

**REVISTA SEMESTRAL DE  
DIREITO EMPRESARIAL**

**Nº 6**

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da  
Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro  
**Janeiro / Junho de 2010**



Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares; Prof. Mauricio Moreira Mendonça de Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski, Prof. Sérgio Murilo Santos Campinho e Prof. Valter Shuenquener de Araújo).

**Coordenação:** Sérgio Murilo Santos Campinho e Mauricio Moreira Mendonça de Menezes.

**Conselho Editorial:** Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), Arnoldo Wald (UERJ), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), José Carlos Vaz e Dias (UERJ), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), José Gabriel Assis de Almeida (UERJ), Leonardo Greco (UERJ), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse 1 e Centre de Droit des Affaires de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg), Sérgio Murilo Santos Campinho (UERJ), Theóphilo de Azeredo Santos (UNESA) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

**Conselho Executivo:** Carlos Martins Neto, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Pinto, Mauricio Moreira Mendonça de Menezes, Rosany Fagundes, Valter Shuenquener de Araújo e Viviane Perez.

**PATROCINADORES:**



ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte  
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

---

Revista semestral de direito empresarial. — nº 6 (janeiro/junho 2010)

. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-.

v.

UERJ

Campinho Advogados

Bocater, Camargo, Costa e Silva Advogados Associados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

---

**O TRUST E O DIREITO BRASILEIRO  
PATRIMÔNIO SEPARADO E TITULARIDADE  
FIDUCIÁRIA<sup>1</sup>**

**THE TRUST AND THE BRAZILIAN LAW  
SEPARATE FUND AND TRUST TITLE IN PROPERTY RIGHTS**

*Milena Donato Oliva*

*Resumo:* O instituto do *trust* comumente é interpretado a partir da noção, desconhecida no direito brasileiro, de desmembramento da propriedade, o que obstaculiza a incorporação de seus principais efeitos pelo legislador pátrio. Todavia, na esteira da Convenção de Haia sobre a Lei Aplicável aos *Trusts* e sobre o Reconhecimento Desses, a figura do *trust* pode ser compreendida a partir dos expedientes da segregação patrimonial e da titularidade fiduciária, dos quais se vale o legislador brasileiro para a promoção de importantes funções mercedoras de tutela, como no caso da securitização de créditos imobiliários e nos fundos de investimento imobiliário. Na medida em que os mecanismos da separação patrimonial e da titularidade fiduciária coadunam-se ao sistema jurídico brasileiro e podem possibilitar que os principais efeitos do *trust* contidos na Convenção de Haia sejam alcançados, o legislador pátrio, se reputar conveniente, pode in-

---

1 Para uma análise aprofundada do *trust* a partir da temática mais ampla do patrimônio e da separação patrimonial, v. OLIVA, Milena Donato. *Patrimônio Separado: Herança, Massa Falida, Securitização de Créditos Imobiliários, Incorporação Imobiliária, Fundos de Investimento Imobiliário*, Trust, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, com ampla bibliografia.

corporar importantes efeitos do *trust*, como países da América Latina procuraram fazer por meio da figura do fideicomisso.

*Palavras-chave:* *Trust*, propriedade, patrimônio, segregação, titularidade, responsabilidade, universalidade de direito.

*Abstract:* The trust institute is commonly understood from the notion, unknown to Brazilian law, of property dismemberment, which represents an obstacle to the incorporation of its main effects by the Brazilian legislator. However, following the Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on Their Recognition, the trust device can be understood by the means of asset segregation and trust title, which the Brazilian legislator uses for the promotion of important functions in the Brazilian legal order, as in the case of securitization of mortgage loans and real estate investment funds. As those mechanisms of asset separation and trust title are admitted in the Brazilian Law System, and, therefore, could allow the main effects of trust foreseen on the Hague Convention to be achieved, the Brazilian legislator, finding it convenient, may incorporate the trust effects, such as Latin America countries have done by what they call *fideicomisso*.

*Keywords:* *Trust*, property, separate fund, trust title, *universitas iuris*.

*Sumário:* 1. O problema do *trust* no direito brasileiro. 2. A figura do *trust* referida na Convenção de Haia. Elemento essencial do *trust*: separação patrimonial, não desmembramento da propriedade. 3. Estrutura básica do *trust* contida na Convenção de Haia. Natureza fiduciária da titularidade do trustee. O *trust* como objeto e não sujeito de direito. 4. O fideicomisso na Argentina: inspiração no instituto do *trust*. 5. Possibilidade de incorporação dos principais efeitos do *trust* pelo direito brasileiro por meio da noção de patrimônio separado e de titularidade fiduciária.

## **1. O problema do *trust* no direito brasileiro.**

O interesse despertado pelo *trust* nos estudiosos brasileiros e de outros países da família romano-germânica pode ser explicado

pela incrível versatilidade<sup>2</sup> desse instituto, o qual pode revestir mais de uma estrutura e promover múltiplas funções, o que torna demasiadamente difícil e temerária a tarefa de defini-lo abstratamente.<sup>3</sup> Chegou-se a afirmar que o *trust* “serviria para tudo”, tamanha sua potencialidade funcional.<sup>4</sup>

Desta forma, não se afigura possível delimitar aprioristicamente uma função típica para o *trust*, vez consistir em mecanismo extremamente flexível, a possibilitar a tutela de interesses os mais diversos. O *trust* permite, em linhas gerais, a promoção de um certo fim ou dos interesses de determinadas pessoas, denominadas beneficiários, por meio dos proveitos oriundos da administração, pelo *trustee*, de bens que titulariza, os quais lhe foram transmitidos pelo *settlor* para este mister.<sup>5</sup> Dada essa configuração aberta, simples, versátil, o *trust* pode servir à tutela de variados interesses, sendo mecanismo apto a realizar, conseqüentemente, inúmeras funções.

Em razão de sua versatilidade e aptidão para promover variadas funções, o *trust* desempenha, na *common law*, papel reservado a outros institutos na *civil law*. Ou seja, há interesses promovidos na *common law* pelo *trust* que, nos ordenamentos de tradição romana, são tutelados por outras categorias, como a fundação.<sup>6</sup>

---

2 V. PETRULLI, Mario e RUBINO, Francesco. *Il trust*, Matelica: Halley, 2006, p. 13; BARTOLI, Saverio. *Il Trust*, Milano: Giuffrè, 2001, p. 310; CHALHUB, Melhim Namem. *Trust*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 3 e 52.

3 PETRULLI, Mario e RUBINO, Francesco. *Il trust*, cit., p. 27.

4 “Si l’on se demande à quoi sert le trust, on peut presque répondre: ‘à tout!’” (LEPAULLE, Pierre. *Traité Théorique et Pratique des Trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1932, p. 12. V. tb. p. 168).

5 “Per definizione pressoché unanime della dottrina, il *trust* è l’insieme di rapporti giuridici caratterizzati dalla presenza di un soggetto (*settlor* o disponente) che trasferisce beni o diritti ad un altro soggetto (il *trustee*) il quale assume l’impegno di impiegare quanto ricevuto per il soddisfacimento dell’interesse di uno o più soggetti (beneficiari) o per un fine determinato” (MAZZIERI, Andrea, NAPOLITANO, Gianfranco e NAPOLITANO, Diego. *Il ‘Projetc Financing’*, Napoli: Jovene, 2006, p. 63-64).

6 Cf. LEPAULLE, Pierre. *Traité Théorique et Pratique des Trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, cit., p. 53-114.

Diante disto, o objetivo de se examinar o instituto do *trust* é, com base na noção constante na Convenção de Haia sobre a Lei Aplicável aos *Trusts* e sobre o Reconhecimento Deles, assinada em 1º de julho de 1985, e em vigor desde 1º de janeiro de 1992,<sup>7</sup> investigar a possibilidade de o legislador, se julgar oportuno, incorporar os principais efeitos da figura do *trust* com vistas à promoção de funções merecedoras de tutela para as quais o sistema jurídico pátrio não apresenta institutos que as realizem ou, se o fazem, não com a eficácia pretendida.<sup>8</sup>

Os expedientes do patrimônio separado e da titularidade fiduciária, de que se utiliza o legislador para a promoção de determinados interesses, como no fundo de investimento imobiliário e na securitização de créditos imobiliários, podem ser de grande valia para a incorporação dos principais efeitos do *trust* contidos na Convenção de Haia, haja vista realizarem os aludidos efeitos do *trust* sem precisar recorrer à noção de desmembramento da propriedade em formal e substancial, o que afrontaria princípios basilares do ordenamento brasileiro.

Ressalte-se, ao propósito, que o *trust* não é equiparável a nenhum instituto do ordenamento pátrio.<sup>9</sup> Embora as hipóteses de afetação patrimonial e de titularidade fiduciária existentes no direito brasileiro possam se assemelhar, em maior ou menor grau, à estrutura

---

7 O Brasil não é signatário da Convenção de Haia. Sobre o status da Convenção no que concerne à sua adoção pelos países, v. [http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=conventions.status&cid=59](http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=59), acesso em 10.7.2010, às 13h.

8 Cf. MAZZIERI, Andrea, NAPOLITANO, Gianfranco e NAPOLITANO, Diego. *Il 'Projetc Financing'*; cit., p. 76; MAJO, Adolfo Di. *Responsabilità e Patrimonio*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2005, p. 100.

