



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Milena Donato Oliva

Do negócio fiduciário à fidúcia

Rio de Janeiro

2013

Milena Donato Oliva

Do negócio fiduciário à fidúcia



Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Civil.

Orientador: Prof. Dr. Gustavo Tepedino

Rio de Janeiro

2013

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

O48n

Oliva, Milena Donato.

Do negócio fiduciário à fidúcia / Milena Donato Oliva. – 2013.
223 f.

Orientador: Prof. Dr. Gustavo José Mendes Tepedino.

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Negócio fiduciário- Teses. 2. Fidúcia- Teses. 3. Direito civil – Teses.
I. Tepedino, Gustavo José Mendes. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.6

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Milena Donato Oliva

Do negócio fiduciário à fidúcia

Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Civil.

Aprovada em ____ de _____ de 2013.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Gustavo Tepedino (Orientador)
Faculdade de Direito - UERJ

Prof.^a Dra. Heloisa Helena Barboza
Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho
Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Luiz Edson Fachin
Universidade Federal do Paraná

Prof. Dr. Paulo de Tarso Sanseverino
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande Sul

Rio de Janeiro

2013

RESUMO

OLIVA, Milena Donato. *Do negócio fiduciário à fidúcia*. 2013. 225f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

A presente tese estuda o negócio fiduciário e suas potencialidades no direito brasileiro, especialmente quando associado à técnica do patrimônio separado. Embora o legislador tenha se utilizado da titularidade fiduciária – elemento essencial do negócio fiduciário – e da afetação patrimonial para variadas atividades, não previu modelo geral que habilitasse os particulares a entabularem ajustes fiduciários com patrimônio separado para as mais diversas finalidades. Por isso que, no Brasil, falta instituto que pudesse ser equiparado ao *trust* contido na Convenção de Haia sobre a Lei Aplicável aos *Trusts* e sobre o Reconhecimento Deles. As tentativas de incorporação de tal modelo jurídico no direito pátrio não lograram êxito até o momento e o cenário normativo brasileiro permanece fragmentado. A tese, assim, examina a conformação atual do direito pátrio em relação ao negócio fiduciário e as utilidades que adviriam da introdução da fidúcia como categoria ampla de negócio fiduciário com patrimônio separado. Nessa direção, a tese investiga (i) a admissibilidade do negócio fiduciário no direito brasileiro; (ii) a disciplina jurídica que lhe é aplicável; (iii) os efeitos da utilização da propriedade resolúvel aos negócios fiduciários, bem como da aposição das cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade; (iv) as potencialidades funcionais e limites do negócio fiduciário; (v) a disciplina jurídica do *trust* a que se refere a Convenção de Haia; (vi) a adoção pelo legislador da técnica da separação patrimonial conjugada com a titularidade fiduciária; (vii) a tipificação do negócio de fidúcia como aquele que possibilitaria a criação, pelos particulares, de titularidade fiduciária e patrimônio separado; (viii) o negócio de fidúcia como maneira de se incorporar os elementos essenciais do *trust* contido na Convenção de Haia; e (ix) a relevância da tipificação do negócio de fidúcia como meio de suprir determinadas lacunas do direito brasileiro.

Palavras-chave: Negócio fiduciário. Titularidade fiduciária. Propriedade fiduciária. Patrimônio separado. Fidúcia. Trust.

ABSTRACT

OLIVA, Milena Donato. *From the fiduciary contract to the trust*. 2013. 225f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

This thesis studies fiduciary contracts and their potentials in Brazilian law, especially when they are associated with the technique of separate estate. Although Brazilian law already deploys fiduciary ownership – an essential element of the fiduciary contract – and separate estate as a mean to regulate many activities, it does not lay down a legal model enabling people to use these techniques for general purposes. Therefore, still lacks in Brazil a legal framework similar to the trust as described by The Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition. Attempts to incorporate this legal model in Brazilian law have not been successful so far; therefore, Brazilian legal framework remains fragmented. In this context, the thesis examines the current regulation of the fiduciary contract in Brazilian Law, and the benefits that would result from the introduction of *fiducia*, understood as a comprehensive legal model combining the techniques of fiduciary contract and separate estate. To this end, the thesis investigates (i) the admissibility of fiduciary contracts in Brazilian law; (ii) the rules applicable to it; (iii) the stipulation of resoluble ownership in fiduciary contracts and the stipulation in these contracts of inalienability, unseizability and incommunicability clauses; (iv) the potentials and limitations of fiduciary contracts in Brazilian law; (v) the legal regulation of trusts as they are described by the Hague Convention; (vi) the use by Brazilian legislator of the legal technique of separate estate combined with fiduciary ownership; (vii) the adoption by Brazilian law of *fiducia* as the type of contract that will enable people to use the techniques of fiduciary ownership and separate estate; (viii) *fiducia* as a mean to incorporate in Brazilian law the essential elements of the trust described by the Hague Convention; and (ix) the importance of *fiducia* as a mean to fill in several gaps of the Brazilian law.

Keywords: Contract. Fiduciary ownership. Separate estate. Trust. *Fiducia*.

RÉSUMÉ

OLIVA, Milena Donato. *Du contrat fiduciaire à la fiducie*. 2013. 225f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

Cette thèse a pour objet le contrat fiduciaire et ses potentialités en droit brésilien, notamment lorsqu'il est associé à la technique du patrimoine d'affectation. Nonobstant que le législateur brésilien ait employé la propriété fiduciaire – élément essentiel du contrat fiduciaire – et le patrimoine d'affectation pour réglementer maintes activités, il n'a pas mis en place un modèle juridique à portée générale permettant aux individus d'entamer des contrats fiduciaires assortis de patrimoine d'affectation pour des finalités diverses. En raison de cela, il manque toujours au droit brésilien un instrument juridique qui soit semblable au *trust* qui fait l'objet de la Convention de la Haye relative à la Loi Applicable au *Trust* et à sa Reconnaissance. Les tentatives de réception de cet instrument ont jusqu'à présent échoué, de sorte que le droit brésilien s'avère toujours fragmenté. La thèse examine alors les caractères actuels du contrat fiduciaire et les avantages que l'introduction de la fiducie, entendue comme une large espèce de contrat fiduciaire assorti d'un patrimoine d'affectation, apporterait au droit brésilien. De cette sorte, la thèse s'intéresse à l'étude de (i) la recevabilité du contrat fiduciaire par le droit brésilien; (ii) la réglementation qui lui est applicable; (iii) l'emploi de la technique de la propriété résoluble dans les contrats fiduciaires ainsi que l'apposition à ces contrats des clauses d'inaliénabilité, insaisissabilité et incommunicabilité; (iv) les potentialités fonctionnelles et les limites du contrat fiduciaire; (v) la réglementation du *trust* d'après la Convention de la Haye, (vi) l'emploi par le législateur de la technique du patrimoine d'affectation conjuguée avec celle de la propriété fiduciaire; (vii) l'introduction de la fiducie como espèce de contrat qui permettrait aux individus la mise en oeuvre de la propriété fiduciaire assortie d'un patrimoine d'affectation (viii) la réception des effets essentiels du *trust* qui fait l'objet de la Convention de la Haye par le biais de la fiducie; (ix) l'importance de l'introduction de la fiducie de manière à combler certaines lacunes du droit brésilien.

Mots clés: Contrat fiduciaire. Propriété fiduciaire. Fiducie. Patrimoine d'affectation. *Trust*.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO. VELHAS ESTRUTURAS E NOVAS FUNÇÕES.....	9
1	NEGÓCIO FIDUCIÁRIO.....	17
1.1	Características. Desproporção do meio em relação ao fim. Possibilidade de abuso. Análise crítica. Nota característica do negócio fiduciário: titularidade à conta de outrem ou para a realização de um fim.....	19
1.1.1	<u>Desproporção do meio em relação ao fim. Análise crítica. Necessidade da transmissão da titularidade para o alcance da finalidade pretendida pelas partes.....</u>	21
1.1.2	<u>Possibilidade de abuso. Análise crítica.....</u>	24
1.1.3	<u>Nota característica do negócio fiduciário: titularidade à conta de outrem ou para a realização de um fim.....</u>	28
1.2	Pacto <i>fiduciae</i>. Atipicidade contratual e tipicidade dos direitos reais.....	30
1.3	Simulação e fraude à lei. Admissibilidade do negócio fiduciário no direito brasileiro.....	42
1.4	Efeitos do negócio fiduciário.....	48
1.4.1	<u>Herdeiros do fiduciário.....</u>	49
1.4.2	<u>Cônjuge do fiduciário.....</u>	51
1.4.3	<u>Credores do fiduciário.....</u>	53
1.4.4	<u>Terceiros de boa-fé.....</u>	55
1.4.5	<u>Terceiros de má-fé.....</u>	55
1.4.6	<u>Cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade.....</u>	57
1.5	Propriedade resolúvel e negócio fiduciário.....	61
1.5.1	<u>Alienação fiduciária em garantia.....</u>	68
1.5.2	<u>Cessão fiduciária de direitos creditórios.....</u>	70
1.6	Limites e funções que podem ser desempenhadas pelo negócio fiduciário no direito brasileiro. Alguns exemplos.....	71
1.6.1	<u>Garantias indiretas.....</u>	73
1.6.1.1	<u>Depósito em conta vinculada (<i>Escrow account</i>).....</u>	74
1.6.1.2	<u>Retrovenda.....</u>	76
2	DO NEGÓCIO FIDUCIÁRIO À FIDÚCIA. A TÉCNICA DA	

	SEPARAÇÃO PATRIMONIAL APLICADA AO NEGÓCIO FIDUCIÁRIO: O <i>TRUST</i> PREVISTO NA CONVENÇÃO DE HAIA.....	79
2.1	Separação patrimonial e titularidade fiduciária: elementos essenciais do <i>trust</i> contido na Convenção de Haia. A experiência estrangeira.....	82
2.1.1	<u>O expediente do patrimônio separado: unificação para o alcance de determinado fim.....</u>	88
2.1.2	<u>Titularidade fiduciária a cargo do sujeito do patrimônio separado. Relativização da importância do titular do patrimônio segregado em relação ao fim a que se destina.....</u>	91
2.1.3	<u>O patrimônio separado apenas responde pelas dívidas que lhe são próprias. Separação patrimonial e limitação de responsabilidade. Autonomia patrimonial perfeita e imperfeita.....</u>	94
2.1.3.1	Blindagem patrimonial.....	94
2.1.3.2	Diferenciação do objeto da garantia e não limitação de responsabilidade.....	97
2.1.3.3	Separação patrimonial perfeita e imperfeita.....	98
2.1.4	<u>A segregação patrimonial depende de previsão legislativa.....</u>	99
2.1.5	<u>A experiência estrangeira. Incorporação dos principais efeitos do <i>trust</i> por meio da técnica da separação patrimonial.....</u>	99
2.1.5.1	O fideicomisso argentino.....	100
2.1.5.2	A fidúcia francesa.....	103
2.2	Estado atual da utilização conjugada da titularidade fiduciária e da separação patrimonial no direito brasileiro. A disciplina fragmentada do ordenamento pátrio.....	105
2.2.1	<u>Fundos de investimento imobiliário.....</u>	107
2.2.2	<u>Securitização de créditos imobiliários.....</u>	112
2.2.3	<u>Incorporação imobiliária.....</u>	114
2.2.4	<u>O sistema de pagamento brasileiro.....</u>	120
2.2.5	<u>Depósito centralizado de ativos financeiros e valores mobiliários.....</u>	123
2.2.6	<u>O sistema de consórcio.....</u>	126
2.3	Possibilidade de introdução legislativa no direito brasileiro de modelo geral de negócio fiduciário com patrimônio separado: o negócio de fidúcia.....	129
2.3.1	<u>O negócio de fidúcia.....</u>	131

2.3.1.1	Poderes e deveres do fiduciário.....	132
2.3.1.2	Sucessão de fiduciários. Relevância do fim e não da mutação subjetiva. O exemplo do Fundo de Investimento Imobiliário.....	134
2.3.1.3	Oponibilidade da fidúcia.....	136
2.3.1.3.1	Em relação aos credores pessoais do fiduciário.....	136
2.3.1.3.2	Em relação aos herdeiros do fiduciário.....	136
2.3.1.3.3	Em relação ao cônjuge do fiduciário.....	137
2.3.1.3.4	Em relação aos terceiros de má-fé.....	137
2.3.1.3.5	Em relação aos terceiros de boa-fé.....	137
2.3.1.4	Natureza dos direitos do beneficiário.....	138
2.3.2	<u>Do negócio fiduciário à fidúcia</u>	145
3	GARANTIA DAS OBRIGAÇÕES E GESTÃO PATRIMONIAL. UTILIDADE EM SE INTRODUIZIR A FIDÚCIA NO DIREITO BRASILEIRO	147
3.1	A fidúcia e o sistema de garantias	151
3.1.1	<u>Alienação fiduciária em garantia. Limitação do aproveitamento do bem objeto da garantia</u>	154
3.1.2	<u>Cessão fiduciária de direitos creditórios. Limitação do aproveitamento do bem objeto da garantia</u>	158
3.1.3	<u>Depósito em conta vinculada (<i>Escrow account</i>). Ausência de proteção quanto aos riscos de insolvência da instituição depositária</u>	159
3.2	A fidúcia e a gestão do patrimônio	160
3.2.1	<u>Fidúcia como importante instrumento ao lado da tutela e da curatela</u>	164
3.2.1.1	Gestão patrimonial com escopo de proteção dos filhos incapazes.....	164
3.2.1.2	Gestão patrimonial com escopo de proteção da própria futura incapacidade: diretivas antecipadas.....	158
3.2.2	<u>Fidúcia como importante instrumento para conferir dinamicidade à transmissão de bens. Cláusulas de incomunicabilidade, impenhorabilidade e inalienabilidade. Aproveitamento estático dos bens gravados</u>	178
3.2.3	<u>O projeto de financiamento (<i>Project Finance</i>). A fidúcia como mais um instrumento para a blindagem dos riscos e a continuidade da gestão</u>	188
	CONCLUSÃO. NOVAS ESTRUTURAS PARA NOVAS FUNÇÕES	193
	REFERÊNCIAS	201

INTRODUÇÃO. VELHAS ESTRUTURAS E NOVAS FUNÇÕES

O direito encontra-se em contínua transformação, por vezes imperceptível e silenciosa. Os institutos¹ existentes, por mais que mantenham o mesmo nome e quiçá a mesma aparência exterior, vão sendo reformulados em sua essência.² O contexto e o tempo influenciam o arcabouço jurídico, paulatinamente moldado às concretas necessidades de determinada sociedade em dada época.³

Neste contínuo processo, há de se destacar, por oportuno, o papel dos indivíduos, que, à vista de suas necessidades e desejos, criam formas de regular os seus interesses, a partir do instrumental posto pelo legislador, o qual, nesse constante processo de transformação do

¹ “Per istituto giuridico si intende il complesso delle norme giuridiche relative ad un rapporto giuridico. In questo senso si designano per istituti giuridici p. es. anche la proprietà ed il possesso, così pure il matrimonio, l’obbligazione, il contratto, ecc.” (Bernardo Windscheid, *Diritto delle Pandette*, Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa (trad.), Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1902, p. 172-173). “A relação jurídica pode ser entendida num sentido abstracto e num sentido concreto. As relações concretas são as que todos os dias observamos, na vida de cada um: compras, vendas, mútuos, doações, casamentos, etc. entre determinadas pessoas. Da soma destas relações e dos seus caracteres mais constantes e comuns abstrai-se a relação típica: a propriedade, o matrimônio, a compra e venda, o mútuo, etc. Estas relações abstractas formam *figuras jurídicas, instituições* ou *institutos jurídicos*, – agrupamentos e sínteses dos fenômenos reais e que constituem os membros do organismo jurídico (...)” (Luiz da Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil*, vol. I, t. I, São Paulo: Max Limonad, 1955, p. 332).

² “Com o transcorrer das experiências históricas, institutos, conceitos, instrumentos, técnicas jurídicas, embora permaneçam nominalmente idênticos, mudam de função, de forma que, por vezes, acabam por servir a objetivos diametralmente opostos àqueles originais” (Pietro Perlingieri, *O direito civil na legalidade constitucional*, trad. Maria Cristina De Ciccio, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 141). “Embora muitos conceitos ou princípios jurídicos sejam muito mais modernos do que geralmente se supõe, é verdade que há outros que parecem existir, com o seu *valor facial* (i. e., com as mesmas palavras ou como frases), desde há muito tempo. Realmente, conceitos como pessoa, família, propriedade, roubo, homicídio, são conhecidos como construções jurídicas desde os inícios da história do direito europeu. Contudo, se avançarmos um pouco na sua interpretação, logo veremos que, por baixo da superfície da sua continuidade *terminológica*, existem rupturas decisivas no seu significado *semântico*. O significado da mesma palavra, nas suas diferentes ocorrências históricas, está intimamente ligado aos diferentes contextos, sociais ou textuais, de cada ocorrência. Ou seja, é eminentemente *relacional* ou *local*. Os conceitos interagem em campos semânticos diferentemente estruturados, recebem influências e conotações de outros níveis da linguagem, são diferentemente apropriados em conjunturas sociais ou em debates ideológicos. Por detrás da continuidade aparente na superfície das palavras está escondida uma descontinuidade radical na profundidade do sentido. E esta descontinuidade semântica frustra por completo essa pretensão de uma validade intemporal dos conceitos embebidos nas palavras, mesmo que estas permaneçam” (António M. Hespanha, *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*, Mira-Sintra: Publicações Europa-América, 1997, p. 18-19).

