consta dos documentos anexos, é perfeitamente lícito, compreendido como se acha na liberdade de contratar, sem que se lhe oponha qualquer dispositivo de lei” (RT 184/532)

ANTÃO DE MORAES

“Trata-se, portanto, de um negócio sério, em que não há simulação, porque o fiduciário é, para todos os efeitos, o legítimo dono provisório dos bens adquiridos, com a só obrigação, pessoal e não real, de respeitar a fidúcia ou confiança nele depositada. Falta-se ao compromisso assumido, isto é, como na hipótese, deixa-se de restituir os bens fiduciariamente adquiridos, terá que pagar as perdas e danos, que acarretar a falta de cumprimento da obrigação contraída. Não há falar em simulação, porque a transmissão realizada corresponde, exatamente, à vontade das partes.” (RT p.543)

PAULO BARBOSA DE CAMPOS FILHO

Serão, porém, válidos os chamados “negócios fiduciários?”

A resposta, a nosso ver, tem que ser procurada no artigo 82 do Código Civil, que dispõe sobre a validade dos atos jurídicos em geral. E isso porque, não traçando o referido código disciplina própria àquela espécie de atos, forçoso é recorrer aos preceitos relativos ao gênero.

Ora, nos termos do citado dispositivo, válido será o ato jurídico se concorrerem **agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei.**

No caso, dúvida não há quanto à capacidade das partes contratantes. Em dúvida também não pode estar o caráter lícito assim do contrato aparente que foi a transferência das casas, como da cláusula oculta, pela qual se obrigaram os Réus a transmiti-las à Autora. E em dúvida não pode estar, por não ter havido, no negócio, quer intenção de terceiros, quer o de violar preceito de lei.

Válido o negócio fiduciário celebrado entre Autora e Réus, andou bem a primeira pleiteando a condenação dos segundos a lhe restituírem os prédios que se haviam obrigado a lhe retransmitir, ou a lhe pagarem o valor respectivo em dinheiro, acrescido das rendas produzidas desde que confiados à sua administração, deduzidas unicamente as despesas legítimas que demonstrarem haver efetuado." (RT, p.556/557)

CAPÍTULO IX

A COMPATIBILIDADE DO *TRUST* COM AS REGRAS GERAIS DOS CONTRATOS NO DIREITO BRASILEIRO

Do acima exposto é possível extrair as principais objeções quanto a validade e eficácia do *trust* no direito brasileiro.

A primeira delas seria a falta de previsão legal para aquela modalidade de contrato. Entretanto, no direito brasileiro, prevalece o secular princípio de que as partes são livres para contratar. A liberdade contratual é limitada tão somente pelos requisitos de validade do contrato como ato jurídico, quais sejam, a capacidade das partes, objeto lícito, e forma prescrita ou não defesa em lei (art. 82 do Código Civil Brasileiro). Sobre todos os outros, prevalece o princípio da legalidade, segundo o qual ao cidadão é permitido fazer tudo aquilo que não seja expressamente proibido por lei (Constituição Federal, art. 5º, II). Desta feita, não há no direito brasileiro nenhuma proibição legal ao *trust*.

O aspecto da simulação, deliberada ou inocente, é freqüentemente no exame dos negócios fiduciários, causa de anulabilidade do ato jurídico. Prevê o Código Civil, dentre outras situações, que haverá simulação quando o ato jurídico aparentar conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas

que realmente se conferem ou transmitem (art. 102, I). Definitivamente não é o caso do negócio fiduciário, em geral, tampouco do *trust*, em particular. Pontes de Miranda já dizia que “os negócios jurídicos de fidúcia e outros atos jurídicos fiduciários são queridos. Não são aparentes: são.” (Tratado de Direito Privado, Parte Geral, tomo IV, Editor Borsoi, 1954, p.377) No *trust* não há aparência de negócio. Há a efetiva transferência da propriedade, por vontade de partes capazes, que entram em um negócio sério. Não há, portanto, que se falar em simulação ainda que inocente.

Ainda sob o aspecto da simulação, poderia ser questionada a questão fiscal. Existem situações em que o *trust agreement* oferece como um dos seus atrativos a possibilidade de diminuir o impacto fiscal incidente sobre a transmissão de bens, por ato intervivos ou por herança, que nos Estados Unidos e Inglaterra, particularmente, está sujeita a impostos significativos.