9 RODRIGUES, Sizino. *Os 'trusts' em face do direito brasileiro*, in *Revista Forense*, vol. 493, ano XLI, julho de 1944, p. 45. No direito italiano, BARTOLI, Saverio aduz: "L'istituto del *trust* non è identificabile con alcuno dei nostri istituti civilistici" (*Il Trust*, cit., p. 309). No âmbito do direito francês, v. LEPAULLE, Pierre. *Traité Théorique et Pratique des Trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, cit., p. 14.



básica do *trust*, são previstas para a tutela de interesses determinados, sem a aptidão para a realização de funções variadas. O *trust*, a seu turno, constitui negócio jurídico versátil, no qual a transmissão da titularidade se encontra funcionalmente relacionada com o escopo da gestão patrimonial estabelecido pelo *settlor*.

Neste trabalho, portanto, se buscará demonstrar, com base na noção de *trust* adotada pela Convenção de Haia, que o legislador brasileiro, se reputar conveniente, poderá incorporar, a partir do expediente da segregação patrimonial e da titularidade fiduciária, importantes efeitos do *trust*, como países da América Latina procuraram fazer por meio da figura do fideicomisso.

## **2. A figura do *trust* referida na Convenção de Haia. Elemento essencial do *trust*: separação patrimonial, não desmembramento da propriedade.**

O *trust* encontra suas origens no direito inglês, sendo a obra mais notável da *equity*.<sup>10</sup> O direito inglês, durante muito tempo, dividiu-se, fundamentalmente, em dois sistemas, a saber, *common law* e *equity*.<sup>11</sup> Segundo a *common law*, o *trustee*, como proprietário pleno dos bens em *trust*, tinha poderes para efetuar os atos que desejasse, ainda que em violação à fidúcia nele depositada, de modo que os

---

10 DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 315-316; NERI, Arianna. *Il trust e la tutela del beneficiario*, Padova: CEDAM, 2005, p. 41-42; ROMERO, Miguel Acosta. *Naturaleza Jurídica del Fideicomiso*, in *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. XLIII, nº. 191-192, septiembre-diciembre 1993, p. 15; BIANCA, Mirzia. *Giornata di Studio sul Trust*, in *Rivista di Diritto Civile*, Anno 41, nº. 3, 1995, p. 335; ARESPA-COCHAGA, Joaquín de. *El trust, la fiducia y figuras afines*, Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 30; MALUMIÁN, Nicolás, DIPLOTTI, Adrián G. e GUTIÉRREZ, Pablo. *Fideicomiso y Securitización. Análisis Legal, Fiscal y Contable*, Buenos Aires: La Ley, 2006, p. 10; PETRULLI, Mario e RUBINO, Francesco. *Il trust*, cit., p. 14; BARTOLI, Saverio. *Il Trust*, cit., p. 91; RODRIGUES, Sizino. *Os 'trusts' em face do direito brasileiro*, cit., p. 43; CHALHUB, Melhim Namem. *Trust*, cit., p. 15.

11 DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, cit., p. 309.

interesses dos beneficiários (também denominados *cestuis que trust*) restavam desprotegidos.<sup>12</sup>

Por outro lado, a jurisdição do Chanceler, que originou a *equity*, sem pretender substituir ou negar a *common law*,<sup>13</sup> conferia coercibilidade jurídica aos deveres de consciência impostos ao *trustee* em razão da fidúcia nele depositada pelo *settlor*.<sup>14</sup>

Em razão da tutela conferida pela *equity* aos beneficiários, parte da doutrina atribuiu ao instituto do *trust* a característica de ocasionar um desmembramento da propriedade em formal e substancial. A propriedade formal ficaria a cargo do *trustee* ao passo que o domí-

---

12 DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, cit., p. 316; MALUMIÁN, Nicolás, DIPLOTTI, Adrián G. e GUTIÉRREZ, Pablo. *Fideicomiso y Securitización. Análisis Legal, Fiscal y Contable*, cit., p. 11; NERI, Arianna. *Il trust e la tutela del beneficiario*, cit., p. 41-42.

13 “(...) a *equity* é um conjunto de soluções que foram, principalmente nos séculos XV e XVI, outorgadas pela jurisdição do Chanceler, para completar e eventualmente rever um sistema — o da *common law* —, então bastante insuficiente e defeituoso. (...) O Chanceler nunca pretendeu modificar o direito, tal como fora explicitado e era aplicado pelos tribunais de *common law*. Bem pelo contrário, o Chanceler professa o seu respeito por esse direito: ‘A equidade respeita o direito’ (*equity follows the law*) é um dos axiomas proclamados pela Chancelaria. Contudo, respeitar o direito não implica que se deva negligenciar a lei moral; é em nome desta última que o Chanceler vai intervir. Com efeito, não se admitiria que o *summum jus* resultasse em *summa injuria*” (DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, cit., p. 309). Cf., ainda, PETRULLI, Mario e RUBINO, Francesco. *Il trust*, cit., p. 17; BARTOLI, Saverio. *Il Trust*, cit., p. 111; ARESPOCHAGA, Joaquín de. *El trust, la fiducia y figuras afines*, cit., p. 30.

14 “Uma pessoa entregou a outra um bem, confiando nela, para que o administre no interesse de um terceiro, ao qual teria sido inconveniente ou impossível tornar proprietário. Segundo a *common law*, a pessoa que recebeu o bem (*trustee*) torna-se proprietária pura e simples; o compromisso que o tomou de o gerir no interesse de um terceiro e de lhe remeter os lucros não tem valor. O Chanceler dará efeito a esse compromisso. Não irá contra a *common law* e não negará que o *trustee* seja o proprietário do bem; mas acrescentará à *common law*, sancionando o compromisso tomado conscientemente pelo *trustee*. (...) O Chanceler intervém ‘em equidade’, sem pretender modificar as próprias regras do direito administrado pelos tribunais. O que justifica a intervenção do Chanceler, em todos os casos, são as exigências da *consciência*. A consciência se choca com a solução que resulta de um direito imperfeito. É contrário à consciência, para aquele contra o qual se age, agir como pretende, aproveitando-se dessa má situação do direito” (DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, cit., p. 310-311). V. tb. CHALHUB, Melhim Namem. *Trust*, cit., p. 20.

nio substancial seria atribuído aos beneficiários,<sup>15</sup> de modo que o detentor da titularidade formal administraria o bem e transmitiria as vantagens de sua gestão ao titular material, beneficiário dos proveitos advindos da administração.

O desmembramento do domínio em formal e substancial mostra-se, entretanto, inconciliável com princípios basilares dos ordenamentos de tradição romano-germânica, de maneira que esta leitura do *trust* dificulta demais — senão impossibilita de todo — a tentativa de sua incorporação por países da *civil law*.<sup>16</sup>

Há doutrinadores, por sua vez, que discordam da perspectiva segundo a qual o *trust* acarreta divisão da propriedade em formal e substancial. Sustentam, reversamente, que o *trust* tem como elemento essencial a segregação patrimonial — que vai determinar a natureza fiduciária da titularidade do *trustee* —, não já o desmembramento do domínio.

Confirmam-se, nesta direção, os ensinamentos de LEPAULLE, Pierre:

---

15 Cf., no sentido de que o *trust* acarreta divisão do direito de propriedade, NETO, Eduardo Salomão. *O trust e o direito brasileiro*, São Paulo: LTr, 1996, p. 79; ARESACOCHAGA, Joaquín de. *El trust, la fiducia y figuras afines*, cit., p. 29-30; COSTA, Judith H. Martins. *Os negócios fiduciários: considerações sobre a possibilidade de acolhimento do 'trust' no direito brasileiro*, in *Revista dos Tribunais*, vol. 657, ano 79, julho de 1990, p. 38; WALD, Arnoldo. *Algumas considerações a respeito da utilização do 'trust' no direito brasileiro*, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº. 99, ano XXXIV, julho-setembro 1995, p. 110; FREIRE, J. Renato Corrêa. *Negócio Jurídico Fiduciário — Fidúcia: uma forma brasileira de 'trust'?*, in *Revista dos Tribunais*, vol. 411, ano 59, janeiro 1970, p. 27; MALUMIÁN, Nicolás, DIPLOTTI, Adrián G. e GUTIÉRREZ, Pablo. *Fideicomiso y Securitización. Análisis Legal, Fiscal y Contable*, cit., p. 12; RODRIGUES, Sizino. *Os 'trusts' em face do direito brasileiro*, cit., p. 45; FIÚZA, César. *Alienação Fiduciária em Garantia*, Rio de Janeiro: AIDE, 2000, p. 23-25; GOMES, Orlando. *Contrato de Fidúcia ('trust')*, in *Revista Forense*, vol. 211, ano 62, julho-agosto-setembro de 1965, p. 12.

16 V. BARTOLI, Saverio. *Il Trust*, cit., p. 97; LEPAULLE, Pierre. *Traité Théorique et Pratique des Trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, cit., p. 353-354.