³ “Non bisogna credere, infatti, che le anomalie del negozio siano qualcosa su cui il diritto possa chiudere gli occhi, pago di: ricollegarvi come esclusiva e costante conseguenza l’invalidità. No: i negozi sono strumenti chiamati a subire il collaudo, sempre difficile, della vita pratica; ed è fatale che, a contatto con le impreviste esigenze di questa, essi escano dalla prova travisati o deformati. Dirò di più: una deformazione appare non solo ineluttabile, ma indispensabile quale momento dialettico per lo stesso svolgimento dei negozi riconosciuti dal diritto e per la formazione di nuovi tipi: altrettanto indispensabile quanto la malattia per una sana evoluzione dell’organismo fisico e del carattere: giacché anche la malattia ha la sua funzione utile nella complessa economia vitale (la ricerca della salute ad ogni costo è un pregiudizio e una forma di viltà). Ora di tale fenomeno un diritto che voglia serbarsi sensibile alle esigenze della pratica, non può assolutamente disinteressarsi” (Emilio Betti, *Consapevole Divergenza della Determinazione Causale nel Negozio Giuridico*, in *Bullettino dell’Istituto di Diritto Romano: Vittorio Scialoja*, nuova serie vol. I, vol. XLII della collezione, Roma, 1934, p. 300).

direito, acaba sendo utilizado para concretizar escopos diversos daqueles originalmente idealizados. Ocorre uma adaptação, pelos sujeitos, das estruturas existentes para o alcance de novas funções, inicialmente não albergadas nos institutos positivados.⁴ No interessante exemplo noticiado por Tullio Ascarelli, praticava-se a libertação de escravos por meio da venda à divindade.⁵

Com efeito, o direito por vezes mostra-se aquém das demandas sociais no ritmo exigido pela evolução dos fatos, o que gera um descompasso entre o instrumental oferecido e os interesses reconhecidamente dignos de proteção pelo ordenamento.⁶ Surge, diante disto, o chamado negócio indireto – de que pode ser espécie o negócio fiduciário⁷ –, em que as partes se valem de uma estrutura típica para alcançar um escopo diverso do normalmente realizado por intermédio do negócio adotado.⁸ Por tal razão, entende-se que o chamado negócio indireto pode servir ao progresso jurídico, vez que proporciona, a partir de velhas estruturas, o alcance de novas funções.⁹ Opera-se, assim, o desenvolvimento do sistema jurídico independentemente da intervenção do legislador.¹⁰

⁴ Na lição de Pietro Perlingieri: “O ordenamento jurídico não se exaure na complexidade da sua gênese legislativa e normativa; a complexidade do ordenamento é dada pelo impacto com o sistema sócio-cultural ao qual pertence, que não é aspecto factual desprovido de capacidade condicionante, mas é aspecto estrutural conformativo e adequador e, portanto, realmente conteudístico do *ius*. *Societas* é cultura, e esta vive no momento aplicativo, criativo do ordenamento do caso concreto, também mediante a cultura dos operadores do direito: juízes, advogados, tabeliães, funcionários. Deste modo a experiência enriquece a norma, a modela e a torna efetiva. Esta complexa atividade é sem fim e deve ser seguida com atenção por quem busca realmente compreender o ordenamento. Tal complexidade é a única verdadeiramente inevitável e – de modos diversos, mas necessariamente – caracteriza em qualquer tempo e lugar, ainda que com ênfases diferentes, a gênese e a dinâmica do ordenamento” (*O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 195-197).

⁵ Tullio Ascarelli, *Problema das Sociedades Anônimas e direito comparado*, São Paulo: Saraiva, 1969, p. 98.

⁶ “É pure da rilevare che un ordinamento giuridico, anche progredito, non è in grado di evolversi di pari passo con la vita; quindi anche oggi non è esclusa la possibilità che ad un determinato fine economico non corrisponda un adeguato mezzo giuridico” (Luigi Cariota-Ferrara, *I Negozi Fiduciari*, Padova: Cedam, 1933, p. 24). V. tb. Francesco Ferrara, *A simulação dos negócios jurídicos*, trad. Bossa, São Paulo: Saraiva, 1939, p. 76.

⁷ No sentido de que o negócio fiduciário traduz espécie de negócio indireto, cf. Tullio Ascarelli, *Problema das Sociedades Anônimas e direito comparado*, cit., p. 96; Custódio da Piedade Ubaldino Miranda, *Negócio jurídico indireto e negócios fiduciários*, in *Doutrinas Essenciais: obrigações e contratos*, vol. VI, Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (org.), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1273; Luigi Cariota-Ferrara, *I Negozi Fiduciari*, cit., p. 39; Francesco Ferrara, *A simulação dos negócios jurídicos*, cit., p. 116; Regis Velasco Fichtner Pereira, *A fraude à lei*, Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 63; Humberto Theodoro Júnior, *Comentários ao Código Civil*, vol. III, t. I, Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.), Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 480; Alvino Lima, *A fraude no direito civil*, São Paulo: Saraiva, 1965, p. 81; José Ignacio Gonzaga Franceschini, *Contratos inominados, mistos e negócio indireto*, in *Revista dos Tribunais*, vol. 464, 1974, p. 45; Luiz Gastão Paes de Barros Leães, *O acordo de acionistas como negócio fiduciário*, in *Pareceres*, vol. II, São Paulo: Singular, 2004, p. 1.373.

⁸ “É muito frequente encontrar, nos vários sistemas jurídicos, *negócios indiretos*; as partes recorrem a um determinado negócio jurídico, mas o escopo prático visado não é, afinal, o normalmente realizado através do negócio adotado, mas um escopo diverso, muitas vezes análogo àquele de outro negócio ou sem forma típica própria do sistema jurídico” (Tullio Ascarelli, *Problema das Sociedades Anônimas e direito comparado*, cit., p. 94).

⁹ “O direito evolve, às vezes, lenta, mas continuamente; os novos institutos não surgem de improviso, mas se destacam, às vezes, aos poucos, do tronco de velhos institutos que, sem cessar, se renovam, preenchendo as novas funções. É através dessa contínua adaptação de velhos institutos a novas funções que o direito, às vezes, se

Ao lado do chamado negócio indireto, há de se destacar, por sua especial importância, o negócio fiduciário, mediante o qual ocorre a transmissão da titularidade de uma situação jurídica subjetiva ativa ao fiduciário, para que este dela se utilize de determinada forma, com vistas a atingir os objetivos estipulados pelo fiduciante.¹¹

O titular do direito transferido fiduciariamente deve exercer os poderes inerentes à titularidade consoante o avençado com o alienante. Não se mostra o titular livre para se utilizar do direito como bem entender, eis que o titulariza não para si, mas para promover o escopo pretendido pelo alienante. Trata-se da atribuição de um poder-dever: o poder oriundo da condição de titular e o dever proveniente do pacto obrigacional assumido, pelo qual o titular deve exercer o direito que lhe foi atribuído não para si, mas para a consecução de determinado fim.

Tal ajuste pode decorrer da utilização indireta de outro negócio, como a compra e venda para fins de administração ou garantia, o que justifica sua inserção no campo do chamado negócio indireto, ou se originar de um contrato atípico,¹² que servirá de causa à transmissão da titularidade, não traduzindo, neste caso, hipótese de negócio indireto.

O chamado negócio indireto e, na sua esteira, o pacto fiduciário, se relacionam com o poder criativo da autonomia privada em idealizar novas formas de tutelar e promover seus interesses. Precisamente por isso, cuida-se de figuras marcadas por tormentosas controvérsias,

vai desenvolvendo; não raro ostentando, então, a história do seu passado, nas formas, que permanecem idênticas, a despeito da renovação das funções” (Tullio Ascarelli, *Problema das Sociedades Anônimas e direito comparado*, cit., p. 91).

¹⁰ Tullio Ascarelli, *Problema das Sociedades Anônimas e direito comparado*, cit., p. 158.

¹¹ Tullio Ascarelli, *Problema das Sociedades Anônimas e direito comparado*, cit., p. 96; Cesare Grassetti, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, vol. XXXIV, Parte I, Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1936, p. 363-364; Judith H. Martins Costa, *Os Negócios Fiduciários: Considerações sobre a Possibilidade de Acolhimento do Trust no Direito Brasileiro*, in *Revista dos Tribunais*, n. 657, 1990, p. 39; Luigi Cariota-Ferrara, *I Negozi Fiduciari*, cit., p. 1.

¹² Embora na presente tese sejam utilizadas como expressões sinônimas “contrato inominado” e “contrato atípico” (nesse sentido, v. Orlando Gomes, *Contratos*, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 119; Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso de direito civil*, vol. III, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p. 32), oportuno transcrever a advertência de José Ignácio Gonzaga Franceschini: “De fato, deve-se preferir, em nossos dias, a expressão de ‘contratos atípicos’, de procedência alemã, à de ‘contratos inominados’. Impõe-se a proposição, eis que, embora originário o instituto de fontes romanas, o conceito romano de ‘contrato inominado’, como visto acima, diverge profundamente do conceito contratualista moderno de ‘contrato atípico’. No Direito romano, buscava-se, em verdade, através de uma generalização dos contratos reais, possibilitar a tutela jurídica para determinadas relações não previstas no rígido e taxativo sistema do ‘ius civile’, sendo, então, o ‘contrato inominado’ aquele que se concluía fora dos quadros clausularmente estabelecidos. Hodiernamente, contudo, os ‘contratos atípicos’ constituem-se em expressões eloquentes de princípios obrigacionais recentes, como os da autonomia da vontade e da liberdade contratual, desconhecidos no sistema jurídico romano. Os ‘contratos atípicos’, máxime aqueles surgidos com a dinâmica empresarial contemporânea, são denominados não pela falta de apelido legal, mas sim porque carecem de uma disciplina legislativa especial, tendo, assim, uma ‘causa’ atípica, isto é, ‘a contrario sensu’, não são dotados de uma causa típica com disciplina jurídica característica e legalmente prevista em sua forma e efeitos” (*Contratos inominados, mistos e negócio indireto*, cit., p. 38).

a começar pelo poder a ser reconhecido aos sujeitos em adaptar as estruturas existentes a novas funções, bem como em criar ajustes atípicos e a eficácia que lhes deve ser atribuída.

Além disso, questiona-se a compatibilidade, especificamente do negócio fiduciário, com o tipo do direito real de propriedade, na medida em que as partes, por meio deste ajuste, estariam a criar um domínio temporário e no interesse de outrem, o que seria incompatível com o direito de propriedade. Ademais, aduz-se que a *causa fiduciae* não teria o condão de transferir o domínio, haja vista o silêncio da lei em indicar o negócio fiduciário como apto a justificar a transmissão da propriedade.¹³

Como se percebe, os negócios indireto e fiduciário são permeados de importantes dúvidas dogmáticas, que explicam seu uso cauteloso e tímido. O presente trabalho procura investigar em que medida aludidas objeções procedem e, a partir daí, verificar o papel que o negócio fiduciário – seja ou não por meio de expedientes indiretos – pode desempenhar no direito pátrio.

Para tanto, em consonância com a metodologia civil-constitucional, a valoração do ato de autonomia negocial não poderá se ater apenas aos aspectos estruturais, mas atentará para os interesses que, em concreto, o negócio pretende promover, sobre os quais deverá haver juízo de merecimento de tutela.¹⁴

A doutrina tradicional, ao enaltecer a estrutura eleita pelas partes para a consecução do escopo fiduciário – como, por exemplo, a utilização do tipo da compra e venda para a transmissão do bem com fins de gestão – acaba por ressaltar determinadas características que, a rigor, não captam a essência do fenômeno fiduciário e o fazem parecer figura mal ajustada, improvisada, que não se encaixa adequadamente no ordenamento e mesmo nos interesses perseguidos pelas partes. Essa imprecisão contribui para a confusão existente entre simulação e negócio fiduciário.

Nessa direção, indica-se como característica fundamental do negócio fiduciário a desproporção do meio utilizado (compra e venda, por exemplo) em relação ao fim pretendido (administração, por exemplo), de modo que a transmissão do domínio seria plena e ilimitada, nada obstante a finalidade pretendida demandar que a atribuição da titularidade fosse restrita e limitada.¹⁵ De outra parte, o negócio fiduciário acarretaria a possibilidade de abuso pelo

¹³ Sobre tais pontos, v. item 1.2 do capítulo 1 desta tese.

¹⁴ “O ato de autonomia negocial não é um valor em si: pode assim ser considerado, e dentro de certos limites, se e enquanto corresponder a um interesse merecedor de tutela” (Pietro Perlingieri, *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 355).

¹⁵ Cf. item 1.1.1 do capítulo 1 deste trabalho.

fiduciário, justamente em razão de a posição real transmitida não se ajustar perfeitamente ao vínculo obrigacional entabulado pelas partes.¹⁶

A função perseguida pelas partes no negócio fiduciário, qual seja, a atribuição de titularidade fiduciária, isto é, a conta de outrem ou para a persecução de um fim, acaba por ocupar papel secundário nos estudos empreendidos. Há de se verificar, entretanto, em que medida a função almejada pelas partes pressupõe a transmissão plena da titularidade, ocasião em que já seria questionável falar em desproporção entre o meio utilizado e o fim pretendido. Ademais, deve-se investigar de que maneira o propagado risco de abuso pelo fiduciário se difere do existente em outros negócios, de forma a que possa constituir, de fato, elemento caracterizador do negócio fiduciário.

Além disso, pouco se debate acerca da possibilidade de o negócio fiduciário traduzir contrato atípico que, em si mesmo, pudesse ensejar a transmissão da titularidade, sem necessidade de se recorrer a expedientes indiretos. O negócio fiduciário, no mais das vezes, é estudado apenas no bojo do negócio indireto, o que amesquinha seus efeitos e suas potencialidades. Por isso, busca-se, no presente trabalho, revisitar o negócio fiduciário como categoria autônoma, para além do chamado negócio indireto, em que se procurará identificar suas potencialidades funcionais, bem como seus limites.

Feito isso, mostra-se oportuno cotejar o negócio fiduciário com instituto emblemático que também tem como função primordial a atribuição de titularidade fiduciária, qual seja, o *trust* contido na Convenção de Haia sobre a Lei Aplicável aos *Trusts* e sobre o Reconhecimento Deles. A Convenção de Haia, que será examinada no capítulo 2 desta tese, não foi assinada pelo Brasil. De todo modo, é de extrema importância para a compreensão do *trust* pelos países da *civil law*, porquanto seu objetivo primordial consiste em traduzir os principais efeitos do *trust* em instrumentos que possam ser compreendidos e absorvidos pelos ordenamentos de tradição romano-germânica.

A comparação com o *trust* se justifica porque, embora ambos traduzam mecanismo de atribuição de titularidade fiduciária, o negócio fiduciário, tal como hoje configurado no ordenamento brasileiro, não possui a mesma flexibilidade e segurança que o *trust*. Com efeito, as dúvidas e incertezas acerca de uma possível blindagem quanto aos riscos pessoais do fiduciário (insolvência, divórcio, falecimento) não tornam especialmente atrativa a figura do negócio fiduciário.

¹⁶ Cf. item 1.1.2 do capítulo 1 desta tese.

No *trust*, por outro lado, consoante esclarece a Convenção de Haia, (i) os bens em *trust* constituem patrimônio separado, que não se confunde com o patrimônio pessoal do *trustee*; (ii) a titularidade dos bens em *trust* fica em nome do *trustee* ou de outra pessoa por conta do *trustee*; (iii) 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; (iv) os credores pessoais do *trustee* não podem executar os bens em *trust*; (v) os bens em *trust* não serão arrecadados na hipótese de insolvência ou falência do *trustee*; e (vi) os bens em *trust* não integram o patrimônio da sociedade conjugal nem o espólio do *trustee*.¹⁷

A compreensão do *trust* por países da família romano-germânica sempre foi marcada por dificuldades, haja vista a opinião, largamente difundida, de que o *trust* acarretaria a divisão da propriedade em formal e substancial, o que é incompatível com os sistemas da *civil law*.¹⁸ Diante disto e da cada vez maior imprescindibilidade de países da *civil law* lidarem com a figura do *trust*, a Convenção de Haia procurou expressar os principais efeitos do *trust* – que o tornam expediente flexível e seguro na *common law* – em instrumentos compatíveis com os ordenamentos da família romano-germânica. Como elucida a Convenção de Haia, tais efeitos podem ser alcançados por meio do expediente da separação patrimonial, examinado no capítulo 2 desta tese.

Apesar de as tentativas brasileiras de absorção dos principais efeitos do *trust* até o presente momento terem se frustrado,¹⁹ expressivo número de países da *civil law* logrou absorver as ideias centrais do *trust* por meio do que denominaram fideicomisso ou fidúcia.²⁰ Neste trabalho, privilegia-se o termo *fidúcia*, com vistas a se evitar qualquer confusão com a substituição fideicomissária prevista no âmbito do direito das sucessões.²¹

A fidúcia, nos países que a preveem, é o instrumento legal que habilita os indivíduos a, uma vez preenchidos determinados pressupostos, atribuírem titularidade fiduciária conjugada com a constituição de patrimônios separados.²² Não se trata mais de vínculo obrigacional que impinge sobre o fiduciário, mas de autorização legal a afetar objetivamente certos bens, que

¹⁷ Cf. arts. 2º e 11 da Convenção de Haia.

¹⁸ V. item 2.3.1.4 do capítulo 2.

¹⁹ Acerca das tentativas de aclimação do *trust* ao direito brasileiro, vale destacar o Projeto de Lei nº. 3.362, de 1957, que buscava instituir o Fideicomisso *inter vivos*; o Projeto de Código das Obrigações, de 1965, que previu o Contrato de Fidúcia; o Anteprojeto de Código Civil (Orlando Gomes, 1963), que previu a possibilidade de separação patrimonial, o que foi mantido pelo Anteprojeto revisto de 1964; o Projeto de Lei nº. 4.809/1998, que também buscou introduzir o Contrato de Fidúcia.

²⁰ Sobre o ponto, v. item 2.1.5 do capítulo 2. A França incorporou os principais efeitos do *trust* por meio de instituto que denominou Fidúcia e a Argentina o fez por intermédio de negócio que apelidou fideicomisso.

²¹ V., sobre a distinção entre fidúcia e substituição fideicomissária, item 3.2.2 do capítulo 3 da presente tese.

²² V. capítulo 2 da presente tese.

se destacam do patrimônio do fiduciário, ficando integralmente vocacionados a promover o fim a que se dirigem.