Todavia, não parece ser a situação no Brasil. O imposto sobre a transmissão de bens, por alienação ou doação “intervivos”, é de competência municipal e incide sobre bens móveis e imóveis, a uma alíquota que, via de regra, varia entre 2 e 6%, dependendo do município. Na instituição do *trust*, evidentemente o imposto de transmissão terá que ser recolhido sobre o valor dos bens transferidos ao *trustee*.

Por outro lado, tratando-se de bens da herança, o imposto devido será o de transmissão “causa-mortis”, que é de competência estadual, pago, em regra, a uma alíquota de 4% e incide somente sobre os bens imóveis da herança. Se o *trust* tiver sido constituído em vida, o benefício fiscal se resumirá ao não pagamento do imposto “causa-mortis” sobre bens imóveis, sem que isso signifique simulação ou ilegalidade. Se o *trust* tiver sido constituído por testamento, caberá recolher o imposto de transmissão.

Deve-se ressaltar, é que não há na legislação brasileira nenhum impedimento maior que proíba a um cidadão brasileiro transmitir a um terceiro, por cessão, doação ou alienação, a titularidade de bens que possuir no Brasil, ainda que esse terceiro seja domiciliado no estrangeiro.

Evidentemente, tratando-se de situação não prevista na legislação brasileira, o contribuinte que se desfizer de parte ou da totalidade do seu patrimônio, poderá ser questionado pelas autoridades fiscais, mas não por evasão fiscal, mesmo porque esse mesmo contribuinte será tributado pelos rendimentos que auferir no Brasil ou no estrangeiro com a instituição do *trust*.

Outra consideração que se faz diz respeito à restituição do patrimônio, no sentido de que, havendo se operado a transferência da propriedade, ao beneficiário do *trust* restaria reclamar perdas e danos caso o *trustee* se recuse a restituir. Também esse argumento não se aplica ao *trust*. Terminado o contrato, ou atendida a condição, a restituição do patrimônio é compulsória. Na recusa do *trustee*, o beneficiário tem à sua disposição, meios processuais adequados para obter uma decisão judicial substitutiva de declaração de vontade, tal como nos casos de Luiz Eduardo Matarazzo e Ignêz Jalles acima mencionados.

Questão certamente tormentosa será saber se os bens instituídos em *trust* devem ser devolvidos ao *settlor* ou aos beneficiários na hipótese de falência do *trustee*, cabendo indagar qual a lei aplicável e qual o foro competente.

Se o *trust* tiver sido constituído fora do Brasil, a questão deverá ser discutida em foro estrangeiro, de acordo com a lei do país onde o *trust*

agreement tiver sido assinado. Entretanto, se o *trust* compreender bens imóveis, situados no Brasil, as ações relativas a tais imóveis serão de competência exclusiva de juiz brasileiro, ainda que aplicável seja a lei estrangeira (Lei de Introdução do Código Civil, arts. 9 e 12). Se o *trust* tiver sido constituído no Brasil, sobre bens aqui situados, aplica-se evidentemente a lei brasileira e o foro competente será o brasileiro.

Numa primeira avaliação, poder-se-ia entender que, detendo o *trustee* a propriedade dos bens, estes deveriam ser arrecadados na falência como ativo da massa. Entretanto, não se pode ignorar que o *trust* encerra uma relação contratual, baseada na fidúcia, que obriga o *trustee* a devolver os bens que lhe foram confiados, vencido o termo do contrato ou preenchida a condição.

A Lei de Falências brasileira prevê a restituição dos bens arrecadados em poder do falido, quando a restituição for devida “em virtude de direito real ou de contrato” (Decreto-lei 7,661, art. 76). Trata-se da restituição ordinária, que assegura ao legítimo interessado a devolução dos bens ou direitos arrecadados pelo síndico. Também prevê a Lei de Falências, que os contratos bilaterais não se resolvem pela falência (art. 43). Esses dispositivos, somados ao fato de que a natureza jurídica do *trust* é contratual, permitem entender que na hipótese de falência do *trustee*, os bens que lhe foram confiados em *trust* não podem ser considerados como ativo da massa, portanto, estão fora da arrecadação.