(...) a essência do *trust* não é (...) uma nova forma de propriedade: é a afetação a um fim determinado.<sup>17</sup>

Se a necessidade de um patrimônio e de uma afetação são as únicas condições essenciais à criação e à vida do *trust*, não se pode escapar da seguinte conclusão: *o trust é um patrimônio afetado*.<sup>18</sup>

Veja-se, ainda, a preciosa lição de LUPOI, Maurizio:

Existem, então, duas propriedades no direito inglês? Duas propriedades e além do mais em conflito? E quem é o “verdadeiro” proprietário? (...) O conceito de ‘equitable ownership’ é de uma desconcertante simplicidade se nos colocarmos no interior do sistema. Na delimitação entre a competência do direito comum e aquela do Equity é ponto pacífico que a determinação dos direitos de propriedade seja de competência do direito comum, enquanto é de competência do Equity decidir quais sejam os comportamentos contrários às normas de consciência. (...) O Equity, quando declara que o primeiro adquirente é “proprietário em Equity”, somente dispõe que o segundo tem a obrigação — jurídica, mesmo fundamentado numa regra de consciência — de re-transferir; o juiz que aplica as normas do Equity não afirma, portanto, que o bem *pertence* ao primeiro adquirente com base no direito comum. O Equity (...) age sempre e somente *in personam* e esta é a razão pela qual a sentença que ordena a re-transferência não constitui nem assegura o direito de propriedade do pri-

---

17 No original: “(...) l’essence du trust n’est pas (...) une forme nouvelle de propriété: c’est l’affectation à un but déterminé” (LEPAULLE, Pierre. *Traité Théorique et Pratique des Trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, cit., p. 354). “Pour qu’un trust soit valablement constitué, il faut évidemment qu’il ait un patrimoine distinct et une affectation objectivement déterminable; ce sont les éléments essentiels de tout trust” (LEPAULLE, Pierre. *Traité Théorique et Pratique des Trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, cit., p. 213).

18 No original: “Si la nécessité d’un patrimoine et d’une affectation sont les seules conditions essentielles à la création et à la vie du trust, nous ne pouvons pas échapper à cette conclusion: *le trust est un patrimoine affecté*” (LEPAULLE, Pierre. *Traité Théorique et Pratique des Trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, cit., p. 30-31). Ainda segundo o autor: “Nous croyons en effet avoir démontré que le trust se définit en fonction de la notion de patrimoine et non de celle de propriété” (LEPAULLE, Pierre. *Traité Théorique et Pratique des Trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, cit., p. 146).

meiro adquirente e a relativa ação judiciária pertence à categoria das ações pessoais, não àquela das ações reais. O acréscimo de “equitable” ao substantivo “ownership” então mostra que o Equity, como afirma uma antiga e incontestada máxima, opera por similitude, não por equivalência: de “propriedade”, portanto, só há uma. (...) <sup>19</sup>

A segregação dos bens em *trust* no patrimônio do *trustee* é um efeito indispensável de qualquer *trust*: ela garante que vicissitudes obrigacionais atinentes ao *trustee* não interfiram na persecução do escopo para o qual o *trust* foi instituído. <sup>20</sup>

Note-se que para haver a divisão do domínio em formal e substancial, tanto a figura do proprietário legal como a do material

---

19 No original: “Esistono, allora, due proprietà nel diritto inglese? Due proprietà, oltre tutto in conflitto? E chi è il “vero” proprietario? (...). Il concetto di “equitable ownership” è di una sconcertante semplicità se ci si colloca all’interno del sistema. Nella delimitazione fra la competenza del diritto comune e quella dell’Equity è pacifico che la determinazione dei diritti di proprietà spetti al diritto comune mentre spetti all’Equity decidere quali siano i comportamenti contrari alle norme di coscienza. (...). L’Equity, quando dichiara che il primo acquirente è “proprietario in Equity”, dispone solamente che il secondo ha l’obbligo — giuridico, pur basato su una regola di coscienza — di ritrasferire; il giudice che applica le norme dell’Equity non afferma, dunque, che il bene *appartiene* al primo acquirente in base al diritto comune. L’Equity (...) agisce sempre e soltanto *in personam* ed è questa la ragione per la quale la sentenza che ordina il ritrasferimento né costituisce né accerta un diritto di proprietà del primo acquirente e la relativa azione giudiziaria appartiene alla categoria delle azioni personali, non a quella delle azioni reali. L’aggiunta di “equitable” al sostantivo “ownership” mostra allora che l’Equity, come afferma una antica e indubitata massima, opera per similitudine, non per equivalenza: di “proprietà”, quindi, ce n’è una sola” (LUIPOI, Maurizio. *Il trust nel diritto civile*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Rodolfo Sacco, Torino: UTET, 2004, p. 20-21). V. tb. sobre o ponto GRAZIADEI, Michele, MATTEI, Ugo e SMITH, Lionel. *Commercial Trusts in European Private Law: the interest and scope of the enquiry*, in *Commercial Trusts in European Private Law*, Edited by GRAZIADEI, Michele, MATTEI, Ugo e SMITH, Lionel. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 18-19.

20 No original: “La segregazione dei beni in *trust* nel patrimonio del *trustee* è l’ineliminabile effetto di qualsiasi *trust*: essa garantisce che vicende obbligatorie riguardanti il *trustee* non interferiscano nel perseguimento dello scopo per il quale il *trust* è stato istituito” (LUIPOI, Maurizio. *Il trust nel diritto civile*, cit., p. 242). No sentido de que no *trust* não há desmembramento da propriedade, v., também no direito italiano, PORCELLI, Giacomo. *Successioni e Trust*, Napoli: Edizioni Scintifiche Italiane, 2005, p. 108-113; BIANCA, Mirzia. *Giornata di Studio sul Trust*, cit., p. 335; BARTOLI, Saverio. *Il Trust*, cit., p. 96-98; GIANDOMENICO, Marco Eugenio Di, e FESTA, Davide. *Consorzi, fondazioni e trust*, Dogana: Maggioli Editore, 2006, p. 21.

precisam existir. Ou seja, em qualquer *trust* deve haver os proprietários formal e substancial. Como, então, se qualificariam os *trusts* desprovidos de beneficiário?<sup>21</sup> Com efeito, nem todos os tipos de *trust* contam com tal personagem,<sup>22</sup> ou, mesmo que haja beneficiários, pode ser que o *trustee* tenha plena discricionariedade no que tange a favorecê-los, configurando-se os chamados *discretionary trusts*.<sup>23</sup> Ora, como qualificar um instituto com base em elemento — beneficiário — que pode não existir ou, se existir, pode não ter senão uma expectativa de direito?

A qualificação do *trust* deve ocorrer em atenção àquilo que se encontra presente em qualquer espécie de *trust*, sem exceção. O elemento essencial, que é vital<sup>24</sup> para o *trust*, constitui precisamente a destinação patrimonial a determinado escopo.<sup>25</sup>

---

21 LEPAULLE, Pierre. *Traité Théorique et Pratique des Trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, cit., 25.

22 Os *charitable trusts* são considerados como *trusts* sem beneficiários. Neste sentido, v. BARTOLI, Saverio. *Il Trust*, cit., p. 272; LUPOI, Maurizio. *Il trust nel diritto civile*, cit., p. 22-23; MAZZIERI, Andrea, NAPOLITANO, Gianfranco e NAPOLITANO, Diego. *Il 'Projetc Financing'*, cit., p. 68.

23 “Vengono designati come *trusts* ‘discrezionali’ (...) quelli nei quali é indicata una certa categoria o cerchia di beneficiari ed è conferito al *trustee* (...) il potere discrezionale di scegliere a chi di essi e/o in quale misura fra essi attribuire i vantaggi economici discendenti dal *trust fund*. (...) Nel *trust* discrezionale nessuno dei beneficiari può considerarsi titolare di un *equitable interest* sulle rendite e/o sui beni capitali del *trust*, poiché nessuno di essi vanta un diritto intangibile a conseguire un qualche vantaggio economico collegato al *trust*; il *trustee*, infatti, nell’esercizio della sua discrezionalità, ben potrebbe decidere di attribuire le rendite e/o il capitale del *trust fund* solo ad uno o più dei beneficiari, e non a tutti (in altri termini, l’unico diritto *equitable* dei beneficiari di un *trust* siffatto è quello a veder correttamente esercitata la discrezionalità del *trustee* e correttamente amministrato il *trust fund*” (BARTOLI, Saverio. *Il Trust*, cit., p. 278-280). V., ainda, MAZZIERI, Andrea, NAPOLITANO, Gianfranco e NAPOLITANO, Diego. *Il 'Projetc Financing'*, cit., p. 68.

24 “The vital elements of a trust are a segregated fund of assets and good faith” (WATERS, Donovan. *The Hague Trusts Convention twenty years on*, in *Commercial Trusts in European Private Law*, Edited by GRAZIADEI, Michele, MATTEI, Ugo e SMITH, Lionel. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 59).

25 LEPAULLE, Pierre. *Traité Théorique et Pratique des Trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, cit., 25-26.

Tal entendimento afigura-se animador na busca pela incorporação, ainda que parcial, dos principais efeitos do *trust* pelo Brasil, pois o mecanismo da segregação patrimonial mostra-se perfeitamente compatível com o ordenamento pátrio, dele se valendo o legislador em diversos institutos.<sup>26</sup>

Ao propósito, a Convenção de Haia,<sup>27</sup> em seu art. 2º, traz a seguinte noção de *trust*:

Para os fins desta Convenção, o termo 'trust' refere-se às relações jurídicas criadas — *inter vivos* ou *causa mortis* — por uma pessoa, o *settlor*, por meio das quais ativos são colocados sob o controle de um *trustee* em proveito de um beneficiário ou para um propósito específico. O *trust* tem as seguintes características:

- a) os bens constituem massa separada, que não integra o patrimônio pessoal do *trustee*;
- b) a titularidade dos bens em *trust* fica em nome do *trustee* ou de outra pessoa por conta do *trustee*;
- c) o *trustee* tem o poder e o dever, do qual deve prestar contas, de administrar, gerir ou dispor dos bens, de acordo com os termos do *trust* e com os deveres específicos que lhe são impostos pela lei.