A título ilustrativo, o bem titularizado fiduciariamente não vai integrar a herança para, aí então, se discutir acerca de como os herdeiros devem agir. O bem simplesmente fica separado do patrimônio do fiduciário, de sorte que mesmo com o falecimento deste a gestão do bem não sofre qualquer solução de continuidade. O mesmo ocorre com a dissolução da sociedade conjugal.

O legislador pátrio tem cada vez mais criado específicas hipóteses de titularidade fiduciária conjugada com a técnica da separação patrimonial, em eloquente processo histórico de incorporação paulatina dos principais efeitos do *trust* referido na Convenção de Haia. Cabe destacar, a título ilustrativo, o fundo de investimento imobiliário, regulado pela Lei nº. 8.668, de 25 de junho de 1993; a incorporação imobiliária, após as alterações introduzidas pela Lei nº. 10.931, de 2 de agosto de 2004 e a securitização de créditos imobiliários, prevista pela Lei nº. 9.514, de 20 de novembro de 1997.

A utilidade de se incorporar no Brasil a fidúcia – isto é, o negócio fiduciário agregado ao expediente da separação patrimonial – explica-se pela conveniência de se proceder a uma sistematização da utilização conjunta dos expedientes do patrimônio separado e da titularidade fiduciária, que já ocorre localizadamente, bem como em se criar mecanismo que, por sua incrível versatilidade,²³ seja apto à realização de inúmeras funções na ordem jurídica pátria, de modo a otimizar a tutela de interesses valorados positivamente, como se examina no capítulo 3.

Se é verdade que o legislador se utiliza da técnica da titularidade fiduciária e da separação patrimonial toda vez que julga necessário, por outro lado também é verdade que nem sempre o legislador identifica as demandas sociais no devido tempo. E existem interesses merecedores de tutela que apenas podem ser efetiva e adequadamente tutelados por meio da conjugação das técnicas da separação patrimonial e da titularidade fiduciária.

Portanto, almeja-se, com a tese, individuar o papel do negócio fiduciário no direito brasileiro e as funções que pode desempenhar, bem como demonstrar a necessidade de incorporação de uma disciplina geral da fidúcia, já presente episodicamente no ordenamento pátrio em atividades estratégicas.

²³ “Si l’on se demande à quoi sert le trust, on peut presque répondre: ‘à tout’!” (Pierre Lepaulle, *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1932, p. 12).

Para tanto, dividiu-se a tese em três capítulos. No primeiro capítulo examinam-se (i) a admissibilidade do negócio fiduciário no direito brasileiro; (ii) a disciplina jurídica que lhe é aplicável; (iii) os seus efeitos em relação aos herdeiros, cônjuge e credores do fiduciário, bem como aos terceiros de boa e má-fé; (iv) a possibilidade de utilização da propriedade resolúvel aos negócios fiduciários, bem como da aposição das cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade; e (v) as potencialidades funcionais e limites do negócio fiduciário no direito brasileiro.

No segundo capítulo analisam-se (i) a disciplina jurídica do *trust* aludido na Convenção de Haia; (ii) o conceito e o regime jurídico do patrimônio separado; (iii) as hipóteses de adoção, pelo legislador pátrio, da técnica da separação patrimonial conjugada com a da titularidade fiduciária; (iv) a incorporação do negócio de fidúcia como expediente apto a possibilitar a criação, pelos indivíduos, de titularidade fiduciária e patrimônio separado.

Por fim, no último capítulo, verifica-se a importância da introdução do negócio de fidúcia no direito brasileiro, como forma de dotar a autonomia privada, ao lado do negócio fiduciário, de instrumento de flexibilidade ímpar, com aptidão para a realização de inúmeras funções existenciais e patrimoniais.

1 NEGÓCIO FIDUCIÁRIO

Consoante difundido entendimento, por meio do negócio fiduciário as partes se valem de um tipo existente (como a compra e venda) para a persecução de finalidade que não corresponde àquela do negócio eleito (como administração ou garantia). Inúmeras controvérsias dogmáticas relativas ao negócio fiduciário vinculam-se à maneira de concebê-lo exclusivamente a partir dessa configuração, isto é, como modalidade de atuação indireta. Entretanto, o negócio fiduciário também pode ser celebrado pelas partes diretamente mediante contrato atípico, que servirá de causa à transmissão da titularidade.

Dessa forma, o negócio fiduciário pode traduzir negócio indireto, quando as partes se valem de um expediente típico para alcançar finalidade diversa daquela do tipo eleito,²⁴ ou ser consubstanciado de maneira direta em negócio atípico de transmissão da titularidade para fins fiduciários.

Provavelmente em virtude da configuração romana do negócio fiduciário,²⁵ a hipótese de utilização indireta de tipos contratuais para o alcance de finalidades fiduciárias é a que

²⁴ Acerca da função do chamado negócio indireto, oportuno transcrever os ensinamentos de autorizada doutrina: “I negozi indiretti o rispondono ad uno scopo ultimo atipico o perseguono per via indiretta semplicemente lo scopo di un diverso negozio tipico” (Domenico Rubino, *Il negozio giuridico indiretto*, Milano: Giuffrè, 1937, p. 49). “Si parla di contratto indiretto quando un determinato contratto viene utilizzato dalle parti per realizzare non la funzione che corrisponde alla sua causa, ma: a) la funzione corrispondente alla causa di un diverso contratto, oppure b) uno scopo non realizzabile mediante alcun contratto” (Francesco Galgano, *Il negozio giuridico*, in *Trattato di Diritto Civile e Commerciale* (già diretto da Antonio Cicu, Francesco Messineo, Luigi Mengoni, continuato da Piero Schlesinger), Milano: Giuffrè, 2002, p. 493). “É muito frequente encontrar, nos vários sistemas jurídicos, *negócios indiretos*; as partes recorrem a um determinado negócio jurídico, mas o escopo prático visado não é, afinal, o normalmente realizado através do negócio adotado, mas um escopo diverso, muitas vezes análogo àquele de outro negócio ou sem forma típica própria no sistema jurídico. Há, pois, um negócio indireto, quando as partes recorrem, no caso concreto, a um negócio determinado para alcançar, consciente e consensualmente, por seu intermédio, finalidades diversas das que, em princípio, lhe são típicas. Mas a adoção de determinado negócio, para escopos indiretos, não é feita por acaso: tem explicação no intuito de se sujeitarem as partes não somente à forma, mas também à disciplina do negócio adotado. Esta se estende, assim, a hipóteses para as quais não fôra estabelecida, a princípio. O velho negócio, através desse uso indireto, preenche novas funções, responde a novos objetivos” (Tullio Ascarelli, *Problema das Sociedades Anônimas e direito comparado*, cit., p. 94). V. tb. Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos Atípicos*, Coimbra: Almedina, 2009, p. 248-249; José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil: teoria geral*, vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 306; Nelson Nery Junior, *Alienação do poder de controle em sociedades limitadas como compra e venda mercantil. Compra e venda entre ascendentes e descendentes. Nulidade e anulabilidade. Negócios indiretos, simulação e fraude à lei. Semelhanças e distinções entre as figuras. Negócios jurídicos com interpostas pessoas. Prescrição e decadência. Sua função e inexistência no caso concreto. Ações declaratórias, condenatórias e constitutivas e os critérios de determinação de sua extinção pelo decurso de prazo*, in *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 10, n. 37, 2009, p. 288-289.

²⁵ Acerca das origens romanas do negócio fiduciário, confirmam-se José Carlos Moreira Alves, *Da alienação fiduciária em garantia*, Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 18 e Giuseppe Messina, *Scritti Giuridici*, vol. I, *Negozi Fiduciari*, Milano: Giuffrè, 1948, p. 106 e ss.

normalmente recebe a dedicação e o estudo da doutrina,²⁶ que pouco tem se debruçado sobre a segunda possibilidade de verificação de negócio fiduciário, qual seja, diretamente mediante um contrato atípico. Neste segundo caso, como já aludido, o contrato atípico fiduciário serve de causa à transmissão do domínio ou do crédito, sem que se recorra a um negócio típico para justificar a transferência de titularidade.

Tormentosas questões dogmáticas envolvem o chamado negócio indireto, sendo importante destacar a contenda relativa à sua existência como categoria autônoma.²⁷ Argui-se que *tertiur non datur*: ou bem a finalidade indireta perseguida pelas partes não desnatura o tipo eleito, de sorte que o negócio entablado permanece típico, ou bem a aludida finalidade altera substancialmente a causa contratual e, neste caso, não mais se teria o contrato típico, mas um ajuste atípico.²⁸

²⁶ Muitos doutrinadores estudam o negócio fiduciário apenas no âmbito do negócio indireto, entendendo que aquele traduz invariavelmente espécie deste. Neste sentido, é ver-se: “Aprofundando o exame, reconheceremos poder incluir, na categoria dos indiretos, também os negócios fiduciários, tão comuns em todos os direitos e frequentes, também, nos sistemas jurídicos mais modernos. Também o negócio fiduciário constitui um negócio indireto: o fim realmente visado pelas partes, com efeito, não corresponde ao fim típico do negócio adotado: o negócio é querido e seriamente querido pelas partes, mas para fim diverso do seu fim típico” (Tullio Ascarelli, *Problema das Sociedades Anônimas e direito comparado*, cit., p. 96). “Os negócios fiduciários são, no entendimento da doutrina dominante, uma espécie de negócios indiretos. Também neles o fim prosseguido pelas partes não é típico do negócio adotado e este é querido seriamente com todas as consequências jurídicas que lhe são próprias” (Custódio da Piedade Ubaldino Miranda, *Negócio jurídico indireto e negócios fiduciários*, cit., p. 1273). “O negócio fiduciário constitui uma das modalidades do negócio indireto, cuja característica reside na circunstância de se transmitir uma propriedade, cujo efeito real fica em parte neutralizado por uma convenção entre as partes, em virtude da qual o adquirente (fiduciário), pode aproveitar-se da coisa adquirida exclusivamente para o escopo almejado pelas partes; entretanto, é obrigado a restituí-la, desde que aquele escopo seja realizado” (Alvino Lima, *A fraude no direito civil*, cit., p. 81). “O negócio fiduciário é uma modalidade do negócio indirecto” (José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil: teoria geral*, vol. III, cit., p. 308). Cf. tb. Luigi Cariota-Ferrara, *I Negozi Fiduciari*, cit., p. 39; Francesco Ferrara, *A simulação dos negócios jurídicos*, cit., p. 116; Regis Velasco Fichtner Pereira, *A fraude à lei*, cit., p. 63; Humberto Theodoro Júnior, *Comentários ao Código Civil*, vol. III, t. I, cit., p. 480; Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol. III, Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 368-369.

²⁷ “Mi sembra dunque debba aderirsi alla conclusione che l’impiego indiretto del negozio causale non può dar luogo ad una categoria giuridica. Il che non toglie per altro l’importanza del fenomeno in sé, e della sua illustrazione, particolarmente per nettamente delimitare il campo della simulazione, ed escludere dall’ipotesi della simulazione tutti quei casi in cui il negozio è voluto dalle parte per uno scopo ulteriore e diverso da quello assunto come tipico dal legislatore” (Alessandro Graziani, *Negozi Indiretti e Negozi Fiduciari*, in *Rivista del Diritto Commerciale*, vol. XXXI, parte prima, 1933, p. 418). V. tb. José Carlos Moreira Alves, *A retrovenda*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 8.

²⁸ “Di una funzione strumentale del negozio si può parlare solo a patto di riconoscere che, nel nostro ordinamento giuridico, ogni negozio deve ricondursi ad una causa tipica o a combinazioni di esse. Ma se invece si respinge quel presupposto, e si ammette che l’art. 1103 cod. civ. importa riconoscimento generico di negozi atipici *stricto sensu*, la tesi di una funzione strumentale del negozio giuridico appare mero artificio: o il negozio appartiene al tipo che risulta dalla dichiarazione, o appartiene a un tipo diverso, o finalmente si tratta di negozio atipico o innominato: queste tre ipotesi esauriscono ogni possibilità” (Cesare Grassetti, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, cit., p. 359). “Nell’esame della qualifica giuridica dei negozi indiretti si prospettano a prima vista due soluzioni generalissime: o si tratta di un contratto innominato e, in particolare, di un contratto misto, o si tratta di un negozio tipico” (Domenico Rubino, *Il negozio giuridico indiretto*, cit., p. 45). E prosegue: “Prescindendo qui dai contratti misti, l’elemento di fatto dei negozi atipici può prospettare due diverse situazioni, che poi rispondono alle due forme di lacune: a) contratti nominati, cui sia aggiunto un elemento non previsto in altra sede dalla legge, che abbia una influenza decisiva sul tipo, alterandolo

Sem embargo dessa importantíssima discussão, mostra-se oportuno, com vistas a se elucidarem as controvérsias relativas ao negócio fiduciário, que se diferenciem as mencionadas hipóteses, quais sejam: (i) as partes decidem se utilizar de um tipo preestabelecido pelo legislador, submetendo-se à disciplina geral deste, embora persigam, a rigor, finalidade que não é própria do tipo eleito; e (ii) as partes resolvem fazer um contrato com regras próprias, sem recorrer à normativa de um tipo já preestabelecido.

Independentemente de na primeira hipótese já se poder estar diante de um contrato atípico,²⁹ fato é que esta atipicidade não é aparente para terceiros e por isso há importantes diferenças no tratamento jurídico, consoante se verificará oportunamente.³⁰

A diferenciação dessas duas hipóteses permite identificar discussões e caracteres que, a rigor, se aplicam às utilizações indiretas de tipos de maneira geral, não sendo próprias do negócio fiduciário e, por isso, não servindo a caracterizá-lo. A partir daí, mostra-se possível verificar a essência do ajuste fiduciário, que estará presente seja na modalidade direta de contrato atípico, seja quando as partes se utilizarem de tipo preexistente para o alcance de finalidade fiduciária.

1.1 Características. Desproporção do meio em relação ao fim. Possibilidade de abuso. Análise crítica. Nota característica do negócio fiduciário: titularidade à conta de outrem ou para a realização de um fim

in modo da far sorgere un contratto nuovo; b) contratti che presentano un contenuto assolutamente originale, così da non potersi considerare come deviazione di alcun contratto tipico” (Domenico Rubino, *Il negozio giuridico indiretto*, cit., p. 47). “(...) em épocas em que predominava o formalismo negocial e o princípio da tipicidade dos negócios, no sentido de tipos ou modelos expressamente previstos pelo legislador e que se impunham às partes, nada mais natural do que estas terem de recorrer às formas preestabelecidas para alcançarem escopos práticos que refugiam dos efeitos normais do negócio. Os princípios de liberdade da forma e da autonomia da vontade, dominantes no direito moderno, têm levado determinados escritores a questionarem, senão a própria existência prática da figura do negócio indireto, pelo menos a sua autonomia dogmática, salvo a hipótese de fraude” (Custódio da Piedade Ubaldino Miranda, *Negócio jurídico indireto e negócios fiduciários*, cit., p. 1265). Cf., ainda, Alessandro Graziani, *Negozi Indiretti e Negozi Fiduciari*, cit., p. 417; Francesco Santoro-Passarelli, *Interposizione di persona, negozio indiretto e successione della prole adulterina*, in *Il Foro Italiano: raccolta generale di giurisprudenza*, vol. LVI, 1931, p. 177.

²⁹ “Os contratos atípicos formam-se de elementos originais ou resultam da fusão de elementos próprios de outros contratos. Dividem-se em *contratos atípicos propriamente ditos* e *mistos*. Ordenados a atender interesses não disciplinados especificamente na lei, os contratos atípicos caracterizam-se pela originalidade, constituindo-se, não raro, pela modificação de elemento característico de contrato típico, sob forma que o desfigura, dando lugar a um tipo novo. Outras vezes, pela eliminação de elementos secundários de um contrato típico. Por fim, interesses novos, oriundos da crescente complexidade da vida econômica, reclamam disciplina uniforme que as próprias partes estabelecem livremente, sem terem padrão para observar” (Orlando Gomes, *Contratos*, cit., p. 120-121). “O contrato fiduciário pode ser descrito como um contrato atípico, construído geralmente por referência a um tipo contratual conhecido susceptível de ser adaptado a uma finalidade diferente da sua própria, através de uma convenção obrigacional de adaptação. Constitui um único negócio e não uma dualidade negocial” (Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos Atípicos*, cit., p. 262).

³⁰ V. item 1.4.5 deste capítulo.

As tradicionais características atribuídas ao negócio fiduciário decorrem da noticiada ausência de instrumento legal que limite a titularidade do fiduciário, de maneira que seus poderes corresponderem ao estritamente necessário para o alcance do escopo fiduciário. Daí a propagada desproporção do meio em relação ao fim, bem como a possibilidade de abuso.

Entretanto, conforme se observará nos próximos itens, a disciplina aplicável ao ajuste fiduciário, da qual são extraídas aludidas características, relaciona-se não a especificidades ínsitas ao negócio fiduciário, mas ao papel atribuído à autonomia privada na criação de vínculos obrigacionais em geral, bem como à eficácia que tais ajustes têm entre as partes e perante terceiros. Esses fatores são objeto de constantes alterações contextuais e temporais, influenciando um sem número de ajustes e não apenas o negócio fiduciário.

Qualificar um negócio à luz dos expedientes legais relativos à sua coercibilidade – i. e., sob o paradigma do momento patológico – acaba por descurar da essência do próprio ajuste – i. e., de sua configuração fisiológica –, que se encontra presente ainda que o legislador progressivamente amplie sua eficácia, mesmo perante terceiros.³¹ Com efeito, a compra e venda permanece compra e venda se as partes tiverem apenas direito a perdas e danos ou se puderem contar com execução específica. No caso da promessa de compra e venda, sua causa³² permanece a mesma nada obstante o ordenamento possa lhe atribuir o *status* de direito real, como fez o Código Civil atual nos arts. 1.417 e 1.418. Da mesma forma, a locação registrada e com cláusula de vigência não deixa de ser locação em virtude de lhe ter sido conferida eficácia perante terceiros.