Por último, poder-se-ia questionar a validade do *trust* diante dos direitos assegurados aos herdeiros necessários, que ficariam impedidos de dispor dos bens deixados em *trust*. Esta nos parece a principal questão a ser colocada e merece um desdobramento:

(i) se o *trust* tiver sido constituído, em vida ou por testamento, apenas

sobre a parte disponível do *settlor*, não há que se questionar o contrato, que obriga as partes e sucessores, ainda que os beneficiários não sejam herdeiros necessários;

(ii) se o *trust* tiver sido constituído, em vida, sobre a universalidade do patrimônio, ainda assim a validade e a eficácia do *trust agreement* podem ser defendidas. Em primeiro lugar, porque a ninguém é defeso dispor do seu patrimônio em vida. O herdeiro, enquanto vivo o autor da herança, tem sobre os bens que futuramente herdará tão somente uma expectativa de direito. Em segundo lugar, porque o *trust* tem a característica de investimento financeiro, de tal sorte que o resgate do capital há de aguardar o vencimento do contrato, que igualmente obriga as partes e os sucessores, sem prejuízo dos rendimentos que serão pagos aos beneficiários na vigência do *trust agreement*. O herdeiro que recebe por herança um certificado de investimento, por exemplo, terá que aguardar o vencimento do certificado para resgatar o investimento;

(iii) problema de fato heverá se o *trust* for constituído por testamento, sobre a universalidade do patrimônio. Isso porque no direito brasileiro o testador está expressamente impedido de dispor da parte legítima da herança, sempre que houver herdeiros necessários (Código Civil, art. 1.576). Por isso, e porque a herança transmite-se aos herdeiros necessários tão logo seja aberta a sucessão, o *trust* constituído por testamento estará limitado à metade disponível do testador, sendo nulo no que a exceder.

Colocados esses conceitos, podemos concluir ser perfeitamente defensável a validade e a eficácia do *trust agreement* no direito brasileiro, que aqui teria a natureza jurídica de contrato especialíssimo, atípico, com características de investimento e mandato de administração.

Os requisitos de validade do *trust agreement* são os mesmos aplicáveis aos atos jurídicos em geral, previstos no art. 82 do CC, quais seja, capacidade das partes, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei. Assim sendo, o *trust agreement* há de observar aqueles requisitos, dentre os quais se incluem, por exemplo, o consentimento da mulher no contrato assinado pelo marido, a impossibilidade de se constituir o *trust* sobre imóveis rurais quando o *trustee* for estrangeiro, a impossibilidade de se transferir capital acionário privativos a brasileiros a *trustee* estrangeiro, etc.... e assim por diante. Pelo mesmo motivo, sendo o *trust* instituído por testamento, há de se respeitar a legitima dos herdeiros necessários.

CAPÍTULO X
CONCLUSÃO

BIBLIOGRAFIA

C. Dobris, Joel, and Stewart E. Sterk. **Ritchie Alford and Effland´s Estates and Trusts** – Cases and Materials. NY, NY: Foundation Press, 1998.

L. Mennell, Robert, **Wills and Trusts** – In a Nutshell. St.Paul, Minn: West Publishing Co., 1994.

Pereira, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol VI 6a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1990(p.206).

Ferreira, Pinto. **Tratado das Heranças e dos Testamentos**. 2a ed., São Paulo: Saraiva, 1990, p.468

Miranda, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**, Parte Geral, tomo IV. São Paulo: Borsoi, 1954, p.377

Baleeiro, Aliomar, **Direito Tributário Brasileiro**. 11^a edição atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999

Strenger, Irineu. **Direito Internacional Privado**. 3^a ed, São Paulo: LTR, 1996

Textos:

Garcia Fonseca, Rodrigo. **Considerações sobre o *trust* (fidúcia) no direito**

comparado. Revista Forense, volume 334 – 1996 (abril/maio/junho)

Gomes, Orlando. **Contrato de Fidúcia (“Trust”)**. Revista Forense, volume 211, 1965

Enciclopédia Saraiva

Revista dos Tribunais: nº 292, página 505 (jurisprudência)

Revista dos Tribunais: nº 402, página 135 (jurisprudência)

Revista dos Tribunais: doutrina - **Eduardo Espínola** 184/532, **Antão de Moraes** p.543, **Paulo Barbosa de Campos Filho** p. 556/557