---

26 Acerca da segregação patrimonial no direito brasileiro, seja consentido remeter a OLIVA, Milena Donato. *Patrimônio Separado: Herança, Massa Falida, Securitização de Créditos Imobiliários, Incorporação Imobiliária, Fundos de Investimento Imobiliário*, Trust, cit., p. 217-278.

27 A despeito das várias formas estruturais que o *trust* pode revestir, para fins do presente estudo se aterá ao estabelecido na Convenção de Haia, fruto de intenso debate entre juristas da *common law* e da *civil Law*. Eis o objetivo da Convenção, retratado no relatório de OVERBECK, Alfred E. von, disponível em <http://hch.e-vision.nl/upload/exp30.pdf>: "This Convention is intended to deal with an institution, the trust, which is known in certain Member States of the Conference, most often States of common law, but which is unknown in the majority of the civil law States of the Members of the Conference. In this it differs essentially from the other Hague Conventions which deal on the level of conflict of laws, of conflict of jurisdictions or of recognition and enforcement of judgments, with institutions such as adoption, divorce, sales contracts or maintenance obligations governed to be sure by divergent rules of private international law in different States, but known everywhere. If certain of these Conventions sought to reconcile the countries having the nationality principle and the countries having the principle of domicile, this Convention is more particularly intended to build bridges between countries of common law and countries of civil law".

O fato de o *settlor* se reservar certos direitos e poderes e o fato de o *trustee* poder ter certos direitos na qualidade de beneficiário não são necessariamente incompatíveis com a existência de um *trust*.<sup>28</sup>

A expressão *separate fund*, utilizada pela Convenção na sua versão em inglês, ou, na língua francesa, *masse distincte*, deve ser entendida, no Brasil, consoante se destacou, como patrimônio separado, vez ser a categoria que melhor se conforma aos efeitos estabelecidos pela Convenção de Haia.

Patrimônio separado — também designado autônomo, segregado, destacado, destinado, afetado ou especial — constitui, em linhas gerais, universalidade de direito, composta por situações jurídicas subjetivas ativas, apreciáveis pecuniariamente, destinada à realização de determinado escopo.<sup>29</sup> Por meio da separação patrimonial promove-se a afetação de um conglomerado de situações jurídicas subjetivas ativas, erigido em universalidade de direito, à consecução de certo fim valorado positivamente pelo legislador. Exemplos de patrimônio segregado, no direito brasileiro, têm-se na securitização de créditos imobiliários, na incorporação imobiliária e nos fundos de investimento imobiliário.

---

28 No original: "For the purposes of this Convention, the term 'trust' refers to the legal relationships created — inter vivos or on death — by a person, the settlor, when assets have been placed under the control of a trustee for the benefit of a beneficiary or for a specified purpose. A trust has the following characteristics:

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

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

29 Cf. OLIVA, Milena Donato. *Patrimônio Separado: Herança, Massa Falida, Securitização de Créditos Imobiliários, Incorporação Imobiliária, Fundos de Investimento Imobiliário*, Trust, cit., p. 3.



O mecanismo da separação patrimonial implica a funcionalização da titularidade, de sorte que o exercício do direito não deve se dar em benefício de seu titular, mas em atenção aos interesses que justificam a segregação do patrimônio. O legislador tem cada vez mais criado hipóteses de titularidade a conta de outrem ou para a realização de determinado escopo, isto é, para a promoção de certa finalidade. Trata-se do que se pode denominar titularidade fiduciária, em que a atribuição de poderes ao titular do direito ocorre não em atenção aos seus interesses, mas para a consecução de certa finalidade. O instituto da titularidade fiduciária encontra-se presente, por exemplo, na securitização de créditos imobiliários, nos fundos de investimento imobiliário e na custódia de valores mobiliários.

Destaque-se, ainda, que o escopo que unifica o patrimônio segregado precisa, para ser alcançado com a máxima efetividade, que a massa patrimonial autônoma sirva de garantia somente aos credores que guardem relação de pertinência com a afetação. Por esta razão, o patrimônio segregado responde tão somente pelos débitos oriundos da promoção do fim que o unifica, não já por dívidas estranhas ao escopo da afetação.<sup>30</sup>

O fato de o patrimônio especial garantir com exclusividade os credores relacionados ao escopo a que se destina constitui eficiente mecanismo jurídico para assegurar, da maneira mais plena possível, a realização da finalidade que enseja a segregação patrimonial, haja vista que tem como importante e fundamental consequência blindar o patrimônio separado das vicissitudes atinentes ao patrimônio geral. Assim, o patrimônio autônomo responde tão-somente pelas suas próprias dívidas, vale dizer, pelos débitos oriundos da persecução do fim a que se destina.<sup>31</sup>

---

30 V. PINO, Augusto. *Il Patrimonio Separato*, Padova: Cedam, 1950, p. 23; CANDIAN, Aurelio. *Nozioni Istituzionali di Diritto Privato*, Milano: Giuffrè, 1949, p. 232.

31 Cf. ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. I, Coimbra: Almedina, 2003, p. 219-220; FREITAS, Ricardo de Santos. *Natureza Jurídica dos Fundos de Investimento*, São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 145; EIZIRIK, Nelson, GAAL, Ariádna B., PA-

A noção de patrimônio especial, assim, ajusta-se à idéia de *separate fund* ou de *masse distincte* trazida pela Convenção de Haia. Confira-se, ainda, o art. 11 da Convenção de Haia:

Um *trust* criado conforme a lei especificada pelo capítulo precedente deve ser reconhecido como *trust*. Tal reconhecimento implica, no mínimo, que os bens em *trust* sejam separados do patrimônio pessoal do *trustee*, que o *trustee* possa, nesta qualidade, ingressar em juízo, ser demandado, bem como comparecer perante um tabelião ou qualquer pessoa investida de autoridade pública. Na medida em que a lei aplicável ao *trust* exija ou preveja, tal reconhecimento pode ainda implicar, notadamente:

- a) que credores pessoais do *trustee* não possam executar os bens em *trust*;
- b) que os bens em *trust* não sejam arrecadados na hipótese de insolvência ou falência do *trustee*;
- c) que os bens em *trust* não integrem o patrimônio da sociedade conjugal nem o espólio do *trustee*;
- d) que os bens em *trust* possam ser reivindicados caso o *trustee*, em violação ao *trust*, tenha confundido os bens em *trust* com os seus próprios bens, ou deles disponha. Contudo, os direitos e obrigações do terceiro que detenha os bens em *trust* permanecem regidos pela lei aplicável segundo as regras de direito internacional da jurisdição competente.<sup>32</sup>

---

RENTE, Flávia, HENRIQUE, Marcus de Freitas. *Mercado de Capitais: Regime Jurídico*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 225; STURZENEGGER, Luiz Carlos. *A doutrina do 'patrimônio de afetação' e o novo sistema de pagamento brasileiro*, in *Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, nº. 11, jan./mar. 2001, Revista dos Tribunais, p. 239.

32 No original: "A trust created in accordance with the law specified by the preceding Chapter shall be recognized as a trust.

Such recognition shall imply, as a minimum, that the trust property constitutes a separate fund, that the trustee may sue and be sued in his capacity as trustee, and that he may appear or act in this capacity before a notary or any person acting in an official capacity.

In so far as the law applicable to the trust requires or provides, such recognition shall imply, in particular

- a) that personal creditors of the trustee shall have no recourse against the trust assets;
- b) that the trust assets shall not form part of the trustee's estate upon his insolvency or bankruptcy;

Os bens conferidos em *trust*, dessa forma, integram patrimônio especial titularizado pelo *trustee* que não se confunde com o patrimônio geral deste,<sup>33</sup> de tal sorte que os efeitos da insolvência ou da falência do *trustee* não interferem no patrimônio em *trust*.<sup>34</sup> Além disso, os bens em *trust* não integram a herança do *trustee* e seu cônjuge não tem nenhum direito sobre tais situações jurídicas ativas, a despeito de serem de titularidade do *trustee*.

Vale repisar que a titularidade do sujeito do patrimônio separado é de natureza fiduciária, haja vista que a atribuição de poderes ao titular do direito ocorre não em atenção aos seus interesses, mas para a consecução de certa finalidade. A atuação do titular dirige-se ao atendimento do escopo que unifica a massa patrimonial autônoma. O fim determina o regime jurídico aplicável ao núcleo patrimonial separado, de modo que os interesses do sujeito de direito são tutelados na medida de sua pertinência com o escopo.

---

c) that the trust assets shall not form part of the matrimonial property of the trustee or his spouse nor part of the trustee's estate upon his death;

d) that the trust assets may be recovered when the trustee, in breach of trust, has mingled trust assets with his own property or has alienated trust assets. However, the rights and obligations of any third party holder of the assets shall remain subject to the law determined by the choice of law rules of the forum". OVERBECK, Alfred E. von, aduz: "This paragraph determines first of all that the assets of the trust are separate from those of the trustee. This is an essential element of a trust, without which its recognition would have no meaning" (<http://hcch.e-vision.nl/upload/expl30.pdf>, acesso em 10.7.2010, às 14h). "La norma [art. 11] prosegue poi indicando gli 'effetti minimi' del riconoscimento nel sistema in cui questo avviene. Essi si sostanziano nella circostanza che i beni facenti parte della *trust property* costituiranno un patrimonio separato da quello personale del *trustee*, e nel fatto che quest'ultimo potrà agire in giudizio o comparire innanzi a pubbliche autorità in tale qualità" (NERI, Arianna. *Il trust e la tutela del beneficiario*, cit., p. 48).