Por isso, nos próximos itens se buscará identificar o elemento que se apresenta de maneira constante no negócio fiduciário, a despeito de suas possíveis e variadas configurações e mesmo que o legislador eventualmente altere a tutela que lhe é conferida, de modo a se determinar o componente funcional capaz de qualificá-lo e, a partir daí, individuar a disciplina jurídica que lhe é pertinente.

³¹ Sobre o equívoco de se qualificar determinada situação à luz do momento patológico em detrimento do fisiológico, cf. Francesco Donato Busnelli, *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano: Giuffrè, 1964, p. 23; Adolfo Di Majo, *Delle obbligazione in generale*, libro IV, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di Francesco Galgano, Bologna: Nicola Zanichelli Editore, 1988, p. 103; Pablo Rentería, *Obrigações de meios e de resultado: análise crítica*, São Paulo: Método, 2011, p. 58.

³² Sobre a importância da causa para a qualificação do contrato, v. Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza, Maria Celina Bodin de Moraes *et al.*, *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 12-13; Gustavo Tepedino, *Questões controvertidas sobre o contrato de corretagem*, in *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 149; Maria Celina Bodin de Moraes, *O procedimento de qualificação dos contratos e a dupla configuração do mútuo no direito civil brasileiro*, in *Revista Forense*, vol. 309, p. 33 e ss.; Carlos Nelson Konder, *Causa do contrato x Função social do contrato: estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial*, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 43, Rio de Janeiro: Padma, 2010, p. 33-75.

1.1.1 Desproporção do meio em relação ao fim. Análise crítica. Necessidade da transmissão da titularidade para o alcance da finalidade pretendida pelas partes

Por meio do negócio fiduciário – seja através de expediente indireto, seja diretamente por contrato atípico – ocorre a transmissão da titularidade de uma situação jurídica subjetiva ativa ao fiduciário, para que ele dela se utilize de determinada forma, com vistas a atingir os objetivos estipulados pelo fiduciante. O fiduciário assume a obrigação de exercer o direito adquirido de determinada maneira e, ao fim de certo tempo ou mediante o implemento de uma condição, transferir aludido direito ao alienante ou a terceiro por ele indicado.³³

Autorizada doutrina entende que não há homogeneidade entre o direito (real)³⁴ atribuído e o dever (pessoal) assumido, o que traduziria uma incongruência entre a finalidade econômica pretendida pelas partes e o expediente jurídico utilizado.³⁵ Aduz-se a uma desproporção entre o meio empregado e o fim perseguido,³⁶ que decorreria da transmissão da

³³ V. Tullio Ascarelli, *Problema das Sociedades Anônimas e direito comparado*, cit., p. 96; Cesare Grassetti, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, cit., p. 363-364; Judith H. Martins Costa, *Os Negócios Fiduciários: Considerações sobre a Possibilidade de Acolhimento do Trust no Direito Brasileiro*, in *Revista dos Tribunais*, nº 657, 1990, p. 39; Luigi Cariota-Ferrara, *I Negozi Fiduciari*, cit., p. 1; Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol. III, cit., p. 368; Melhim Namem Chalhoub, *Negócio Fiduciário*, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 32; Manuel A. Domingues de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, Coimbra: Almedina, 1983, p. 175; Francisco Paulo De Crescenzo Marino, *Notas sobre o negócio jurídico fiduciário*, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 20, Rio de Janeiro: Padma, 2004, p. 39.

³⁴ “Si noti, infine, che di lato reale e di lato obbligatorio si parla anche quando oggetto del negozio fiduciario sia un diritto di credito, o, per il diritto inglese, anche un *equitable interest*. È infatti ormai pacifico che se non è possibile parlare di proprietà di un credito, è però perfettamente corretto parlare di titolarità di esso, e questa titolarità appunto, termine con cui si esprime in senso lato la pertinenza esclusiva di un diritto ad un subbietto, può benissimo essere concepita e fare praticamente le funzioni di quel lato reale cui la clausola obbligatoria si appoggia” (Remo Franceschelli, *Il ‘Trust’ nel diritto inglese*, Padova: Cedam, 1935, p. 15-16).

³⁵ “A questa contrapposizione tra mezzo e scopo corrisponde esattamente una contrapposizione fra il lato reale ed il lato obbligatorio del negozio. Fra i due lati è soltanto un’influenza mediata e riflessa: a causa della diversità di natura dell’elemento reale e dell’obbligatorio, e, soprattutto, per la maggiore vigoria del primo, questo è in una posizione di prevalenza sull’altro, ed esplica imperturbato la sua efficacia. Il negozio reale è voluto in tutti i suoi effetti; e quindi dà luogo al suo risultato normale, come qualunque altro che non abbia lo scopo fiduciario. Il fiduciario acquista, in virtù di esso, la proprietà *piena e irrevocabile* della cosa o del credito. Diventa proprietario, creditore; come tale non può perdere il diritto acquistato se non in base ad un suo atto di disposizione. Il bene esce dal patrimonio *giuridico* del fiduciante, il quale acquista un diritto *personale* alla restituzione, o alla ulteriore trasmissione, o alla consegna dell’equivalente (danaro riscosso dal debitore ceduto)” (Luigi Cariota-Ferrara, *I Negozi Fiduciari*, cit., p. 25-26). “Quere-se um negócio, mas com fins econômicos que não são homogêneos com as consequências jurídicas do próprio negócio” (Francesco Ferrara, *A simulação dos negócios jurídicos*, cit., p. 79). No Brasil, cf. Antonio Junqueira de Azevedo, *Negócio Fiduciário. Frustração da fidúcia pela alienação indevida do bem transmitido. Oponibilidade ao terceiro adquirente dos efeitos da fidúcia germânica e de procuração em causa própria outorgada ao fiduciante*, in *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 110-111.

³⁶ “Existe, pois, uma contradição entre o fim e o meio empregado: usa-se um meio mais forte para obter um resultado mais fraco, emprega-se uma forma jurídica mais importante, para obter um efeito menor. E eis a essência do negócio fiduciário. É um negócio que *vai mais além* da finalidade das partes, que *supera* a intenção prática, que *tem mais* consequências jurídicas do que as que seriam necessárias para se alcançar o fim em vista” (Francesco Ferrara, *A simulação dos negócios jurídicos*, cit., p. 78). V. tb. Orlando Gomes, *Introdução ao*

titularidade para um escopo menor,³⁷ normalmente de gestão ou de garantia, o qual vincularia o fiduciário apenas pessoalmente, isto é, mediante vínculo obrigacional, sem que a situação proprietária fosse, ela própria, alterada para se adequar à finalidade perseguida.

Entretanto, esse modo de perceber o negócio fiduciário não apreende a essência do ajuste. Em primeiro lugar, a invocada desproporção do meio em relação ao fim traduz noção nebulosa, pois pretende confrontar os diversos instrumentos jurídicos e sua aptidão para alcançar determinadas finalidades por meio de exame quantitativo, em que se analisam o excesso, a falta ou a perfeita adequação da tutela com o escopo pretendido pelas partes.³⁸

Direito Civil, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 348-349 e Manuel A. Domingues de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, cit., p. 175-176.

³⁷ “Desta análise deduz-se que o negócio fiduciário provoca um efeito jurídico mais amplo para conseguir um fim econômico mais restrito. Transfere-se o domínio para obter o fim limitado da garantia. Cede-se o crédito para obter o fim do recebimento” (Francesco Ferrara, *A simulação dos negócios jurídicos*, cit., p. 78).

³⁸ Vale transcrever, nesse passo, a análise crítica de Salvatore Pugliatti: “(...) il mezzo adoperato è più esteso (di quello che normalmente si dovrebbe adoperare per il conseguimento) dello scopo prefisso. Ma le oscurità di sostanza non si eliminano. E infatti, resterebbe da chiarire, anzitutto, se e come si possa fare un raffronto dei vari mezzi giuridici, sotto il profilo (puramente quantitativo) della loro estensione; e in che modo tale estensione potrebbe misurarsi, perché si rendesse possibile la comparazione. Quindi si dovrebbe precisare e chiarire la conseguenza della diversa estensione dei mezzi sugli scopi. Discorsi astratti e privi di riferimento concreto alla realtà giuridica, la quale presente schemi difficilmente raffrontabili, almeno allo stato attuale della scienza giuridica, unicamente sotto un profilo quantitativo. (...). Analoghe conclusioni possono farsi valere in relazione ad un'altra formula la quale, sotto diverso angolo visuale, allude a rapporti quantitativi. L'inomogeneità o incongruenza, infatti, viene profilata da alcuni scrittori, come differenza di *intensità*, anziché di *estensione*: differenza, si direbbe, di natura dinamica, anziché geometrica, ma sempre di carattere quantitativo. Si parla, infatti, di attribuzione al fiduciario di un diritto o potere o posizione *più forte*, mentre un diritto o potere o posizione *più debole* sarebbe normalmente sufficiente per il conseguimento dello scopo pratico, se non si volessero ottenere altri risultati collaterali o secondari. Si tratta di una caratterizzazione approssimativa e metaforica. Se volesse, infatti, aver la pretesa di criterio scientifico, non sarebbe facilmente comprensibile, perché non si saprebbe in base a quale unità di misura determinare il grado di forza o debolezza di un diritto, di un potere o di una posizione rispetto ad un'altra entità della medesima natura” (*Fiducia e Rappresentanza Indiretta*, in *Diritto Civile: metodo, teoria, pratica*, Milano: Giuffrè, 1951, p. 232-233). E remata: “Se, dunque, il mezzo prescelto (l'atto di alienazione) si considera in relazione al risultato finale a cui le parti tendono, esso produce un *minus* di effetti (non già un *plus*), perché dà luogo unicamente all'acquisto transitorio, e non alla realizzazione dello scopo ulteriore per il conseguimento del quale l'acquisto medesimo è stato effettuato. Soltanto se si considera in relazione agli effetti che dovrebbe produrre, e normalmente produce, come atto definitivo di acquisto del diritto in oggetto, si può dire che, entro lo schema della fiducia, la degradazione da momento finale (e definitivo) a momento strumentale (e transitorio), rende l'atto produttivo di un *minus* di effetti. Tale riduzione di efficacia si opera in duplice senso: da un lato, ciò che era destinato a durare indefinitamente nel tempo, acquista carattere transitorio; dall'altro, la titolarità non è incondizionata, perché il titolare deve attuare la destinazione specifica in che consiste il risultato finale a cui le parti mirano. Dunque, anche sotto questo aspetto, si deve parlare di una efficacia ridotta del mezzo prescelto, rispetto a quella di cui esse sarebbe normalmente capace. Se è consentito valersi di una immagine, e continuare ad adottare profili e punti di vista quantitativi, possiamo dire che il mezzo giuridico prescelto produce tutti i suoi effetti: soltanto che quelli normali vengono ridotti, perché in base ad essi possano, in via di compensazione, prodursi altri effetti, in conformità al risultato che le parti mirano a perseguire. Insomma, gli effetti normali del mezzo (o negozio) giuridico si diluiscono, così che il mezzo medesimo non solo consegue il risultato normale, ma attraverso questo, degradato a sua volta a mezzo, un risultato ulteriore. Poste tali premesse, che ci lusinghiamo siano chiarificatrici, si può forse accettare la rettifica alla tesi comune, secondo la quale la pretesa inomogeneità è da intendere in modo diverso da quello comunemente profilato, in un modo cioè che sia ‘caratterizzato dalla circostanza che attraverso il negozio risultante dalla dichiarazione le parti mirano al raggiungimento di un scopo pratico che non è quello tipico del negozio medesimo’” (Salvatore Pugliatti, *Fiducia e Rappresentanza Indiretta*, cit., p. 234-235).

Além disso, tal entendimento parte da premissa de que haveria uma forma jurídica perfeitamente amoldada para os interesses em concreto perseguidos, de maneira que o negócio fiduciário se caracterizaria pela utilização de modelo jurídico para finalidade menor, que poderia ser alcançada por intermédio de outro expediente, específica e quantitativamente ajustado para ela.³⁹

Todavia, a atribuição plena da propriedade, longe de se mostrar excessiva, afigura-se o mecanismo apropriado para garantir ao fiduciário ampla atuação, que não seria alcançada a partir de outros instrumentos, como o mandato.⁴⁰ Com efeito, a transferência da titularidade

³⁹ Veja-se a advertência de Cesare Grassetti: “Si vuole dire che il contratto obbligatorio adempie, nel negozio fiduciario, a questa unica funzione: e cioè di fungere da limite, da correttivo, al contratto reale, così da ridurlo, per quanto possibile, e pur solo con un vincolo personale e non reale, alla misura dello scopo. Questa formula disconosce, ad un tempo, l’unità del negozio e la sua natura causale: dovrebbe pertanto essere oggetto di una dimostrazione ben più larga di quanto non sia. A mio avviso essa si basa sul preconetto, innanzi respinto, che il potere giuridico concesso al fiduciario sia più ampio di quanto sarebbe necessario per l’intento pratico richiesto dalla fattispecie singola, e perciò tale che propriamente le parti non lo vorrebbero. Se mai, si dovrebbe dire che sono gli effetti obbligatori che limitano, con un vincolo di natura personale, gli effetti reali del medesimo negozio. Ma – e questo occorre rilevare – non è il rapporto di misura che interessa il tema, perché non è vero che tra i due lati del negozio, il lato reale ed il lato obbligatorio, vi sia soltanto un’influenza mediata e riflessa; ciò che interessa è proprio il rapporto strutturale che intercede tra effetto obbligatorio ed effetto reale del negozio, e l’asserita identificazione del negozio fiduciario col negozio astratto trascura appunto questo rapporto strutturale e pertanto nega l’unità del negozio senza averne dato una dimostrazione adeguata” (*Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, cit., p. 368-369. Cf. tb. p. 352-354 e p. 362). V. ainda Giuseppe Messina, *Scritti Giuridici*, vol. I, *Negozi Fiduciari*, cit., p. 35.

⁴⁰ Na medida em que o contrato de mandato (v. arts. 653 e ss do Código Civil) não despe o mandante da condição de dono do negócio, devendo o mandatário agir em seu nome e por sua conta, segundo as instruções que receber do mandante, o legislador estabelece uma série de formalidades e condições a serem observadas para a atuação do mandatário. Tais características podem dificultar a gestão patrimonial pretendida em concreto, a justificar o recurso ao negócio fiduciário. Veja-se, ao propósito, o seguinte exemplo trazido por Cesare Grassetti: “Tizio, prodigo, ha un patrimonio oberato di debiti e tuttavia largamente capace di soddisfare i creditori, qualora sia posto sotto una saggia amministrazione di cui egli è tuttavia incapace. Il fratello Caio è disposto ad assistere la situazione finanziaria di Tizio, ma un mandato è insufficiente allo scopo, sia perché occorre a Caio avere mani libere, sia soprattutto perché Tizio, qualora rimanesse titolare di dati immobili, potrebbe ancora trovare credito, e contrarre nuovi e forse più disastrosi impegni. Tizio acconsente a trasferire a Caio i propri beni, e Caio gli restituirà l’eccedenza attiva, dopo aver sistemato la situazione patrimoniale” (*Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, cit., p. 349-350). Ainda em suas palavras: “Ma il vero si è invece, a mio avviso, che nella *fiducia cum amico* un mandato potrebbe essere insufficiente allo scopo, come appare chiarissimo anche nella seconda delle ipotesi sopra delineate. Conferendo a Caio un mandato ad amministrare, Tizio può pur sempre disporre dei beni di cui mantiene la proprietà, ed è invece alla privazione di questo potere di disposizione che mirano le parti, stante la facilità con cui Tizio si lascia circumvenire dai propri creditori. Onde il trasferimento dei beni a Caio, lungi dall’essere un provvedimento che pone Caio in una posizione giuridica più forte di quanto basterebbe pel raggiungimento dello scopo, è l’unico sufficiente al raggiungimento dello scopo medesimo, e ciò apparirà ancor più evidente se supponiamo che le parti, anziché convenire la restituzione dei beni da parte di Caio a Tizio dopo esaurito lo scopo, convengano che Caio passerà a Tizio una somma annuale che corrisponda al reddito integrale del residuo attivo e, alla morte di Tizio, rimetterà i beni all’erede di Tizio stesso. Questo esempio, che non è altro che una delle numerosissime applicazioni dell’istituto anglosassone del *trust*, può giovare a chiarire la funzione economica e sociale del negozio fiduciario, che consiste in una attribuzione di titolarità piena a nome proprio, ma nell’interesse altrui, e che però, in tanto può dirsi fondata su un negozio fiduciario, in quanto l’ordinamento giuridico non tuteli *erga omnes* la posizione del fiduciante o del beneficiario, ma dal leale comportamento del fiduciario, e non dai rigorosi mezzi di coazione giuridica, si attenda la perfetta realizzazione degli intenti pratici avuti di mira” (Cesare Grassetti, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, cit., p. 352-353). V. tb. Tullio Ascarelli, *Problema das Sociedades Anônimas e direito comparado*, cit., p. 97 e François Barrière, *La réception du trust au travers de la fiducia*, Litec, Groupe Lexis Nexis, 2004, p. 393-394.

permite que o fiduciário tenha extensa margem de atuação para as mais diversas situações, independentemente de específica outorga de poderes. A transmissão do direito é o meio de que se vale o alienante para atingir fins que não seriam obtidos da mesma forma com outros institutos. A alienação é essencial para a realização da finalidade pretendida; ela não é excessiva, mas absolutamente necessária.⁴¹

Não há de se confundir, assim, o caráter fiduciário da transferência, que pautará a conduta do titular, com ela ser excessiva. O caráter fiduciário que condiciona a atuação do titular não significa, insista-se, que não se quer ou não seja necessário atribuir a plenitude dos poderes ao adquirente.⁴² Muito ao revés, sem a transmissão do domínio, o fim pretendido pelo alienante dificilmente seria alcançado da mesma forma.

O fiduciário, dessa forma, adquire a titularidade plena e irrevogável da coisa ou do crédito,⁴³ torna-se proprietário ou credor e não pode perder o direito adquirido senão com um ato de disposição.⁴⁴ O bem sai do patrimônio do fiduciante, que passa a ostentar direito pessoal à restituição ou ao equivalente, e, ainda, pode-se pactuar ulterior transmissão a outrem.⁴⁵

A transferência, portanto, é integralmente desejada e necessária, embora ocorra fiduciariamente, isto é, com o vínculo segundo o qual o titular deve exercer os poderes inerentes à situação jurídica subjetiva que titulariza em atenção não aos seus interesses, mas ao avençado com o alienante. Atribuem-se, dessa forma, amplos poderes, próprios da titularidade, que devem ser utilizados consoante o escopo determinado pelo fiduciante.

1.1.2 Possibilidade de abuso. Análise crítica

A doutrina ressalta, ainda, como nota característica do negócio fiduciário, o poder de abuso⁴⁶ por parte do titular do direito, decorrente da ausência de mecanismos legais que

⁴¹ Cf. Cesare Grassetti, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, cit., p. 348-349; 352-353; Francesco Galgano, *Il negozio giuridico*, cit., p. 487-488.

⁴² “É bene avvertire, a tale proposito, che nell’interpretazione della volontà non deve badarsi solo allo scopo, ma anche al mezzo usato: dedurre, per esempio, dallo scopo di garanzia l’inesistenza della volontà di trasmettere la proprietà, e l’esistenza della volontà di costituire un diritto reale di garanzia sarebbe aprioristico ed ingiustificato. Nel negozio fiduciario sono voluti lo scopo ed il mezzo; il primo è voluto soltanto attraverso il secondo. Le due volontà si uniscono in una” (Luigi Cariota-Ferrara, *I Negozi Fiduciari*, cit., p. 34).

⁴³ Luigi Cariota-Ferrara, *I Negozi Fiduciari*, cit., p. 25-26.

⁴⁴ Luigi Cariota-Ferrara, *I Negozi Fiduciari*, cit., p. 26.

⁴⁵ Luigi Cariota-Ferrara, *I Negozi Fiduciari*, cit., p. 26.

⁴⁶ “(...) è veramente caratteristica del negozio fiduciario la potestà di abuso, che corrisponde all’esistenza di un semplice affidamento personale all’acquirente che questi non farà un uso del potere giuridico trasmessogli che

pudessem assegurar o retorno do bem ao fiduciante (ou a terceiro) na hipótese de sua indevida alienação pelo fiduciário. Há, inclusive, os que reputam não ser possível compelir o fiduciário a devolver o bem, mesmo que este não tenha sido alienado, apenas sendo cabível perdas e danos.⁴⁷ Sustenta-se, dessa maneira, que, uma vez regulamentada pela lei a situação fiduciária, à qual se atribuiria tutela apropriada, não mais haveria de se falar em negócio fiduciário propriamente dito, justamente pela ausência do risco de abuso (*rectius*, inadimplemento) da posição de confiança.⁴⁸

A despeito das divergências no que tange às consequências jurídicas aplicáveis para o caso de abuso – perdas e danos em qualquer caso⁴⁹ ou admissibilidade de execução específica

sia in contrasto con le finalità economiche per cui gli è trasmesso quel potere. Non che, come generalmente si insegna, e come già abbiamo contestato, al fiduciario sia conferita una posizione giuridica assai più forte di quanto basterebbe pel raggiungimento dello scopo pratico delle parti, e, perciò, di quanto esse propriamente vorrebbero. Ben al contrario, quell'ampio potere giuridico è invece necessario per realizzare lo scopo pratico perseguito, ed ove la piena trasmissione del diritto al fiduciario venisse meno, non sarebbe più conseguibile lo scopo concreto del negozio posto in essere. Tuttavia è solo dal leale comportamento del fiduciario, e non dai rigorosi mezzi di coazione legale, che si attende il pieno raggiungimento dello scopo pratico perseguito: come è stato esattamente osservato, se da questi e non dallo spontaneo comportamento del fiduciario si attendesse la corrispondenza dell'uso dei suoi poteri al fine del negozio, essa non avrebbe più alcun titolo alla qualifica fiduciaria" (Cesare Grasseti, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, cit., p. 355). "La natura del pericolo insito nei negozi fiduciari non muta, così come non muta l'indole particolare della fiducia che è ad essi propria, qualunque sia il fine da perseguire; consista esso nello scopo di garanzia o in quello di amministrazione, il pericolo è sempre nell'*eccedenza*, nella *prevalenza del rapporto reale sul l'obbligatorio*, è sempre nella possibilità che il fiduciario compia, con piena validità ed efficacia, un'alienazione del bene trasferitogli, violando l'obbligo di retrotrasferirlo al fiduciante o di trasferirlo ad una determinata persona dal fiduciante stesso indicata. Il pericolo di una disposizione contraria allo scopo è quello che qui domina e costituisce il termine di riferimento del sentimento di fiducia" (Luigi Cariota-Ferrara, *I Negozi Fiduciari*, cit., p. 1-2). V. tb. Francesco Ferrara, *A simulação dos negócios jurídicos*, cit., p. 79. Na doutrina brasileira, cf. José Carlos Moreira Alves, *Da alienação fiduciária em garantia*, cit., p. 22; Paulo Restiffe Neto, *Garantia Fiduciária*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 11-12; Custódio da Piedade Ubaldino Miranda, *Negócio jurídico indireto e negócios fiduciários*, cit., p. 1274; Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. III, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 179; Francisco Paulo de Crescenzo Marino, *Notas sobre o negócio fiduciário*, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 20, Rio de Janeiro: Padma, 2004, p. 47; Orlando Gomes, *Introdução ao Direito Civil*, cit., p. 348.

⁴⁷ Sobre o ponto, v. nota de rodapé n.º 49.

⁴⁸ "(...) è stato, infatti, esattamente rilevato che un negozio in ipotesi fiduciario, quando sia disciplinato dalla legge, cessa di essere negozio fiduciario in senso proprio, divenendo negozio tipico: la c.d. 'fiducia legale' nega con l'aggettivo il sostantivo; almeno nel senso che fa venir meno quei tipici problemi di costruzione che sono caratteristici del fenomeno 'fiducia', e rinvia ai comuni problemi di applicazione ed interpretazione della legge" (Salvatore Pugliatti, *Fiducia e Rappresentanza Indiretta*, cit., p. 229). V. tb. Cesare Grasseti, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, cit., p. 355; cf. José Carlos Moreira Alves, *Da alienação fiduciária em garantia*, cit., p. 22.

⁴⁹ "Em caso de violação, por parte do fiduciário, do dever internamente assumido de restituir, caberá ao fiduciante tão-somente o direito a uma prestação de ordem pessoal, consubstanciada em composição pecuniária dos prejuízos sofridos. É a única forma de solução do abuso da confiança, dada a eficácia real da transmissão, incondicionada e irreversível, no nosso Direito, e a que os negócios fiduciários hão de necessariamente amoldar-se, o que só é compatível com a fidúcia de tipo romano" (Paulo Restiffe Neto, *Garantia Fiduciária*, cit., p. 12). E prossegue: "Tenha ou não o bem sido alienado pelo fiduciário, não poderá o fiduciante reivindicá-lo, pois lhe falta o *domínio*, que serve de fulcro à pretensão reivindicatória. Por isso é que, prevalecendo entre nós a orientação de índole romanística, não se reconhece legitimidade para pleitear do fiduciário a restituição em espécie, em caso de negativa, ainda que não se tenha valido do direito de disposição inerente ao domínio pleno e incondicionado, o que é de suma importância, pelos efeitos imediatos que se irradiam" (Paulo Restiffe Neto, *Garantia Fiduciária*, cit., p. 12-13). No mesmo sentido, v. Nestor José Forster, *Alienação fiduciária em*

na hipótese de o bem ainda se encontrar com o fiduciário⁵⁰ –, fato é que se reconhece uma reação do ordenamento contra o fiduciário inadimplente.

O que ressalta a doutrina é que a tutela conferida pelo ordenamento não seria capaz de fazer frente ao inadimplemento do fiduciário, na medida em que, mesmo com a admissão da execução específica, não operaria realmente, mas apenas impingiria ao inadimplente o dever

garantia, Porto Alegre: Sulina, 1976, p. 22-23. “Os efeitos que derivam da parte obrigatória do negócio fiduciário resumem-se na obrigação pessoal do fiduciário de usar do direito adquirido unicamente para o fim restrito que as partes querem e, portanto, para o restituir eventualmente ao transferente ou a terceiras pessoas. Se, pelo contrário, abusa da sua posição jurídica alienando ou utilizando em proveito próprio o direito de que se trata, é responsável pela indenização de perdas e danos. É esta a única defesa com que fica o transferente no caso em que o fiduciário atraiçoe as suas esperanças” (Francesco Ferrara, *A simulação dos negócios jurídicos*, cit., p. 89). “A transmissão da propriedade é ato verdadeiro, tanto assim que, se o adquirente fiduciário recusar-se a restituí-la, não poderá ser compelido a fazê-lo, respondendo apenas pelas consequências de inexecução do contrato em que se obrigou a devolvê-la” (Orlando Gomes, *Introdução ao Direito Civil*, cit., p. 348).

⁵⁰ “Esso [il contratto fiduciario] è, in linea di principio, valido ed efficace (...) e, nel caso di inadempimento del patto fiduciario (Caio tiene per sé il bene, rifiutandosi di ritrasferirlo), si potrà agire in giudizio per l’adempimento, anche in forma specifica. Tuttavia, il patto fiduciario ha efficacia meramente obbligatoria, non efficacia reale: vincola le parti fra loro, ma non è opponibile ai terzi. Chi acquista un bene con contratto fiduciario ne acquista la piena proprietà, non una proprietà limitata; e può validamente disporne. Se il fiduciario, violando il patto, vende ad un terzo questi acquista validamente; ed il fiduciante avrà definitivamente perduto il bene (altrettanto accade se un creditore del fiduciario agisce su quel bene). Altro non potrà ottenere se non la condanna del fiduciario infedele al risarcimento dei danni” (Francesco Galgano, *Il negozio giuridico*, cit., p. 489). “Veniva, infatti, rilevato, vigente il Codice ora abrogato, che la fiducia di tipo romano non consentiva al fiduciante un mezzo per potere riavere il bene alienato al fiduciario, in caso di abuso o di inadempienza da parte di quest’ultimo: il fiduciante aveva solo il diritto al risarcimento dei danni. Ammessa l’esecuzione forzata in forma specifica degli obblighi di fare (art. 2932), la differenza si riduce a questo: che in una delle ipotesi, il ritorno del bene ha luogo automaticamente; nell’altra, può essere provocato attraverso il funzionamento del meccanismo processuale. La differenza tuttavia, non viene meno. Però si attenua del tutto e quasi scompare quella accentuazione energica dell’elemento fiduciario che si riscontrava nel tipo romanistico. Essa, infatti, si determinava nella *mancaza di omogeneità* tra i due rapporti – quello reale e quello obbligatorio – per cui, in caso di violazione dell’obbligo, non si disponeva di ‘rimedi giuridici di effetto tale da restaurare nella sua forma specifica la precedente posizione del fiduciante e da ricondurre dentro i precisi limiti dell’intento voluto dalle parti gli effetti della investitura del fiduciario’. L’esecuzione in forma specifica dell’obbligo di fare, accolta oggi nel nostro ordinamento positivo, pone a disposizione del fiduciante uno di codesti rimedi e fa crollare la barriera tra rapporto obbligatorio e rapporto reale. L’importanza di tale rimedio è di grande rilievo, poiché a quella accentuazione del profilo fiduciario è stato sempre attribuito un peso decisivo ai fini della definizione e classificazione del fenomeno. Tanto che, in correlazione ad essa, si è detto che la fiducia di tipo germanico, per ‘la rispondenza piena che stabilisce tra l’intento delle parti ed i mezzi giuridici ad esse adoperati’, non sarebbe da ritenere senza altro fiducia ‘in senso tecnico’, ma sarebbe piuttosto da relegare entro un ampio schema di fiducia che, per essere troppo generico, rischia di divenire ‘inservibile ad una qualsiasi generalizzazione dommatica’. Se, dunque, soltanto la costruzione romanistica costituisce lo schema della fiducia in senso tecnico, già per il solo fatto della eseguibilità in forma specifica degli obblighi di fare, il concetto tecnico tradizionale della fiducia rischia di vanificarsi. (...). Non può dunque sfuggire la grande importanza che acquista l’eseguibilità in forma specifica degli obblighi di fare, venendo a costituire un dei mezzi giuridici, prima mancanti, idonei a ristabilire la congruenza tra il meccanismo giuridico messo in moto e lo scopo economico che si vuol conseguire” (Salvatore Pugliatti, *Fiducia e Rappresentanza Indiretta*, cit., p. 227-229). “Se il fiduciario non ottempera all’obbligo assunto, il fiduciante può agire giudizialmente: così, il rifiuto del fiduciario di ritrasferire il bene al fiduciante, consente di ottenere una sentenza costitutiva in tal senso (2932), oltre il risarcimento del danno. Al fiduciario che, violando il *pactum fiduciae*, trasferisce il bene a terzi, il fiduciante non può opporre il patto stesso al fine di recuperare il bene, in quanto questo ha valore obbligatorio ed è inopponibile ai terzi; permane soltanto la possibilità di ottenere il risarcimento” (Pietro Perlingieri e Vito Rizzo, *Vincoli nella formazione dei contratti*, in *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, p. 391). “Mas nem pelo fato de ser a confiança a base do negócio se pode concluir que a remanipação fica no arbítrio do fiduciário, pois, muito ao revés, trata-se de obrigação suscetível de execução específica” (Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol. III, cit., p. 368).

de ressarcimento quando tivesse indevidamente alienado a coisa. Ou seja, os interesses do fiduciante não seriam plenamente protegidos, uma vez que, na hipótese da alienação indevida da coisa pelo fiduciário, não seria possível reavê-la das mãos do terceiro.

Entretanto, a rigor, essa situação de perigo identificada pela doutrina não é diversa do risco de inadimplemento de qualquer outro contrato, cuja tutela, de ordinário, é apenas *inter partes*, dada a relatividade dos pactos.⁵¹ Por isso não serve a possibilidade de abuso a caracterizar o negócio fiduciário, vez que, tal como concebida, encontra-se também presente em outros ajustes. A possibilidade de inadimplir o pactuado é inerente a qualquer avença, sendo que nem sempre é possível tutelar especificamente os interesses do credor insatisfeito. E nem por isso o negócio se torna fiduciário. Nas palavras de Nicolò Lipari:

Mas, além dessas observações, que demonstram a impossibilidade de levar a caracterização do negócio fiduciário para uma não homogeneidade entre atribuição e finalidade, embora entendida conforme a perspectiva do poder de disposição que cabe ao fiduciário, parece que a fórmula do chamado poder de abuso se apresenta, por outro lado e de maneira ainda mais geral, absolutamente inaceitável. Deixando por enquanto de lado a referência, possível no campo abstrato, à teoria do abuso do direito, de que vamos falar mais adiante, e limitando o significado do termo ‘abuso’ às hipóteses de um comportamento contrário a um compromisso pactuado expressamente, segundo esta tese a singularidade do negócio fiduciário estaria no fato de que o abuso se encontra entre os poderes do fiduciário. Mas então, de novo, mais do que proposta, a questão parece resolvida de antemão no plano dos efeitos. Porque, ou com isso quer se dizer, em termos de qualificação formal das consequências do abuso, que, contrariando o *pactum fiduciae*, nenhuma responsabilidade caberá ao fiduciário por efeito de seu comportamento – ficando excluída também qualquer relevância jurídica do problema técnico da fidúcia –, ou se quer afirmar, de fato, a possibilidade para o fiduciário de tornar concretamente irrealizável o resultado prático esperado, com exceção (caso não seja possível a execução de forma específica do conteúdo do *pactum*) para o efeito reequilibrador decorrente da adimplência de uma obrigação ressarcitória. Mas isto acontece também com um sem número de negócios obrigatórios, e portanto não vale para caracterizar empiricamente o fenômeno. Na substância, até deste ponto de vista, dizer que um sujeito tem o poder de abusar de uma determinada posição formal, se resolve ou em afirmar a plenitude da qualificação jurídica, excluindo por consequência o abuso, ou em admitir um comportamento que contraria o escopo. Mas, nesta segunda hipótese, ou a realização do escopo é juridicamente relevante, e então o abuso se resolve em uma inadimplência, ou não é, e então – perdoe-se a

⁵¹ A título ilustrativo, o inadimplemento de uma promessa de compra e venda não levada a registro, mediante a alienação do bem a outrem, apenas deflagra o direito a perdas e danos, não sendo oponível ao adquirente de boa-fé a violação da anterior promessa de compra e venda não registrada. Confira-se o seguinte julgado: “Civil. Venda de imóvel a duas pessoas distintas. Anulação de escritura e do registro. Improcedência. A só e só circunstância de ter havido boa-fé do comprador não induz a que se anule o registro de uma outra escritura de compra e venda em que o mesmo imóvel foi vendido a uma terceira pessoa que o adquiriu também de boa-fé. Se duas distintas pessoas, por escrituras diversas, comprarem o mesmo imóvel, a que primeiro levar a sua escritura a registro é que adquirirá o seu domínio. É o prêmio que a lei confere a quem foi mais diligente. Recursos conhecidos e providos” (STJ, REsp 104200, 4ª T., Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, julg. 23.5.2000). V. tb. STJ, AR 2830, 2ª S., Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julg. 14.12.2011; STJ, REsp 687087, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 5.5.2011; STJ, REsp 327942, 4ª T., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julg. 12.3.2002.

impropriedade terminológica – o abuso pode fazer sentido, eventualmente, num plano diferente em relação àquele próprio dos fenômenos técnico-jurídicos.⁵²

Repita-se, ainda uma vez, que o risco de abuso entendido como tutela insuficiente a proteger de maneira eficaz o direito do credor traduz avaliação, além de questionável, aplicável a um sem número de outros negócios, sendo insuscetível, portanto, de qualificar o negócio fiduciário. A título ilustrativo, o contrato de compra e venda, antes de registrado, produz efeitos meramente obrigacionais, ainda que o preço tenha sido integralmente pago. No caso de o vendedor de má-fé resolver alienar o mesmo bem para mais de uma pessoa, haverá compradores que, embora já tenham adimplido sua obrigação de pagar o preço, apenas farão jus ao ressarcimento por perdas e danos, sem que a propriedade lhes venha a ser transmitida.