33 "The trust is usually understood around the world to refer to the legal notion whereby property is held as a segregated asset or fund of assets, the benefit of which accrues solely to described persons or to the accomplishment of charitable purposes. O. The fund, segregated from the trustee's own assets, is retained, administered or invested by the trustee" (WATERS, Donovan. *The Hague Trusts Convention twenty years on*, cit., p. 57).

34 V. CHALHUB, Melhim Namem. *Trust*, cit., p. 54; MAZZIERI, Andrea, NAPOLITANO, Gianfranco e NAPOLITANO, Diego. *Il 'Project Financing'*, cit., p. 66.

Em virtude disto, o fato de o *trustee* ser o titular das situações ativas em *trust* não significa que seu cônjuge, credores pessoais ou herdeiros terão qualquer pretensão sobre tais direitos, vez se encontrarem submetidos a um regime especial, decorrente da finalidade da segregação. A titularidade atribuída ao *trustee* não se verifica para atender aos interesses deste, mas para a consecução da finalidade do *trust*, de sorte que os bens em *trust* compõem patrimônio separado e a titularidade do *trustee* relativamente a esses bens tem natureza fiduciária.

Na medida em que as situações jurídicas subjetivas ativas transferidas pelo *settlor* ao *trustee* constituem patrimônio especial titularizado por este, isto é, universalidade de direito unificada pelo escopo, mostra-se possível haver mutação de tais situações ativas,<sup>35</sup> desde que necessário para a persecução do fim.

A nota distintiva da universalidade de direito, centro autônomo de imputação objetiva, constitui precisamente a elasticidade de seu conteúdo, que pode se expandir ou se comprimir sem que a unidade do conjunto seja afetada.<sup>36</sup> No ordenamento brasileiro, o patrimônio forma universalidade de direito integrada por situações jurídicas subjetivas ativas pecuniariamente apreciáveis. Precisamente por

---

35 V. PORCELLI, Giacomo. *Successioni e Trust*, cit., p. 114; LEPAULLE, Pierre. *Traité Théorique et Pratique des Trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, cit., p. 27; GOMES, Orlando. *Contrato de Fidúcia ('trust')*, cit., p. 13. "Alla modifica nella composizione del patrimonio separato consegue, dunque, la variazione dei diritti e dei beni che del medesimo fanno parte, a fronte di un'invarianza dello scopo che ha determinato la creazione del patrimonio stesso e delle correlate limitazioni nelle facoltà del suo titolare" (MAZZIERI, Andrea, NAPOLITANO, Gianfranco e NAPOLITANO, Diego. *Il 'Project Financing'*, cit., p. 66).

36 "Que pode significar o reconhecer-se às universalidades uma existência própria, senão que elas permanecem indiferentes ao destino jurídico dos vários componentes? Cada universalidade é como que um reservatório aberto, sempre pronto a permitir que, por actos ou factos jurídicos, uma ou mais coisas nêle entrem, uma ou mais coisas dele saiam. Conceber as universalidades como entidades distintas dos objectos singulares e a êles contrapostas, e por outro lado negar a tais objectos uma vida jurídica independente, é uma verdadeira superfetação e uma incoerência declarada" (TELES, Inocência Galvão. *Das Universalidades*, Lisboa: Minerva, 1940, p. 132).

traduzir universalidade de direito, o conjunto passa a ter relevância jurídica em si mesmo, sem que, por outro lado, seus elementos percam autonomia. O conteúdo da universalidade é variável, podendo se ampliar ou se reduzir sem repercussão sobre o todo, vale dizer, sem que a configuração unitária da universalidade se altere.<sup>37</sup>

O objetivo do *trust* é a realização da finalidade pretendida pelo *settlor*, para cuja consecução o foco se centra mais sobre o patrimônio em si considerado do que sobre os elementos que o integram, de tal sorte que, salvo determinação expressa do *settlor*, não há limitação apriorística à disposição dos bens, que deverá ser feita na medida necessária à promoção do fim.<sup>38</sup> Os proveitos granjeados em razão da administração do patrimônio especial passam a integrá-lo automaticamente, de modo que o vínculo de destinação se estende às receitas advindas da gestão do patrimônio em *trust*.

Dada esta configuração, em que a destinação patrimonial assume papel essencial, a figura do *trust* se mostra extremamente versátil, podendo servir à persecução dos mais variados fins.

O *trust*, portanto, não traduz hipótese de desmembramento da propriedade em formal e substancial. Ao revés, para realizar a função para a qual foi constituído, se vale daquilo que, no Brasil, se pode entender por técnica da segregação patrimonial, mecanismo idôneo para alcançar, com a máxima eficácia, o fim pretendido com a gestão patrimonial, na medida em que blinda os direitos em *trust* das vicissitudes pertinentes ao patrimônio pessoal do *trustee*.<sup>39</sup>

---

37 Sobre a noção de universalidade de direito, v. OLIVA, Milena Donato. *Patrimônio Separado: Herança, Massa Falida, Securitização de Créditos Imobiliários, Incorporação Imobiliária, Fundos de Investimento Imobiliário*, Trust, cit., p. 108-142.

38 “Ce que le trustee a le devoir de conserver, c’est la ‘res’, c’est-à-dire le patrimoine et non pas les biens même qu’il a reçus. Il a donc, en principe, le droit de vendre dans la mesure où cela peut être utile à la réalisation de l’affectation et l’obligation de le faire dans la mesure où cela est nécessaire” (LEPAULLE, Pierre. *Traité Théorique et Pratique des Trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, cit., p. 273-274).

39 Cf. OLIVA, Milena Donato. *Patrimônio Separado: Herança, Massa Falida, Securitização de*

### **3. Estrutura básica do *trust* contida na Convenção de Haia. Natureza fiduciária da titularidade do *trustee*. O *trust* como objeto e não sujeito de direito.**

O *trust* referido pela Convenção de Haia pode ter beneficiários ou prever simplesmente a destinação a um escopo, como no caso dos *charitable trusts*.<sup>40</sup> Note-se que mesmo o *trust* com beneficiário conta com um patrimônio especial destinado a um fim, o qual será determinado à luz dos interesses do *cestui que trust*, indicados pelo *settlor*, a serem promovidos. Assim sendo, todo *trust* traduz, a rigor, um patrimônio destinado a um escopo, de tal sorte que a divisão acima aludida aparta, em última análise, os *trusts* em que há beneficiários dos que contém a previsão de um fim sem a individuação de beneficiários.<sup>41</sup>

No que concerne ao *trust* com beneficiário, verificam-se três figurantes principais, quais sejam: o *settlor*, que institui o *trust*; o *trustee*, o qual recebe do *settlor* a titularidade das situações jurídicas subjetivas ativas para a execução do encargo contido no ato de constituição do *trust*; e o *cestui que trust* (ou beneficiário), que consiste no destinatário do proveito econômico da gestão das situações ativas objeto do *trust*.

O *settlor*, por instituir o *trust*, que importa ato de disposição, deve ser o titular das situações jurídicas ativas conferidas em *trust*, bem como deve estar no pleno gozo de sua capacidade de dispor.<sup>42</sup>

---

Créditos Imobiliários, Incorporação Imobiliária, Fundos de Investimento Imobiliário, Trust, cit., p. 351.

<sup>40</sup> BARTOLI, Saverio. *Il Trust*, cit., p. 272-273.

<sup>41</sup> “Ogni *trust* ha, ovviamente, uno scopo. Quando si parla di *trust* ‘di scopo’ ci si riferisce a quei *trust* che non sono destinati ad avvantaggiare una o più persone identificate o identificabili; più precisamente, a quei *trust* rispetto ai quali, per come il *trust* è configurato, non può esistere alcun soggetto legittimato ad agire contro il *trust* per tutelare un interesse proprio” (LUPOI, Maurizio. *Il trust nel diritto civile*, cit., p. 330).

<sup>42</sup> V. CHALHUB, Melhim Namem. *Trust*, cit., p. 42; LEPAULLE, Pierre. *Traité Théorique et Pratique des Trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, cit., p. 216-217.

Além disso, o *settlor* tem de individualizar os bens que transmite, sob pena de ser considerada inválida a constituição do *trust* por impossibilidade de determinação do objeto.<sup>43</sup>

O *trustee*, embora seja o proprietário dos direitos transmitidos pelo *settlor* em *trust*, deve gerir o patrimônio destinado, repise-se, de acordo com o escopo determinado pelo *settlor* em proveito dos beneficiários. Daí se afirmar que existe relação de natureza fiduciária entre o *trustee* e os *cestuis que trust*, a qual pauta a conduta do *trustee*.<sup>44</sup> Com efeito, na administração do patrimônio afetado, o *trustee* deve empenhar-se com diligência e lealdade, bem como prestar contas de sua gestão aos beneficiários.<sup>45</sup>

Além disso, o *trustee* não pode ficar inerte, sendo-lhe atribuído não só o poder, mas também o dever de gerir o patrimônio especial.<sup>46</sup> Isso porque a titularidade que possui em relação ao patrimônio destinado é funcionalizada à realização do escopo da afetação, de tal sorte que deve atuar positivamente no sentido de promover, da melhor forma possível, a finalidade do *trust*.

Deve o *trustee*, ainda, conservar o patrimônio segregado não só materialmente, mas também juridicamente, adotando, sempre que necessárias à proteção dos direitos em *trust*, as medidas judiciais cabíveis, interrompendo prescrições, enfim, praticando todos os atos necessários à preservação das situações ativas em *trust*. Exige-se do *trustee*, também, o cuidado para que os direitos em *trust* não se confundam, faticamente, com os seus pessoais, de modo que deve, por

---

43 NETO, Eduardo Salomão. *O trust e o direito brasileiro*, cit., p. 29; PETRULLI, Mario e RUBINO, Francesco. *Il trust*, cit., p. 38.

44 NETO, Eduardo Salomão. *O trust e o direito brasileiro*, cit., p. 37; CHALHUB, Melhim Namem. *Trust*, cit., p. 48; WATERS, Donovan. *The Hague Trusts Convention twenty years on*, cit., p. 57; LUPOI, Maurizio. *Il trust nel diritto civile*, cit., p. 299-300; MALUMIÁN, Nicolás, DIPLOTTI, Adrián G. e GUTIÉRREZ, Pablo. *Fideicomiso y Securitización. Análisis Legal, Fiscal y Contable*, cit., p. 11; PETRULLI, Mario e RUBINO, Francesco. *Il trust*, cit., p. 7.

45 CHALHUB, Melhim Namem. *Trust*, cit., p. 44.

46 CHALHUB, Melhim Namem. *Trust*, cit., p. 72.

exemplo, abrir conta bancária separada para os recursos financeiros do patrimônio em *trust*.<sup>47</sup>

Para além da obrigação de conservar, o *trustee* tem o dever de administrar os direitos em *trust* em busca da realização da finalidade designada pelo *settlor*. Em outras palavras, o *trustee* tem o poder-dever de gerir o patrimônio especial com vistas à promoção do escopo do *trust*. Sublinhe-se que, em abstrato, não existe limitação para a atuação do *trustee*, o qual pode dar bens em garantia hipotecária, firmar contratos de prestação periódica, alienar ativos, desde que em consonância com o escopo.<sup>48</sup> O fim do *trust*, assim, pautará o tipo de administração a ser empreendida pelo *trustee*, de forma que não se afigura possível a fixação de padrão único e abstrato de conduta válido para toda gestão de patrimônio em *trust*.<sup>49</sup>

---

47 LEPAULLE, Pierre. *Traité Théorique et Pratique des Trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, cit., p. 274-275.

48 “Le trustee doit non seulement conserver les biens, *il doit encore les administrer*. Pour cela, il n’est enfermé dans aucune règle rigide. Il a plein pouvoir pour gérer les biens conformément à leur affectation. Il peut conclure des baux, hypothéquer, intenter toutes actions en justice, conclure, tous contrats, et faire tous actes juridiques nécessaires” (LEPAULLE, Pierre. *Traité Théorique et Pratique des Trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, cit., p. 276). Cf. tb. GIANDOMENICO, Marco Eugenio Di e FESTA, Davide. *Consorzi, fondazioni e trust*, cit. p. 19-20; CHALHUB, Melhim Namem. *Trust*, cit., p. 47-48.

49 “L’obligation du trustee consiste d’abord à bien gérer le patrimoine et ensuite à réaliser l’affectation” (LEPAULLE, Pierre. *Traité Théorique et Pratique des Trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, cit., p. 41). Ainda em suas palavras: “On répond d’ordinaire: le trustee doit apporter à la gestion de la ‘res’ le soin qu’un bon père de famille apporte à l’administration de ses propres affaires. C’est inexact pour deux raisons: 1º administrer librement les biens dont on est plein propriétaire est une chose, gérer un patrimoine qui a reçu une affectation en est une autre; ne pas voir la différence, c’est méconnaître l’essence même du trust. C’est pourquoi la jurisprudence interdit au trustee des actes que les pères de famille les plus raisonnables font couramment! (...) 2º Le problème est beaucoup plus vaste qu’une simple gestion de biens, car il faut non seulement administrer le patrimoine, mais encore assurer son affectation: c’est parfois très simple, c’est parfois aussi très complexe. (...) Il faut donc trouver une nouvelle formule. Nous proposons celle-ci: *le trustee doit apporter dans l’exercice de ses fonctions toutes les qualités qui sont nécessaires à la réalisation normale de l’affectation du patrimoine qui lui est confié*” (LEPAULLE, Pierre. *Traité Théorique et Pratique des Trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, cit., p. 264-265). “On peut donc conclure que le degré de soin, de prudence, de compétence et d’honnêteté qui est requis du trustee est



Observe-se, neste sentido, que a transmissão de propriedade efetuada pelo *settlor* ao *trustee* em razão do *trust* não se esgota em si mesma, mas ocorre para que o *trustee* exerça determinada função, realizando o escopo do *trust*. A transmissão da propriedade, dessa forma, é instrumental para o desempenho do fim pretendido pelo *settlor* por meio da gestão do *trustee*.

Daí a transferência do domínio vir atrelada aos deveres impostos ao *trustee* de praticar os atos necessários à realização da função definida para o patrimônio em *trust*.<sup>50</sup> A titularidade do *trustee*, por conseguinte, se encontra funcionalizada para a obtenção do escopo, não já para satisfação de interesses próprios. Em virtude disto, o regime jurídico aplicável ao *trust* considera não a relação de pertença, mas a função para a qual foi constituído.

Por tais razões, verifica-se que a titularidade do *trustee* em relação aos bens em *trust* é de natureza fiduciária. Isso porque a atribuição de poderes ao titular do direito, isto é, ao *trustee*, ocorre não em atenção aos seus interesses, mas para a consecução da finalidade do *trust*.

O escopo a que se destina o *trust* assume papel proeminente, tornando-se elemento essencial à qualificação da *fattispecie* e à determinação do tipo de tutela que a esta será dispensada. O ângulo de análise deixa de ser a titularidade do sujeito em relação ao patrimônio em prol da finalidade desempenhada pela universalidade patrimonial afetada.

O direito sob titularidade fiduciária não se destina ao atendimento dos interesses de seu titular, mas a determinada finalidade. Verifica-se profunda alteração qualitativa, qual seja, os interesses do sujeito só serão tutelados se e enquanto tiverem pertinência com o fim

---

déterminé par l'affectation donnée à la 'res'" (LEPAULLE, Pierre. *Traité Théorique et Pratique des Trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, cit., p. 270).

50 CHALHUB, Melhim Namem. *Trust*, cit., p. 74-75; GOMES, Orlando. *Contrato de Fidúcia (trust)*, cit., p. 13; BARTOLI, Saverio. *Il Trust*, cit., p. 87.

da atribuição do direito, a denotar mudança de paradigma, qual seja, do sujeito para o escopo, da consideração subjetivista de pertinência para a finalidade desempenhada pelo direito sob titularidade fiduciária.

A admissão de direitos sob titularidade fiduciária, destinados à promoção de múltiplos interesses e, conseqüentemente, ao atendimento de várias funções na ordem jurídica, acarreta relativização da importância do sujeito de direito, na medida em que o fim constitui o parâmetro do merecimento de tutela, determina o regime jurídico aplicável e condiciona o comportamento do titular do direito. O esvaziamento da importância do sujeito em favor do escopo a ser alcançado verifica-se com a proteção do direito — em razão do fim a que se destina — a favor, independentemente ou mesmo contra os interesses de seu titular.

É exatamente isso o que se verifica no *trust*, em que os interesses do *trustee*, titular dos bens em *trust*, só serão promovidos se e na medida de sua pertinência com a finalidade do *trust*.

Disso tudo resulta que o *trust* não constitui pessoa jurídica.<sup>51</sup>

---

51 “Per effetto della costituzione del *trust* non viene ad esistenza alcun nuovo soggetto di diritto, ma quanto trasferito al *trustee* (che è il nuovo proprietario dei beni, cioè il titolare del *legal estate* ovvero *legal ownership*; l’aggettivo *legal* sta ad indicare che il diritto vantato dal *trustee* è tutelato *at law*) diviene oggetto di un patrimonio separato — ovvero segregato — dal suo patrimonio personale, cioè inattacabile dai creditori personali sia del disponente, sia del *trustee*, sia del beneficiario: detto patrimonio, infatti, è destinato unicamente al soddisfacimento delle obbligazioni contratte dal *trustee* nell’amministrazione di esso. (...) All’esito dell’istituzione del *trust*, quindi, il *trustee* è proprietario dei beni trasferitigli dal disponente, ma la sua proprietà è affetta da un vincolo opponibile alla generalità dei consociati (ed a lui per primo), implicante che detti beni egli dovrà fare l’uso prescrittogli nell’atto istitutivo, onde attuare le finalità del medesimo. Il disponente, essendovi privato dei beni, ne perde non solo la titolarità (...), ma anche il controllo, avendo demandato al *trustee* l’attuazione delle finalità consacrate nell’atto istitutivo: in caso contrario, infatti, il *trust* istituito potrebbe esser dichiarato nullo per simulazione” (BARTOLI, Saverio. *Il Trust*, cit., p. 86-87). “(...) le trust est un patrimoine affecté, ce n’est pas une personne morale” (LEPAULLE, Pierre. *Traité Théorique et Pratique des Trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, cit., p. 50). V. tb. MAZZIERI, Andrea, NAPOLITANO, Gianfranco e NAPOLITANO, Diego. *Il ‘Projetc Financing’*, cit., p. 87; ARESPA-COCHAGA, Joaquín de. *El trust, la fiducia y figuras afines*, cit., p. 33; PETRULLI, Mario e RUBINO, Francesco. *Il trust*, cit., p. 62-63.