Por tudo isso, a aclamada possibilidade de abuso não pode ser acolhida como característica distintiva do negócio fiduciário, sob pena de não se conseguir distingui-lo dos ajustes cuja tutela não seja oponível a terceiros e, pior, de se considerarem tais ajustes como sendo todos fiduciários.

1.1.3 Nota característica do negócio fiduciário: titularidade à conta de outrem ou para a realização de um fim

⁵² Nicolò Lipari, *Il negozio fiduciario*, Milano: Giuffrè, 1964, p. 104-105, tradução livre. No original: “Ma, a parte questi rilievi, che tuttavia dimostrano l’impossibilità di ricondurre la caratterizzazione del negozio fiduciario ad una inomogeneità tra attribuzione e scopo, sia pure intesa secondo la prospettiva del potere di disposizione spettante al fiduciario, sembra che la formula della c.d. potestà di abuso appaia, per altro verso, ed in termini ancor più generali, assolutamente inaccettabile. Lasciando da parte, per il momento, il richiamo, astrattamente possibile, alla teoria dell’abuso del diritto, del quale si parlerà più oltre, e limitando il significato del termine ‘abuso’ all’ipotesi di un comportamento contrario ad un impegno espressamente pattuito, la singolarità del negozio fiduciario starebbe, secondo codesta tesi, nel fatto che qui l’abuso rientra fra i poteri del fiduciario. Ma allora, ancora una volta, la questione appare, più che impostata, aprioristicamente risolta sul piano degli effetti. Perchè o con ciò si vuol dire, in termini di qualificazione formale delle conseguenze dell’abuso, che, contravvenendo al *pactum fiduciae*, nessuna responsabilità incomberà al fiduciario per effetto del suo comportamento – ma allora si esclude anche ogni giuridica rilevanza al problema tecnico della fiducia –, ovvero si vuol affermare, in punto di fatto, la possibilità per il fiduciario di rendere concretamente irrealizzabile il risultato pratico divisato, salvo (ove non sia possibile l’esecuzione in forma specifica del contenuto del *pactum*) l’effetto riequilibratore discendente dall’adempimento di un’obbligazione risarcitoria – ma ciò accade anche in un gran numero di negozi obbligatori e non vale quindi a caratterizzare empiricamente il fenomeno –. In sostanza, anche da questo punto di vista, dire che un soggetto ha la potestà di abusare di una determinata posizione formale si risolve o nell’affermare la pienezza dell’investitura giuridica, escludendo di conseguenza l’abuso, ovvero nell’ammettere un comportamento che contravvenga allo scopo. Ma allora, in questa seconda ipotesi, o la realizzazione dello scopo è giuridicamente rilevante, ed allora l’abuso si risolve in un inadempimento, ovvero non lo è, ed allora – a parte l’improprietà terminologica – l’abuso può aver senso, eventualmente, su di un piano diverso rispetto a quello proprio dei fenomeni tecnico-giuridici”.

O que caracteriza o negócio fiduciário é a titularidade à conta de outrem ou para a promoção de certa finalidade.⁵³ Essa é a função perseguida pelas partes com o negócio fiduciário: a transmissão de um direito para que ele seja exercido de determinada forma, com vistas ao alcance de um escopo comumente avençado. A transmissão da titularidade não é um fim em si mesma, mas é instrumental e temporária.⁵⁴

Atribui-se ao titular fiduciário o poder-dever de agir. O poder decorre da transmissão do direito; o dever, do caráter fiduciário da alienação, funcionalizada para o alcance da finalidade pretendida. Essa é a nota característica do negócio fiduciário, seja quando reveste a forma de contrato atípico, seja quando se vale do chamado negócio indireto.

Dessa sorte, independentemente das múltiplas funções que o negócio fiduciário possa, em concreto, realizar, sempre se estará diante de uma titularidade a conta de outrem ou para a realização de um fim, o que atrairá disciplina jurídica própria, condizente com essa específica situação.

Registre-se que o escopo da atribuição da titularidade fiduciária pode contemplar a promoção dos interesses do titular do direito. A técnica da titularidade fiduciária, precisamente pela potencialidade funcional que encerra, destina-se a tutelar interesses vários, inclusive os do sujeito. Embora possa haver coincidência entre os interesses do titular e o fim perseguido, tal não esmorece a profunda mudança proporcionada com o expediente da titularidade fiduciária, qual seja, a funcionalização da titularidade a serviço do escopo a ser atingido.

Nessa direção, os casos de transmissão de propriedade para fins de garantia conferem ao credor adquirente titularidade fiduciária, na medida em que, muito embora a atribuição do direito seja, em última análise, no interesse do credor, este deve exercer a titularidade com vistas a realizar a função de garantia. A alienação fiduciária em garantia, atualmente, é regulamentada em diversas leis (v. item 1.5.1 deste capítulo e item 3.1.1 do capítulo 3), o que

⁵³ “Per negozio fiduciario intendiamo una manifestazione di volontà con cui si attribuisce ad altri una titolarità di diritto a nome proprio ma nell’interesse, o anche nell’interesse, del trasferente o di un terzo. L’attribuzione all’accipiente è piena, ma questi assume un vincolo obbligatorio in ordine alla destinazione o all’impiego dell’entità patrimoniale” (Cesare Grassetti, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, cit., p. 363-364).

⁵⁴ “Primo e fondamentale elemento di essa [negócio fiduciário] è l’alienazione di un diritto reale. Però tale alienazione non è fine a se stessa, non tende, cioè, soltanto e senz’altro a far sì che l’acquirente diventi titolare del diritto alienatogli. Tale (acquisto di) titolarità è (transitorio e) strumentale: trattasi di una alienazione (e correlativamente di un acquisto) a destinazione ulteriore” (Salvatore Pugliatti, *Fiducia e Rappresentanza Indiretta*, cit., p. 234). Cf. tb. Nestor José Forster, *Alienação fiduciária em garantia*, cit., p. 21-22 e Mariano Navarro Martorell, *La propiedad fiduciaria*, Barcelona: Bosch, 1950, p. 173.

não a desnaturaliza como espécie de negócio fiduciário,⁵⁵ pelas razões abordadas no item anterior.

1.2 Pacto *fiduciae*. Atipicidade contratual e tipicidade dos direitos reais

O negócio fiduciário caracteriza-se pela transmissão de um direito do fiduciante ao fiduciário, para que este o exerça a conta de outrem ou para a promoção de uma finalidade. Não se mostra o titular livre para se utilizar do direito como bem entender, eis que o titulariza não para si, mas para promover o escopo pretendido pelo fiduciante. É de se investigar, diante desse efeito essencial do negócio fiduciário, a sua admissibilidade no direito brasileiro, especialmente no tocante aos direitos reais, que são regidos pelo princípio da tipicidade.

Aduz-se, de uma parte, que o negócio fiduciário criaria uma propriedade temporária – em virtude do compromisso assumido pelo fiduciário de, em determinado momento, transferir a propriedade ao alienante ou a terceiro por este designado – o que contrariaria o tipo do direito de propriedade, especialmente a perpetuidade que lhe seria inerente.⁵⁶

De mais a mais, não se admitiria o pacto fiduciário como idôneo à transferência do domínio. Sustenta-se que, muito embora para os contratos vigore o princípio da atipicidade, de sorte que os particulares podem constituir as obrigações que bem entenderem, os negócios de transmissão da propriedade seriam típicos, vale dizer, apenas os modos expressamente estabelecidos pelo legislador teriam aptidão para servir de causa à alienação.⁵⁷

⁵⁵ “A alienação fiduciária em garantia é uma das espécies do gênero negócio fiduciário” (Orlando Gomes, *Alienação Fiduciária*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 31).

⁵⁶ “Infatti: alla costruzione del negozio fiduciario si adatta soltanto il (trasferimento del) diritto di proprietà. E allora alla inammissibilità del trasferimento *fiduciae causa* si perviene in base alla premessa per la quale la proprietà è un diritto perpetuo, e non si ritiene ammissibile un trasferimento provvisorio di essa. Il trasferimento *fiduciae causa* non è ammissibile, perchè esso darebbe luogo, inevitabilmente, ad una proprietà temporanea e formale (si parla di *proprietà fiduciaria*), in corrispondenza, del resto, alla *causa fiduciae* del negozio. Introdurrebbe, cioè, un'altra figura di diritto reale, non riconosciuta dall'ordinamento positivo, e violerebbe indirettamente il *numerus clausus*. Non si supera l'ostacolo, affermando che la proprietà fiduciaria è proprietà limitata, e quindi legittimamente ammissibile, poichè la caratteristica della proprietà è quella appunto di poter subire qualsiasi limitazione. Si tratterebbe solo di un artificio verbale” (Salvatore Pugliatti, *Fiducia e Rappresentanza Indiretta*, cit., p. 253).

⁵⁷ “Atendendo ao atributo da tipicidade, temos que apenas são registrados ou averbados no álbum imobiliário os títulos *numerus clausus* arrolados no artigo 167 da Lei nº 6.015/73” (Marco Aurélio Bezerra de Melo, *Direito das Coisas*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 138). “Com relação ao *princípio da tipicidade*, este preceitua que somente podem ser registrados os títulos previstos em lei” (Marcelo Krug Fachin Torres, *A publicidade no sistema registral imobiliário*, in *Revista de Direito Imobiliário*, vol. 72, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 212). V. tb. Marcelo Augusto Santana de Melo, *Breves Anotações sobre o Registro de Imóveis*, in *Novo Direito Imobiliário Registral*, Cláudia Fonseca Tutikian, Luciano Benetti Timm, João Pedro Lamana Paiva (org.), São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 241; Carlos Roberto Teixeira Guimarães, *Comentários ao tabelionato*

Entretanto, tais argumentos não são decisivos. No direito brasileiro a perpetuidade não pode ser considerada da essência da propriedade, haja vista a expressa admissão da propriedade resolúvel⁵⁸ (v. item 1.5 deste capítulo). Além disso, o negócio fiduciário, por si só, não cria uma propriedade temporária. O vínculo obrigacional não tem força de influir no tipo do direito real. A propriedade permanece plena e ilimitada, seja nas mãos do fiduciário como na de outrem para quem este venha a transmitir a propriedade.

A obrigação assumida pelo fiduciário tem efeitos *inter partes*, em nada influenciando no tipo do direito de propriedade. O conteúdo dos poderes atribuídos ao titular permanece inalterado, não sofre qualquer impacto em razão do caráter fiduciário da transferência.⁵⁹ A vinculação da transferência da situação jurídica subjetiva ativa ao escopo fiduciário, desse modo, não tem o condão de interferir no tipo do direito real, de forma que o exercício deste encontra-se apenas obrigacionalmente limitado.⁶⁰

de notas e ao registro de imóveis, Rio de Janeiro, 2006, p. 247. Na jurisprudência, é ver-se: “Registro de Imóveis. Art. 167 da Lei 6.015/73. ‘Numerus clausus’. Somente nas hipóteses expressamente previstas em lei tem o interessado acesso à tábula imobiliária. Exceção que vem sendo construída pela jurisprudência (protesto contra alienação de bens), a mitigar o conceito. Abrandamento que, todavia, se dá em sede de averbação (inc. II do art. 167), não de registro (inc. I). Título que o agravante pretende ver registrado que não se enquadra no elenco fechado do art. 167. Agravo desprovido” (TJSP, AI nº. 0122355-95.2012.8.26.0000, 10ª CDP, Rel. Des. Cesar Ciampolini, julg. 4.9.2012). V. tb. TJMG, MS 000.165.743-6/00, 4ª CC, Rel. Des. Carreira Machado, julg. 17.2.2000.

⁵⁸ No direito brasileiro, há expressa admissibilidade da propriedade resolúvel, prevista nos arts. 1.359 e 1.360 do Código Civil de 2002, correspondentes aos arts. 647 e 648 do Código Civil de 1916, o que desafia a ideia de que a propriedade tem como característica essencial a perpetuidade. Em se tratando de propriedade resolúvel, a temporariedade passa a ser a nota fundamental. Sobre a noção de propriedade resolúvel, cf. item 1.5 da presente tese. No âmbito do direito italiano, ensina Pietro Perlingieri que: “Il carattere della perpetuità non è essenziale alla proprietà. La proprietà temporanea nel nostro ordinamento si può configurare giacché lo smembramento del diritto di proprietà non è contrario agli interessi difesi dal legislatore: un negozio traslativo cui sia apposto un termine finale non è – come pur si sostiene – non degno di tutela da parte dell’ordinamento giuridico” (*Introduzione alla problematica della ‘proprietà’*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, p. 8).

⁵⁹ “Deve salientar-se que, aqui, a interposta pessoa não é um sujeito simulado do negócio jurídico, um falso titular que aparece em cena e se desvanece uma vez evidenciada a aparência, mas sim um contratante efetivo, um verdadeiro proprietário, ainda que economicamente pareça um *medium* sem importância. Por isso, reservando todo o juízo no que respeita ao caso de fraude, não pode admitir-se sem mais que o *fiduciante* e os seus herdeiros reivindicuem os bens como no caso de contrato simulado. A disposição tem eficácia plena e, em caso de abuso do fiduciário, só pode nascer uma obrigação de indenizar o alienante por ele atraído” (Francesco Ferrara, *A simulação dos negócios jurídicos*, cit., p. 82). Ainda de acordo com Francesco Ferrara: “O negócio fiduciário produz a transferência plena e absoluta do direito: a finalidade limitada para a qual se realiza não limita juridicamente a disposição. O fiduciário torna-se proprietário e credor perante todos e pode usar como entender oportuno do direito adquirido” (Francesco Ferrara, *A simulação dos negócios jurídicos*, cit., p. 85). Cf. tb. Mariano Navarro Martorell, *La propiedad fiduciaria*, cit., p. 184-185 e 193; Luigi Cariota-Ferrara, *I Negozi Fiduciari*, cit., p. 30.

⁶⁰ “A tipicidade dos direitos reais não impede a validade e a eficácia dos contratos fiduciários. Quando investido na propriedade do bem, o fiduciário é um verdadeiro proprietário pleno, vinculado apenas obrigatoriamente pelo ‘pactum fiduciae’, e especialmente obrigado, em boa fé, a exercer o seu direito de propriedade de acordo com a finalidade da fidúcia” (Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos Atípicos*, cit., p. 280). “Em todas estas formas de propriedade fiduciária, esta aparece como uma propriedade normal, não limitada, não condicionada, não relativa, pois que o fiduciário é proprietário perante todos, incluindo o transferente, e não está ligado por um vínculo real, mas sim por uma mera obrigação pessoal relativamente ao emprego do direito adquirido” (Francesco Ferrara, *A simulação dos negócios jurídicos*, cit., p. 82). “A fidúcia não restringe a posição jurídica do fiduciário, porque tudo se passa, quanto a ela, no plano da relação jurídica pessoal. Nem se pense em que a propriedade dele se

Além disso, não se devem aplicar os princípios da taxatividade e da tipicidade para os contratos que importem transmissão de direitos reais. Tais princípios incidem nos direitos reais em virtude da oponibilidade *erga omnes* que ostentam, a demandar prévia valoração legislativa.⁶¹ Mas a forma de circulação de tais direitos (típicos e taxativos) de maneira nenhuma interfere com aludidos princípios, vez que o conteúdo dos direitos reais previsto pelo legislador permanece hígido, não sofre qualquer alteração em razão do modo de sua transferência ou de eventuais obrigações assumidas pelo adquirente.⁶²

O princípio da taxatividade dos direitos reais, assim, em nada se relaciona com seus respectivos fatos constitutivos. O legislador pátrio não estipulou a tipicidade dos negócios

torna formal, ou que se cinde a propriedade em aparente e real, ou em jurídica (com o fiduciário) e econômica (com o fiduciante ou com outrem que a tenha de receber). (...). O fiduciário é o proprietário perante todos, inclusive o fiduciante; e nisso o negócio jurídico fiduciário distingue-se do negócio jurídico simulado” (Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. III, cit., p. 182. V. tb. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. XXI, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 473). Cf., ainda, Orlando Gomes, *Introdução ao Direito Civil*, cit., p. 350; José Carlos Moreira Alves, *Da alienação fiduciária em garantia*, cit., p. 114-115; Jacques Dufaux, *Les opérations fiduciaires a des fins de libéralité*, in *Les opérations fiduciaires*, Colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984, Paris: Feduci, 1985, p. 125; Jean-Philippe Dunand, *Le transfert fiduciaire: donner pour reprendre*, Faculté de Droit de Genève, 2000, p. 26.

⁶¹ Gustavo Tepedino, *Multipropriedade Imobiliária*, São Paulo: Saraiva, 1993, p. 82. V. tb. Gustavo Tepedino, *Autonomia Privada e Obrigações Reais*, in *Temas de Direito Civil*, t. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 287. José de Oliveira Ascensão ensina que “se há um *numerus clausus*, também há, necessariamente, uma tipologia de direitos reais. O *numerus clausus* implica sempre a existência de um catálogo, de uma delimitação de direitos reais existentes. Quer dizer, o *numerus clausus* significa que nem todas as figuras que cabem no conceito de direito real são admitidas, mas tão-somente as que forem previstas como tal” (*A Tipicidade dos Direitos Reais*, Lisboa: Livraria Petrony, 1968, p. 104-105).