Os bens em *trust* são titularizados pelo *trustee*, pessoa física ou jurídica que tem o poder-dever de gerir o patrimônio em *trust* com vistas a promover o fim estipulado pelo *settlor*.

A circunstância de, na linguagem corrente, se aludir à prática de um ato pelo *trust*, não pelo *trustee*, não quer significar que o *trust* possui subjetividade, mas denota que o regime jurídico aplicável relaciona-se à separação patrimonial, não à pessoa do *trustee*.<sup>52</sup>

Com efeito, é o escopo do *trust*, não já a relação de pertença com o *trustee*, que vai determinar a disciplina jurídica aplicável ao *trust* e condicionar a atuação do *trustee*, o qual, ainda, pode ser substituído sem que a finalidade do *trust* seja alterada.

O mesmo se verifica, no direito brasileiro, a título ilustrativo, com a herança e a massa falida. Muito embora o artigo 12 do Código de Processo Civil disponha que “serão representados em juízo, ativa e passivamente”, “a massa falida, pelo síndico” e “o espólio, pelo inventariante”, a herança e a massa falida não são sujeitos, mas patrimônios separados.<sup>53</sup>

---

52 “(...) non si pone mai un problema di alterità giuridica fra *trustee* e titolarità dei beni in *trust*. Infatti, in caso di mutamento del *trustee*, i beni in *trust* passano dal precedente *trustee* al successivo o per effetto di legge o in forza di specifico atto dispositivo compiuto o dal *trustee* medesimo (dimissionario o revocato) in favore del proprio successore o dal soggetto legittimato a nominare un nuovo *trustee*” (LUPOI, Maurizio. *Il trust nel diritto civile*, cit., p. 242). E remata: “Nel linguaggio comune è facile capitino frasi come ‘il quadro è stato acquistato all’asta dal *trust Z*’ e spesso questa è l’espressione più conveniente anche quando si scrive. Tecnicamente si tratta di un errore: il quadro è stato acquistato all’asta da X, Y e W quali *trustee* del *trust Z*. L’ellissi è spiegabile perchè spesso l’aspetto patrimoniale dei *trust* fa premio sull’aspetto personale di chi siano i *trustee*. La permanenza nel tempo di un patrimonio segregato tende a obiettivizzarlo, come se si trattasse di una fondazione o di altra persona giuridica; in effetti, interessa relativamente sapere chi sono i *trustee* del *trust* ‘Getty’ o del *trust* ‘Rockfeller’, a meno che uno debba stipulare un contratto con essi: in questi casi, i *trustee* mutano nel tempo, è il patrimonio che rimane” (LUPOI, Maurizio. *Il trust nel diritto civile*, cit., p. 244).

53 Em relação à massa falida, confira-se, por todos, VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 279. Acerca de a herança constituir patrimônio separado, v. SANTOS, Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. XXII, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p. 160-161; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol. VI, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 391-392; MIRANDA, Pontes de. *Tratado de*

A alusão do Código de Processo Civil à herança e à massa falida ocorre para demonstrar que o inventariante e o síndico não representam os herdeiros ou o falido, mas se encontram investidos no encargo de gerir tais patrimônios separados para realizar o fim a que se destinam, qual seja, liquidação e eventual partilha, no caso da herança, e liquidação, em se tratando de massa falida.<sup>54</sup>

Dessa forma, o *trust* não é pessoa jurídica, mas patrimônio separado de titularidade (fiduciária) do *trustee*, que tem o poder-dever de administrá-lo para perseguir o escopo do *trust*.

Portanto, os traços característicos básicos do *trust* referido na Convenção de Haia são: (i) o *trustee* figura como titular das situações jurídicas subjetivas ativas conferidas em *trust*; (ii) tais situações jurídicas ativas formam patrimônio afetado, insuscetível de ataque pelos credores pessoais do *trustee*; (iii) o *trustee* tem o poder-dever de administrar aludido patrimônio especial conforme o estabelecido no ato constitutivo do *trust* e de acordo com a lei. Esta configuração do *trust*, como se ressaltou, denota a riqueza do instituto, caracterizado pelo binômio versatilidade-segurança,<sup>55</sup> haja vista poder servir, de maneira eficaz, à realização de inúmeras funções, promovendo, por conseguinte, múltiplos interesses mercedores de tutela.

---

Direito Privado, t. LV, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 87-88; OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Tratado de Direito das Sucessões*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 60.

54 “Ora il curatore non rappresenta il fallito o i creditori, ma in forza del suo officio esercita un’attività su un patrimonio altrui, il quale è sottoposto alla sua podestà, e si trasforma e si muove secondo la nuova direttiva impressagli e per lo scopo prefisso dalla legge. Il fallito *deve tollerare e subire* questa *attività giudiziaria* esercitata dal curatore. O. Scopo del concorso è il soddisfacimento dei creditori sul patrimonio del debitore insolvente, indipendentemente dalla sua cooperazione, anzi contro la sua volontà” (FERRARA, Francesco. *Teoria delle Persone Giuridiche*, in Biagio Brugi, *Il Diritto Civile Italiano*, Torino: UTET, 1923, p. 698-699). “(...) A massa falida não é pessoa diferente do comerciante quebrado. O síndico é mero administrador dos negócios do falido, com o encargo de geri-los no escopo de pagar os credores (...)” (STJ, REsp. 708978/SP, 3ª T., Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julg. 13.12.2005).

55 CHALHUB, Melhim Namem. *Trust*, cit., p. 83.

#### 4. O fideicomiso na Argentina: inspiração no instituto do *trust*.

A Lei nº. 24.441/1995 instituiu, na Argentina, a figura do fideicomiso, inspirada no instituto do *trust*.<sup>56</sup> Em linhas gerais, o fideicomiso é o negócio por meio do qual o fiduciante transfere determinados bens ao fiduciário para que ele os administre em favor de um beneficiário.<sup>57</sup>

Tais bens formam patrimônio segregado,<sup>58</sup> insuscetível de ataque pelos credores pessoais do fiduciário. Os credores do fiduciante, da mesma forma, não podem excutir os direitos integrantes do patrimônio especial, vez que de titularidade do fiduciário. Podem os credores, contudo, valer-se dos expedientes legais caso o fiduciante te-

---

56 “Los países latinoamericanos adoptaron el modelo del *trust* anglosajón bajo la denominación de ‘fideicomiso’” (MALUMIÁN, Nicolás, DIPLOTTI, Adrián G. e GUTIÉRREZ, Pablo. *Fideicomiso y Securitización. Análisis Legal, Fiscal y Contable*, cit., p. 56). V. tb. HAYZUS, Jorge Roberto. *Fideicomiso*, Buenos Aires: Astrea, 2004, p. 28-30; GUTIÉRREZ, Pedro F. *Los Fideicomisos y las Obligaciones Negociables*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2004, p. 37-38.

57 Eis o que dispõe o art. 1º da Lei nº. 24.441/1995: “Habrà fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario”. De acordo com a definição de MALUMIÁN, Nicolás, DIPLOTTI, Adrián G. e GUTIÉRREZ, Pablo: “En síntesis, a partir de lo dicho se podría definir al fideicomiso contractual (por oposición al testamentario) como un patrimonio de afectación creado por un contrato que permite afectar un bien o conjunto de bienes al cumplimiento de un cierto destino por un tiempo limitado” (*Fideicomiso y Securitización. Análisis Legal, Fiscal y Contable*, cit., p. 4).

58 Artigo 14, Lei nº. 24.441/1995: “Los bienes fideicomitados constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante. O”. MALUMIÁN, Nicolás, DIPLOTTI, Adrián G. e GUTIÉRREZ, Pablo sustentam que: “En síntesis, el fideicomiso permite la creación de patrimonios de afectación separados rompiendo la regla de que la voluntad de las partes es impotente para tal fin. En consecuencia, un fiduciario tendrá un patrimonio ‘ordinario’ (esto es, su patrimonio del cual puede disfrutar y con el cual responde por sus deudas) y tantos patrimonios fiduciarios como fideicomisos administre. Por su parte, patrimonios fiduciarios se distinguirán entre ellos la existencia de diferentes mandatos o instrucciones vinculados a los mismos” (*Fideicomiso y Securitización. Análisis Legal, Fiscal y Contable*, cit., p. 63). Ainda em suas palavras: “Justamente una de las grandes ventajas del fideicomiso es su versatilidad y la posibilidad de crear un patrimonio de afectación que se rija por reglas ‘a medida’ de las partes intervinientes” (*Fideicomiso y Securitización: Análisis Legal, Fiscal y Contable*, cit., p. 24).

nha violado algum direito seu com a transmissão das situações jurídicas ativas para o fiduciário. Finalmente, os credores do beneficiário podem se valer dos proventos oriundos da administração dos bens em fideicomisso atribuíveis a este, sem a possibilidade, entretanto, de excutirem diretamente os bens em fideicomisso, por serem de titularidade do fiduciário, não já do beneficiário.<sup>59</sup>

A segregação patrimonial existente no fideicomisso assegura sua efetividade, na medida em que a realização do escopo pretendido não fica subordinada ao equilíbrio financeiro dos negócios pessoais entabulados pelo fiduciário. Afasta-se, assim, o risco de os bens fideicomitados comporem eventual concurso de credores do fiduciário sem pertinência com o fideicomisso.<sup>60</sup> De outra parte, os bens do fiduciário não servem a satisfazer as dívidas contraídas no âmbito da administração dos direitos em fideicomisso, nos termos do art. 16 da Lei nº. 24.441/1995,<sup>61</sup> a configurar hipótese de separação patrimonial perfeita.<sup>62</sup>

---

59 Preceitua o art. 15 da Lei nº. 24.441/1995 que: “Los bienes fideicomitados quedarán exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario. Tampoco podrán agredir los bienes fideicomitados los acreedores del fiduciante, quedando a salvo la acción de fraude. Los acreedores del beneficiario podrán ejercer sus derechos sobre los frutos de los bienes fideicomitados y subrogarse en sus derechos”.

60 HAYZUS, Jorge Roberto. *Fideicomiso*, cit., p. 16-17.

61 Art. 16, Lei nº. 24.441/1995: “Los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitados. La insuficiencia de los bienes fideicomitados para atender a estas obligaciones, no dará lugar a la declaración de su quiebra. En tal supuesto y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según visiones contractuales, procederá a su liquidación, la que estará a cargo del fiduciario, quien deberá enajenar los bienes que lo integren y entregará el producido a los acreedores conforme al orden de privilegios previstos para la quiebra; si se tratase de fideicomiso financiero regirán en lo pertinente las normas del artículo 24”. GUTIÉRREZ, Pedro F. aduz: “Por tanto, en principio, si la deuda fue contraída para satisfacer necesidades del patrimonio fideicomitado, el acreedor no podrá dirigir su acción contra el patrimonio del fiduciario, aunque para evitar toda duda, corresponde al fiduciario establecer al celebrar el contrato que concurre por el patrimonio fideicomitado O” (*Los Fideicomisos y las Obligaciones Negociables*, cit., p. 78-79).

62 Acerca da separação patrimonial perfeita e imperfeita, seja consentido remeter, mais uma vez, a OLIVA, Milena Donato. *Patrimônio Separado: Herança, Massa Falida, Securitização de*

No que concerne à oponibilidade perante terceiros do caráter fiduciário do domínio dos bens em fideicomisso, a lei exige o cumprimento de determinadas formalidades, consoante preceitua o art. 12 da Lei nº. 24.441/1995.<sup>63</sup>

O fideicomisso argentino, desse modo, por meio da técnica da afetação patrimonial, incorpora os principais efeitos do *trust*, contidos na Convenção de Haia, que o tornam instrumento versátil e apto à promoção e tutela de múltiplos interesses.

## **5. Possibilidade de incorporação dos principais efeitos do *trust* pelo direito brasileiro por meio da noção de patrimônio separado e de titularidade fiduciária**

Consoante se verificou, a técnica da segregação patrimonial permite que se alcancem os principais efeitos do *trust*, haja vista possibilitar, a um só tempo, (i) a limitação dos riscos, em razão da blindagem patrimonial promovida, bem como (ii) a titularidade funcionalizada à realização do escopo, na medida em que o titular do núcleo patrimonial autônomo, a rigor, configura administrador deste — embora tenha plenos poderes em razão de titularizá-lo — pois deve agir não em benefício próprio, mas em atenção ao fim do patrimônio separado. O mecanismo da segregação patrimonial agregado ao da titularidade fiduciária, assim, justamente por tirar o foco da relação de pertença em prol da destinação, pode permitir, se for reputada con-

---

Créditos Imobiliários, Incorporação Imobiliária, Fundos de Investimento Imobiliário, Trust, cit., p. 240-241.

63 Art. 12, Lei nº. 24.441/1995: “El carácter fiduciario del dominio tendrá efecto frente a terceros desde el momento en que se cumplan las formalidades exigibles de acuerdo a la naturaleza de los bienes respectivos”. “Los mismos acreedores del patrimonio fiduciario tienen derecho a que esos bienes dados en fideicomiso se inscriban en debida forma, puesto que aunque la naturaleza fiduciaria del dominio no tiene valor frente a terceros, mientras no se realice la inscripción, ellos tienen la garantía de la totalidad del patrimonio fiduciario” (GUTIÉRREZ, Pedro F. *Los Fideicomisos y las Obligaciones Negociables*, cit., p. 72).

veniente, a incorporação dos principais efeitos do *trust* pelo legislador pátrio.

Vale destacar, ao propósito, que já se tentou incorporar, no Brasil, os principais efeitos do *trust* com amparo na técnica da separação patrimonial, de que constitui exemplo o contrato de fidúcia contido no Anteprojeto de Código das Obrigações, de 1965,<sup>64</sup> o qual procurou “adaptar ao direito pátrio o instituto anglo-americano do ‘trust’”.<sup>65</sup> Além disso, Melhim Namem Chalhuh apresentou anteprojeto de lei que regulamenta o contrato de fidúcia, com vistas a tentar incorporar, com apoio no mecanismo da segregação patrimonial, importantes efeitos do *trust*.<sup>66</sup>

---

64 “Pela fidúcia, que teve ingresso no Projeto por proposta do Professor Nehemias Gueiros e redação deste e dos Professores Caio Mário e Orlando Gomes, ingressa em nosso direito o *trust* que tantos e bons resultados deu no direito anglo-americano” (Senado Federal, *Código Civil: anteprojetos*, vol. 4, Brasília, 1989, p. 421). “No Brasil, já se cogitou do aproveitamento de alguns elementos do *trust*, como é o caso do substitutivo ao Projeto de Lei na Câmara nº 3.362, de 1957, e do Anteprojeto do Código de Obrigações, de 1965, neste sob a denominação de *contrato de fidúcia*. Muito embora não tenha prosperado o Anteprojeto do Código de Obrigações, é na linha desses princípios que vêm se amoldando, no direito positivo brasileiro, algumas figuras de natureza fiduciária (...); e é na mesma linha desses princípios que se estrutura uma nova forma de fideicomisso na maioria dos países latino-americanos, como são os casos da Argentina, do Chile, do México e da Venezuela” (CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio Fiduciário*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 3-4).

65 GOMES, Orlando. *Contrato de Fidúcia ('trust')*, cit., p. 11. “A *fidúcia* é o negócio jurídico pelo qual, mediante a transferência de bens móveis ou imóveis que formem patrimônio separado, confere uma pessoa a outra o encargo de administrá-los em proveito de outrem, a quem deve entregá-los a certo tempo ou sob determinada condição. (...). Necessário assim, que tais bens constituam patrimônio separado. Não podem confundir-se com os do fiduciário, estando subtraídos, portanto, à execução de seus credores, ainda em processo de falência” (GOMES, Orlando. *Contrato de Fidúcia ('trust')*, cit., p. 12-13).

66 Extrai-se da justificação do Projeto de Lei nº. 4.809/98 que: “Com efeito, desde o início do século XX a extraordinária utilidade do *trust* vem despertando o interesse de juristas de países de tradição legislativa romana, motivando-os à realização de estudos com vistas à adaptação do conceito de *trust* a esses sistemas. (...). De fato, o dinamismo e a extrema flexibilidade do *trust* possibilitam sua utilização quase infinita no que se pode chamar de direito dos negócios, circunstância que justifica os esforços no sentido de sua assimilação pelos países de tradição legislativa romana. (...). Em suma, com a aprovação da presente proposição, nosso direito positivo passaria a contar com instituto que, por sua extraordinária flexibilidade, possibilitaria o atendimento das mais variadas necessidades no campo das atividades sociais e econômicas,



A busca pela incorporação dos principais efeitos do *trust* justifica-se, como exposto, pela incrível versatilidade deste instituto que, calcado na ideia de separação patrimonial e de titularidade fiduciária, possibilita que um sujeito, titular de determinados bens, os administre para a realização de determinado escopo, devendo agir não em interesse próprio, mas para promover a finalidade do *trust*, integrando tais bens patrimônio separado, que não se confunde com o patrimônio geral do *trustee*.

Segundo se verificou, não colhe o argumento de incompatibilidade do *trust* com o direito brasileiro, na medida em que o *trust* não acarreta desmembramento da propriedade em formal e substancial. O *trust* configura patrimônio separado e titularidade fiduciária, expedientes perfeitamente coerentes com o sistema jurídico pátrio, dos quais se vale o legislador para a promoção de variadas finalidades, como na securitização de créditos imobiliários e nos fundos de investimento imobiliário.

Portanto, o legislador pátrio, se julgar conveniente, com base na técnica da segregação patrimonial e da titularidade fiduciária, pode incorporar os principais efeitos do *trust* previstos na Convenção de Haia, que tornam este instituto flexível e apto a realizar múltiplas funções, podendo tutelar variados interesses reputados merecedores de tutela.<sup>67</sup>

---

numa estrutura sistematizada que contempla as regras gerais concernentes à propriedade fiduciária e à segregação patrimonial, com o que se tornariam nítidos os direitos e deveres das partes, preenchendo-se as lacunas deixadas pela legislação vigente estabelecendo rigorosos instrumentos de proteção dos investidores, notadamente aquele que confia sua economias à aplicação em entidades organizadas sob a forma de condomínio ou grupos de consórcios”.

67 “A afetação patrimonial é fator de estímulo aos investimentos privados, dada a segurança jurídica decorrente da limitação de riscos que o mecanismo proporciona. Por isso mesmo, espalhou-se por todos os continentes, seja na forma de *trust*, seja numa versão moderna da fidúcia, estando presente na Austrália, Escócia, África do Sul, Itália, Portugal, Espanha, Luxemburgo, China, Japão, Líbano, Dubai, Quebec e toda a América espanhola” (CHALHUB, Melhim Namem. *Patrimônio de afetação nas incorporações imobiliárias. Um projeto vitorioso do Instituto dos Advogados Brasileiros*, in *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, nº. 96, ano XXXV, 2º semestre 2007, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 39).