⁶² “Começemos por afirmar que a tipologia taxativa dos direitos reais não implica, de qualquer modo, que sejam taxativos os factos que criam, modelam, ou extinguem direitos reais. (...). Assim, de qualquer negócio jurídico, mesmo de um negócio jurídico inominado, pode resultar a transferência ou modificação de um direito já existente, a extinção de uma operação ou qualquer outra vicissitude, independentemente de previsão legal. (...). Estas afirmações fundam-se nas regras gerais sobre liberdade contratual (...)” (José de Oliveira Ascensão, *A tipicidade dos direitos reais*, cit., p. 162). “Em primeiro lugar, há a considerar que a tipicidade dos direitos reais não se alarga aos factos constitutivos de direitos reais. O que é típico é o conteúdo do direito real; o modo como se constitui, seja ele um facto, como a acessão, a usucapião ou a ocupação, ou um acto, como um contrato ou um testamento, está fora da tipicidade. No que respeita aos contratos, rege o princípio da autonomia privada. Quaisquer contratos podem constituir, modificar, transferir ou extinguir direitos reais” (Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos Atípicos*, cit., p. 278). Na doutrina italiana, confira-se: “(...) nessun principio dell’ordinamento impone la tipicità dei negozi ad effetti reali” (Franco Anelli, *L’alienazione in funzione di garanzia*, Milano: Giuffrè, 1996, p. 307). E prossegue: “La semplice affermazione che alla tipicità dei diritti reali deve corrispondere un correlativo regime di tipicità dei negozi traslativi di tali diritti non resiste alla obiezione cui altro è il contratto, quale strumento per la produzione di un effetto giuridico consistente nel trasferimento di una certa situazione soggettiva, ed altro è il suo contenuto del diritto trasferito (...)” (Franco Anelli, *L’alienazione in funzione di garanzia*, cit., p. 307). “(...) altro è dire che i diritti reali abbiano struttura tipica, altro è riconoscere come conseguenza necessaria la tipicità dei negozi ad effetto reale. Si tratta di concetti ben distinti, come è distinta la fonte (negozio) dall’effetto (diritto reale)” (Cesare Grassetti, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, cit., p. 367). No direito brasileiro, Orlando Gomes ensina que “(...) o princípio da autonomia privada na criação dos negócios dignos de tutela jurídica não é limitado aos negócios de efeitos obrigacionais, mas também se aplica aos negócios de efeitos reais” (*Alienação Fiduciária*, cit., p. 162). V. tb. Antonio Menezes Cordeiro, *Direitos Reais*, Lisboa: Lex, 1993, p. 456; Luís A. Carvalho Fernandes, *Lições de Direitos Reais*, *Quid Juris*: Lisboa, 1997, p. 112; Claudio M. Kiper e Silvio V. Lisoprawski, *Tratado de Fideicomiso*, Buenos Aires: Depalma, 2004, p. 38-39; Juan B. Jordano Barea, *El negocio fiduciario*, Barcelona: Bosch, 1959, p. 119-126; Pietro Perlingieri, *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 380; Jacques Dufaux, *Les opérations fiduciaires a des fins de libéralité*, cit., p. 125.

suscetíveis de criarem direitos reais, cingindo-se os princípios da taxatividade e tipicidade aos direitos reais, não já aos negócios que os criam, modificam ou extinguem.⁶³

Nada obstante, existe o entendimento de que a Lei n.º 6.015/1973 teria elencado, de maneira taxativa, em seu art. 167, os títulos aptos a serem transcritos.⁶⁴ Tal entendimento,

⁶³ V., no Brasil, Ricardo Henry Marques Dip, *São taxativos os atos registráveis?*, in *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 47, n. 22, 1999, p. 35-36. “A tentativa de enumerar os principais *contratos atípicos* seria empresa temerária em face do princípio que franqueia sua formação. Se a ordem jurídica assegura aos indivíduos a liberdade de estruturação dos contratos, o número dos que podem ser estipulados à margem do paradigma legal é, por assim dizer, infinito. Haverá tantos quanto as possíveis combinações e os interesses dignos de proteção jurídica. (...) Importantes contratos típicos, como a venda e a locação, tornam-se atípicos em consequência da adjunção de uma cláusula que os transforma. Tais são, dentre outros, a venda de controle acionário, a venda do solo em troca da construção de apartamentos, a locação de um terreno para afixação de *outdoor*, a locação *intuitu personae* de casa para o empregado morar enquanto dure a relação de emprego, e nos contratos associativos, o consórcio e a *joint venture*, e, por fim, os contratos da informática” (Orlando Gomes, *Contratos*, cit., p. 126-127). “A Lei de Registros Públicos fez uma miscelânea de atos passíveis de inscrição e de averbação (art. 167, I e II), o que mais evidencia se tratar de uma enumeração exemplificativa. (...) Como já vimos, o registro é eminentemente instrumental, tem por finalidade fazer gerar efeitos que a lei de direito substancial prevê. Não pode a lei instrumental conceder mais ou menos direitos que aqueles estabelecidos na norma de direito substantivo” (Henrique Ferraz Corrêa de Mello, *A tipicidade dos direitos reais*, in *Revista de Direito Imobiliário*, n. 52, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 110). E prossegue: “Essa rigidez no exame de causa básica (que estamos chamando de mérito, visto que o registro encerra também um processo de cognição, como já referido), como tal imprimida no controle de recepção dos títulos, se deve, porém, muito mais ao receio de uma eventual transformação do registro num repositório de títulos esdrúxulos e de *grilagem*. Tal rigidez não se justifica, segundo acreditamos. Na realidade, nem mesmo sob o manto do *numerus clausus*, na prática, como se vê, é possível evitar a fraude contra terceiros, o erro, as nulidades absolutas do registro e assim por diante. Ao terceiro de boa-fé interessa saber o que se passa no registro, mas esse registro deve sempre caminhar próximo da realidade, a fim de que dela não se distancie, desembocando num vácuo, onde o cidadão comum não consegue enxergar, nem mesmo ter acesso ao registro que deveria servi-lo. Há que ser preservada a garantia de acesso ao serviço registrário, o que, em última quadra, importa em garantir o exercício da cidadania e também o acesso à jurisdição, tutelado pela norma constitucional do art. 5º, XXXV” (Henrique Ferraz Corrêa de Mello, *A tipicidade dos direitos reais*, cit., p. 112). “Se os direitos reais são clausulados, por força de um sistema inderrogável pela vontade do particular, o mesmo não ocorre no registro em face dos *títulos* que enumera” (Henrique Ferraz Corrêa de Mello, *A tipicidade dos direitos reais*, cit., p. 114). “Assim, a publicidade de institutos protetores do direito ambiental deve ocorrer no Registro de Imóveis não somente pela adoção do princípio da concentração, mas também pela aceitação da não taxatividade dos atos registrários e principalmente em razão da permissão constitucional material de Estados e Municípios legislarem sobre a matéria. (...) Assim, entendemos que os atos registráveis (*lato sensu*) não são taxativos, malgrado os direitos sejam *numerus clausus*, aplicando-se o efeito da concentração para interpretar o art. 246 da Lei n. 6.015/73, permitindo a averbação de qualquer ato que altere o registro, outorgando publicidade para casos não expressamente autorizados por essa lei; mas que, de qualquer forma, mesmo reflexamente, possam limitar o direito de propriedade ou ainda de grande relevância para o direito inscrito, justificando o ingresso por meio de averbação por meio de averbação de institutos decorrentes do direito ambiental, estabelecendo-se uma fusão entre as publicidades ambiental e registral. Nesse sentido, já se pronunciou a CG do Estado de São Paulo consagrando a não taxatividade do rol do art. 167, II, da Lei n. 6.015/73, quando analisou a averbação da reserva legal (...)” (Marcelo Augusto Santana de Melo, *O meio ambiente e o Registro de Imóveis*, in *Registro de Imóveis e Meio Ambiente*, Sérgio Jacomino, Marcelo Augusto Santana de Melo e Francisco de Asís Palacios Criado (coord.), São Paulo: Saraiva, 2010, p. 41). V. tb. Marcelo Terra, *Permuta de terreno por área construída (art. 39 da Lei 4.591/64)*, in *Revista de Direito Imobiliário*, n. 27, 1991, p. 81-82 e 84; Luiz Egon Richter, *A problemática conceitual do registro de imóveis – rudimentos de uma teoria crítica da atividade registral*, in *Estudos em homenagem a Gilberto Valente da Silva*, Ricardo Dip (coordenador), Porto Alegre: Sergio Fabris, 2005, p. 170-171.

⁶⁴ V., nessa direção, Marco Aurélio Bezerra de Melo, *Direito das Coisas*, cit., p. 138; Marcelo Krug Fachin Torres, *A publicidade no sistema registral imobiliário*, cit., p. 212; Marcelo Augusto Santana de Melo, *Breves Anotações sobre o Registro de Imóveis*, cit., p. 241. Na jurisprudência, cf. TJSP, AI n.º 0122355-95.2012.8.26.0000, 10ª CDP, Rel. Des. Cesar Ciampolini, julg. 4.9.2012; TJMG, MS 000.165.743-6/00, 4ª CC, Rel. Des. Carreira Machado, julg. 17.2.2000.

contudo, não colhe. A Lei n.º. 6.015/1973 regula o *modo* de aquisição da propriedade e demais direitos reais, não já os títulos hábeis a tanto.⁶⁵

No ordenamento brasileiro, os direitos reais sobre imóveis são adquiridos mediante o registro do título⁶⁶ constitutivo no Registro de Imóveis, de maneira que o registro constitui o *modo* de transmissão.⁶⁷ A Lei n.º. 6.015/1973, ao enumerar, em seu art. 167, os títulos passíveis de registro, tem o intuito de sistematizar as causas de transferência consagradas, não já de subtrair da legislação em geral a regulação de tais títulos. O art. 172 da Lei de Registros Públicos⁶⁸ elucida o intuito de sistematização do art. 167, sem a pretensão de exaurir os títulos sujeitos a registro. Desse modo, a Lei n.º. 6.015/1973 disciplina o *modo* de aquisição dos direitos reais sobre imóveis, e o Código Civil e demais leis regulam o *título causal*⁶⁹ apto a possibilitar a aquisição dos direitos reais sobre imóveis.

À evidência, os títulos admitidos pela legislação precisam revestir requisitos essenciais à segurança que deve nortear a atividade de registro. Por isso que a Lei n.º. 6.015/1973 regulamenta, a exemplo do art. 221, os requisitos formais que devem revestir os títulos para que sejam registráveis.⁷⁰ Além disso, o *título causal* tem de respeitar as disposições legais

⁶⁵ Nesse sentido, cf. art. 1º, da Lei n.º. 6.015/1973: “Os serviços concernentes aos Registros Públicos, estabelecidos pela legislação civil para autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, ficam sujeitos ao regime estabelecido nesta Lei”. Cf. tb. Henrique Ferraz Corrêa de Mello, *A tipicidade dos direitos reais*, cit., p. 110.

⁶⁶ “O título translativo, nos atos *inter vivos*, é, apenas, constitutivo de obrigação entre as partes. É a transcrição dele que opera a translação do domínio” (Clovis Bevilacqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, vol. III, Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958, p. 56).

⁶⁷ “A transcrição nada mais é, no sistema do nosso Código, do que a tradição solene de imóveis, sendo considerada um modo derivado de adquirir” (J. M. de Carvalho Santos, *Código Civil brasileiro interpretado*, vol. VII, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961, p. 327). “Pelo *sistema romano*, a propriedade só se adquire por um *modo*. Não basta a existência do *título*, isto é, do ato jurídico pelo qual uma pessoa manifesta validamente a vontade de adquirir um bem. É preciso que esse ato jurídico se complete pela observância de uma forma, a que a lei atribui a virtude de transferir o domínio da coisa. (...) A forma pela qual se transfere é o que constitui, precisamente, o *modus acquisitionis*. (...) O Direito pátrio seguiu o *sistema romano*. (...) Nas legislações do tipo romano, o *título* é simplesmente a *causa* da aquisição. (...) O modo de adquirir *peculiar* aos imóveis é a transcrição” (Orlando Gomes, *Direitos Reais*, Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 157-160). V. tb. Clovis Bevilacqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, vol. III, cit., p. 51.

⁶⁸ Art. 172, Lei de Registros Públicos: “No Registro de Imóveis serão feitos, nos termos desta Lei, o registro e a averbação dos títulos ou atos constitutivos, declaratórios, translativos e extintos de direitos reais sobre imóveis reconhecidos em lei, ‘*inter vivos*’ ou ‘*mortis causa*’ quer para sua constituição, transferência e extinção, quer para sua validade em relação a terceiros, quer para a sua disponibilidade”.

⁶⁹ De acordo com Afranio de Carvalho, título “no nosso direito, tem tanto o sentido *causal*, de causa ou fundamento do direito (*negotium*), como o sentido *documental*, de escrito ou instrumento probatório do direito (*instrumentum*)” (*Registro de imóveis*, Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 231).

⁷⁰ “Art. 221 – Somente são admitidos registro: I – escrituras públicas, inclusive as lavradas em consulados brasileiros; II – escritos particulares autorizados em lei, assinados pelas partes e testemunhas, com as firmas reconhecidas, dispensado o reconhecimento quando se tratar de atos praticados por entidades vinculadas ao Sistema Financeiro da Habitação; III – atos autênticos de países estrangeiros, com força de instrumento público, legalizados e traduzidos na forma da lei, e registrados no cartório do Registro de Títulos e Documentos, assim como sentenças proferidas por tribunais estrangeiros após homologação pelo Supremo Tribunal Federal; IV – cartas de sentença, formais de partilha, certidões e mandados extraídos de autos de processo. V – contratos ou termos administrativos, assinados com a União, Estados, Municípios ou o Distrito Federal, no âmbito de

atinentes à sua validade, de maneira que, em se tratando de negócio jurídico, deve observar o disposto no art. 104 do Código Civil.⁷¹

Nesse sentido, reconhece-se, a despeito de previsão normativa, a criação de servidão por destinação do pai de família.⁷² Também a procuração em causa própria, embora não conste na enumeração da Lei n.º. 6.015/1973, traduz título hábil à transmissão do domínio ou à cessão de direitos.⁷³ Além disso, a promessa de recompensa e a transação,⁷⁴ que são negócios jurídicos previstos pelo legislador como idôneos à transferência de propriedade, não constam do rol supostamente taxativo da Lei de Registros Públicos.⁷⁵ O Enunciado 87 da I Jornada de Direito Civil dispõe que também é título translativo, “para fins do art. 1.245 do novo Código Civil, a promessa de compra e venda devidamente quitada (arts. 1.417 e 1.418 do Código Civil e § 6º do art. 26 da Lei n. 6.766/79)”.

programas de regularização fundiária e de programas habitacionais de interesse social, dispensado o reconhecimento de firma. § 1º Serão registrados os contratos e termos mencionados no inciso V do caput assinados a rogo com a impressão dactiloscópica do beneficiário, quando este for analfabeto ou não puder assinar, acompanhados da assinatura de 2 (duas) testemunhas. § 2º Os contratos ou termos administrativos mencionados no inciso V do caput poderão ser celebrados constando apenas o nome e o número de documento oficial do beneficiário, podendo sua qualificação completa ser efetuada posteriormente, no momento do registro do termo ou contrato, mediante simples requerimento do interessado dirigido ao registro de imóveis”.

⁷¹ “Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I – agente capaz; II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III – forma prescrita ou não defesa em lei”.

⁷² Cf. STF, RE 21027, 1ª T., Rel. Min. Orozimbo Nonato, julg. 17.10.1952. Na doutrina, v., a favor, Lafayette Rodrigues Pereira, *Direito das Coisas*, vol. I, Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, p. 431-432. Para um exame minucioso dos argumentos relativos à controvérsia envolvendo a possibilidade de servidão por destinação do proprietário, em que são cuidadosamente debatidos os argumentos contrários, cf. Philadelpho Azevedo, *Destinação do Imóvel*, São Paulo: Max Limonad, 1957, p. 49-122.

⁷³ “Os atos de registro assim como os títulos a eles sujeitos são previstos na Lei 6.015/73, art. 167, mas aí não está incluído, expressamente, o registro do mandato ou procuração em causa própria no Registro de Imóveis. Todavia, como o Dec. 4.857/39 declarava estarem sujeitos a registro para operarem a transferência do domínio ‘em geral, os demais contratos translativos de imóveis’ (art. 239, IX) entendia-se que aí se encontrava o permissivo do registro da procuração em causa própria. Também a Lei 6.015/73, art. 172, declara que serão registrados os atos translativos de direitos reais, *inter vivos* ou *mortis causa*, quer para a sua transferência, quer para a sua validade em relação a terceiros, quer para a sua disponibilidade. A procuração *in rem propriam*, quando constante de instrumento público, equivale à escritura pública de compra e venda, mas somente transferirá a propriedade, quando registrada no Registro de Imóveis” (João Rabello de Aguiar Vallim, *Direito imobiliário brasileiro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 129-130). V. tb. Luiz Carlos Alvarenga, *A representação nos atos notariais celebrados consigo mesmo: análise do art. 117 do novo Código Civil*, in *Direito Notarial Registral: coletânea de artigos*, Belo Horizonte: edição do autor, 2005, p. 21. “A procuração em causa própria, outorgada por Camilo de Sousa Vinhas e sua mulher a Gilson de Oliveira Vinhas, devidamente transcrita, operou a transferência do domínio em favor do último. Extinguiu-se, por esse modo, o mandato (art. 1.316, IV, do Código Civil). Extinto o mandato, não podia ser substabelecido (...)” (STF, RE 67728-MA, 1ª T., Rel. Min. Eloy da Rocha, julg. 29.4.1975). V. tb. TJSP, Ap. Cív. 9041109-41.2000.8.26.0000, 5ª CC, Des. Rel. Sebastião Junqueira, julg. 9.4.2003; TJRS, Ap. Cív. 70012308672, 19ª CC, Des. Rel. Guinther Spode, julg. 1.11.2005; TJRS, Ap. Cív. 70008246977, 17ª CC, Des. Rel. Alexandre Mussoi Moreira, julg. 15.2.2005; TJRJ, Ap. Cív. 0006902-64.2000.8.19.0001, 9ª CC, Des. Rel. Roberto de Abreu e Silva, julg. 26.7.2011.

⁷⁴ V. João Rabello de Aguiar Vallim, *Direito imobiliário brasileiro*, cit., p. 138-141; J. M. de Carvalho Santos, *Código Civil brasileiro interpretado*, vol. VII, cit., p. 328; Orlando Gomes, *Direitos Reais*, cit., p. 164-165.

⁷⁵ No sentido de que o art. 167 da Lei n.º. 6.015/1973 é incompleto, cf. tb. Afrânio de Carvalho, *Registro de Imóveis*, in *Revista dos Tribunais*, vol. 481, 1975, p. 19.

Advirta-se que o oficial do registro de imóveis submete-se ao princípio da legalidade, de sorte que apenas pode proceder ao registro dos títulos admitidos em lei,⁷⁶ daí a atividade de qualificação do oficial do registro.⁷⁷ Isso não se confunde, contudo, com suposto princípio da tipicidade das causas aptas a serem registradas ou com a alegada exaustividade do elenco do art. 167 da Lei nº. 6.015/1973. Com efeito, o registro de um contrato atípico está em estrita consonância com a lei, pois o Código Civil admite a celebração de contratos atípicos, desde que em conformidade com a disciplina geral dos negócios jurídicos e demais princípios regentes do ordenamento. Neste caso, o registro de um contrato atípico ocorre justamente em respeito ao princípio da legalidade que norteia a atividade do registrador. Negar o registro a um contrato atípico significa negar aplicação ao Código Civil, em injustificada violação ao princípio da legalidade.

Note-se que sustentar a atipicidade dos títulos relativos à aquisição de direitos reais sobre imóveis não significa dizer que qualquer ajuste possa ser registrado. O oficial, em sua importante atividade de qualificação, deve verificar a seriedade e a validade do título.⁷⁸ Tal

⁷⁶ “A subordinação do juízo qualificador ao princípio da legalidade não lhe impõe uma redução literalista para a compreensão do sentido normativo da lei, que descarte a estimativa de seu contexto significativo e sistemático, a atenta consideração teleológica e a observação mais ampla dos princípios ético-jurídicos. O que, sim, neste plano, se afasta do âmbito da qualificação é a determinação equitativa do direito, equivale a dizer: a integração registral de lacunas do direito positivo – exatamente porque o juízo qualificador, dirigido à segurança jurídica, não pode encontrá-la fora dos limites do direito normativo posto” (Ricardo Henry Marques Dip, *Sobre a qualificação no registro de imóveis*, in *Títulos judiciais e o registro de imóveis*, Rio de Janeiro: Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, 2005, p. 359). “Este princípio [princípio da legalidade] impede o ingresso no Cartório de Registro de Imóveis de títulos inválidos ou imperfeitos, contribuindo, desse modo, para a concordância do mundo real com o mundo registral. A verificação da *legalidade* e da validade do título e a efetivação de seu registro, se o mesmo estiver em conformidade com a lei, é uma regra implícita e subentendida no art. 198 da L. n. 6.015. Vale dizer, o exame prévio da *legalidade* dos títulos objetiva estabelecer a correspondência constante entre a situação jurídica e a situação registral de modo que o público possa confiar plenamente no registro” (Álvaro Melo Filho, *Princípio do direito registral imobiliário*, in *Revista Forense*, vol. 291, 1985, p. 73). V. tb. Maria Helena Diniz, *Sistemas de Registros de Imóveis*, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 64-65.

⁷⁷ “Apresentado o título para registro, o Registrador irá proceder à aplicação dos princípios registrários, surgindo a viabilidade ou não do acesso ao fôlio real. Referida análise é chamada pela doutrina de qualificação. (...). A qualificação registral é a exteriorização do princípio da legalidade, ou seja, sua forma mais contundente, pois, em linhas gerais, deve o Registrador observar na análise dos títulos o ordenamento jurídico em vigor” (Marcelo Augusto Santana de Melo, *A qualificação registral como tutela preventiva de conflitos*, in *Revista de Direito Imobiliário*, vol. 68, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 64). Cf. tb. Ricardo Henry Marques Dip, *Sobre a qualificação no registro de imóveis*, cit., p. 335.

⁷⁸ “(...) o Direito brasileiro adota o princípio de legalidade ou legitimidade, em virtude do qual a validade da inscrição depende da validade do negócio que lhe dá origem e da faculdade de disposição do alienante” (Afranio de Carvalho, *Registro de imóveis*, cit., p. 225). “(...) a inscrição, tanto em relação às partes como em relação a terceiros, não tem a virtude de limpar o título que lhe dá origem, sanando os vícios jurídico-materiais que o inquinam, nem a de suprir a faculdade de disposição. (...). Embora tenha efeito constitutivo, não o tem saneador, precisamente porque ocupa o lugar da tradição em virtude da qual o alienante não transmite senão o direito que lhe assiste, pelo que, se nenhum lhe assiste, nenhum transmite. (...). Diante dessa contingência, cumpre interpor entre o título e a inscrição um mecanismo que assegure, tanto quanto possível, a correspondência entre a titularidade presuntiva e a titularidade verdadeira, entre a situação registral e a situação jurídica, a bem da estabilidade dos negócios imobiliários. Esse mecanismo há de funcionar como um filtro que, à entrada do registro, impeça a passagem de títulos que rompam a malha da lei, quer porque o disponente careça da faculdade

atividade não consiste na mera recondução abstrata e formal a um contrato tipicamente previsto, mas sim à valoração, dentro dos limites próprios da função registrária,⁷⁹ do negócio entabulado.⁸⁰

O tabelião não pode ser o algoz do desenvolvimento das relações econômicas sob o pretexto de atender a inexistente princípio da tipicidade dos títulos hábeis à constituição dos direitos reais. Tem o tabelião importante missão social, consistente em garantir a segurança das transações sujeitas a registro, mediante qualificação do título que atente não ao fetichismo do *nomem juris* ou da tipicidade do contrato, mas que verifique a seriedade do título e sua aptidão a alcançar o pretendido pelas partes, em absoluto respeito ao princípio da legalidade.

Repita-se: o princípio da legalidade, consistente na observância das disposições legais relativas ao título causal, não se confunde com o princípio da tipicidade do título. No direito brasileiro, vigora o princípio da legalidade, devendo o oficial se pautar nas disposições legais para efetuar o registro, dentre as quais desponta o Código Civil, que consagra o princípio da atipicidade contratual e, conseqüentemente, o direito dos particulares de entabularem os ajustes que melhor aprouverem aos seus interesses.

Vale observar, neste particular, que os *modos* de aquisição de direitos reais – sobre móveis ou imóveis – são típicos e taxativos, tanto que as partes não poderiam convencionar a transferência da propriedade como mero efeito contratual, devendo haver a tradição, ainda que ficta ou simbólica.⁸¹ De outra parte, os contratos hábeis à constituição de direitos reais são atípicos, como corolário da liberdade contratual, o que não desviriliza, consoante se destacou, os princípios da taxatividade e tipicidade dos direitos reais.

Nessa esteira, o art. 108 do Código Civil, ao tratar dos negócios hábeis à constituição, modificação e extinção dos direitos reais não faz qualquer limitação relativamente aos negócios típicos. Veja-se:

de dispor, quer porque a disposição esteja carregada de vícios ostensivos. O exame prévio da legalidade dos títulos é que visa a estabelecer a correspondência constante entre a situação jurídica e a situação registral, de modo que o público possa confiar plenamente no registro” (Afranio de Carvalho, *Registro de imóveis*, cit., p. 225-226).

⁷⁹ “(...) os limites da qualificação registrária se mostram de maneira mais vistosa no plano interpretativo, enquanto seus supostos se restringem: 1) ao vínculo levado a registro, 2) ao registro existente e persistente, e 3) à relação entre o título exibido e o registro existente. O recorte negativo pode sintetizar-se nesta redução: *quod non est in tabula et in instrumentum non est in mundo*. A qualificação registrária move-se dentro desses lindes, inadmitindo-se sua projeção a diligências exógenas desses supostos epistêmicos objetivos” (Ricardo Henry Marques Dip, *Sobre a qualificação no registro de imóveis*, cit., p. 360-361).

⁸⁰ Sobre a necessidade de valoração do concreto ato de autonomia privada, a despeito de se enquadrar formalmente nos direitos reais taxativamente previstos, cf. Gustavo Tepedino, *Teoria dos bens e situações subjetivas reais: esboço de uma introdução*, in *Temas de Direito Civil*, t. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 144-145.

⁸¹ Ebert Vianna Chamoun, *Direito Civil*, 4º ano, Rio de Janeiro: Aurora, 1955, p. 77.

Art. 108. Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País.

O art. 1.245 do Código Civil, que trata da aquisição da propriedade imóvel mediante o registro do título translativo, também não efetua nenhuma restrição aos negócios suscetíveis de transmitir o domínio. É ver-se:

Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.

§ 1º Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel.

§ 2º Enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel.⁸²

Na legislação anterior, da mesma forma, não se encontrava contenção quanto aos contratos hábeis à transmissão do domínio. Confirmam-se, por oportuno, os arts. 178 e 239 do Decreto nº. 4.857/1939:

Art. 178. No registro de imóveis será feita:

(...)

b) a transcrição:

I. da sentença de desquite e de nulidade ou de anulação de casamento, quando nas respectivas partilhas existirem imóveis ou direitos reais, sujeitos à transcrição;

II. dos títulos ou a inscrição dos atos inter-vivos relativamente aos direitos reais sobre imóveis, quer para a aquisição do domínio, quer para a validade contra terceiros;

III. dos títulos translativos da propriedade imóvel, entre vivos, para sua aquisição e extinção;

IV. dos julgados, nas ações divisórias, pelos quais se puser termo à indivisão;

V. das sentenças que, nos inventários e partilhas, adjudicarem bens de raiz em pagamento das dívidas da herança;

VI. dos atos de entrega de legados de imóveis dos formais de partilha e das sentenças de adjudicação em inventários, quando não houver partilha;

VII. da arrematação e da adjudicação em hasta pública;

VIII. da sentença declaratória da posse de imóvel, por 30 anos, sem interrupção nem oposição, para servir de título ao adquirente por usucapião;

IX. da sentença declaratória da posse incontestada e contínua de uma servidão aparente, por 30 ou 20 anos, nos termos do art. 551, do Código Civil, para servir de título aquisitivo;

X. para perda da propriedade imóvel, dos títulos transmissíveis ou dos atos renunciativos;

(...).

Art. 239. Estarão sujeitos a transcrição, no livro 3, **para operarem a transferência do domínio**, os seguintes atos:

I. Compra e venda pura ou condicional;

⁸² V. tb. art. 1.246, Código Civil: “O registro é eficaz desde o momento em que se apresentar o título ao oficial do registro, e este o prenotar no protocolo”.

- II. permuta;
- III. dação em pagamento;
- IV. transferência de quota a sociedades, quando dita quota for constituída por imóveis;
- V. doação entre vivos;
- VI. dote;
- VII. arrematação e adjudicação em hasta pública;
- VIII. sentença que, nos inventários e partilhas, adjudicar. bens em pagamento de dívidas da herança;
- IX. em geral, os demais contratos translativos de imóveis, inclusive de minas e pedreiras, independentemente do solo em que se acharem.**⁸³

Vale, ainda, transcrever os arts. 167 e 224 do Decreto-Lei 1.000/1969:

Art. 167. No registro de imóveis será feita: (...). b) a transcrição: I - da sentença de desquite e de nulidade ou de anulação de casamento, quando nas respectivas partilhas existirem imóveis ou direitos reais sujeitos a transcrição; **II - dos títulos relativos aos direitos reais sôbre imóveis, quer para a aquisição do domínio, quer para a validade contra terceiros;** III - dos títulos translativos da propriedade imóvel, entre vivos, para sua aquisição e extinção; IV - dos julgados, nas divisórias, pelos quais se puser termo à indivisão; V - das sentenças que, nos inventários e partilhas, adjudicarem bens de raiz em pagamento das dívidas da herança; VI - dos atos de entrega de legados de imóveis, dos formais de partilha e das sentenças de adjudicação em inventários, quando não houver partilha; VII da arrematação e da adjudicação em hasta pública; VIII - da sentença declaratória de usucapião para servir de título ao adquirente; IX - da sentença declaratória da posse incontestada e contínua de uma servidão aparente nos termos do artigo 551 do Código Civil, para servir de título aquisitivo. X - dos títulos transmissíveis ou dos atos renunciativos, para a perda da propriedade imóvel.

Art. 224. Estarão sujeitos a registro no livro nº 2, para operarem a transferência do domínio, os seguintes atos: I - compra e venda pura ou condicional; II - permuta; III - dação em pagamento; IV - transferência de quota a sociedades, quando fôr constituída por imóveis; V - doação entre vivos; VI - dote; VII - arrematação e adjudicação em hasta pública; VIII - sentença que, nos inventários e partilhas, adjudicar bens em pagamento de dívidas da herança; IX - **em geral, os demais contratos translativos de imóveis.**

Vigora, no direito brasileiro, o princípio da atipicidade contratual,⁸⁴ consagrado no art. 425 do Código Civil,⁸⁵ de sorte que, para existir limitação dos títulos hábeis à criação,

⁸³ Confirmam-se os ensinamentos da doutrina especializada: “No tocante à substância, três são os requisitos exigidos para a validade da transcrição: a) capacidade do alienante, para transferir; b) capacidade do adquirente, para adquirir; c) justa causa translaticia do domínio. Deduz-se daí que para o ato jurídico poder constituir justa causa translaticia do domínio, é necessário que seja translaticio da propriedade, como, por exemplo, os **contratos**, o testamento, a sociedade, o casamento, a sucessão, a sentença, a arrematação, a adjudicação” (J. M. de Carvalho Santos, *Código Civil brasileiro interpretado*, vol. VII, cit., p. 327, grifou-se).

⁸⁴ “No direito moderno, é facultado ao sujeito de direito criar, mediante vínculo contratual, quaisquer obrigações. As pessoas que querem obrigar-se não estão adstritas, com efeito, a usar os tipos contratuais definidos na lei. Desfrutam, numa palavra, a *liberdade de contratar ou de obrigar-se*” (Orlando Gomes, *Contratos*, cit., p. 119). V. tb. Rodolfo Sacco, *Autonomia contrattuale e tipi*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno XX, Milano: Giuffrè, 1966, p. 785-787.

⁸⁵ Art. 425, Código Civil: “É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”. “O dispositivo versa sobre matéria não expressamente contemplada pelo CC1916: os contratos

modificação ou extinção dos direitos reais, deve haver disposição legislativa expressa. Do contrário, há de se assumir a atipicidade de causas aptas a transferirem o domínio, desde que merecedoras de tutela,⁸⁶ em estrita consonância com o princípio da legalidade.

Imperioso seria reconhecer ao menos que, em relação aos bens móveis, a transferência do domínio poderia ter como causa um contrato atípico, já que não se afigura necessário o registro, sendo suficiente a tradição respaldada em título válido.⁸⁷ Nessa direção, o contrato estimatório, por meio do qual a propriedade dos bens móveis pode passar do consignante ao consignatário,⁸⁸ não era previsto pelo legislador antes do advento do Código Civil de 2002, mas de longa data é admitido.⁸⁹

atípicos. Todavia, a admissibilidade dessa categoria de contrato prescindiria, a rigor, da nova disposição, uma vez que deriva do princípio da liberdade contratual (v. art. 421), segundo o qual, em matéria de contratos, vigora o princípio do *numerus apertus*. Definem-se os contratos atípicos por aquilo que eles não são: ou seja, trata-se de contratos que não se enquadram nos modelos predispostos legalmente e que por isso, embora lícitos, não encontram disciplina jurídica no CC ou mesmo em leis especiais. A imaginação humana, aliada imprescindível das necessidades, sempre crescentes e variadas, não estanca pelo fato de o legislador haver cogitado de contratos típicos. (...) A qualificação do negócio permite ao intérprete identificar a presença de uma causa típica (contrato típico) ou atípica (contrato atípico). Nesta última hipótese, a disciplina contratual submete-se à autonomia privada, sendo a atipicidade contratual uma legítima manifestação da liberdade de contratar. Tanto os contratos atípicos como os típicos devem perseguir, na execução do concreto regulamento de interesses, uma função (sua causa jurídica, como acima exposto) condizente com os preceitos do ordenamento, especialmente os princípios constitucionais, para que possam ser merecedores de tutela. Neste sentido, a dicotomia entre os contratos típicos e atípicos deve ser mitigada, pois tem relevância descritiva, sendo necessário individuar o contrato em sua função concreta (causa em concreto), por meio da análise de todo o seu conteúdo, conforme se apresenta em sua execução prática, incluindo as cláusulas que, considerado apenas o tipo contratual em questão (causa em abstrato), pareceriam de importância secundária. (...). Os contratos atípicos, assim como os contratos típicos, deverão ser examinados, portanto, a partir de sua causa em concreto, ou seja, da função que concretamente realizam, para que se possa aferir sua legitimidade” (Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza, Maria Celina Bodin de Moraes *et al.*, *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. II, cit., p. 32-35).

⁸⁶ “Delle indicazioni di quest’ultima dottrina si deve anzitutto accogliere la precisazione preliminare per cui nessun principio dell’ordinamento impone la tipicità dei negozi ad effetti reali. Tuttavia, si è già detto, la riferita precisazione ancora non offre indicazione conclusive, poiché per un giudizio definitivo sulla validità del singolo negozio la tesi in questione rimanda alla valutazione della meritevolezza di tutela dell’accordo ‘fiduciario’, o, come sembra preferibile, del complessivo piano di interessi predisposto dai contraenti, nel cui ambito si collocano e devono essere valutati gli effetti reali ed obbligatori previsti. Il contratto, a sua volta, non può essere inteso come semplice strumento, agente neutro produttivo del trasferimento del diritto ma di per sé ininfluente sul contenuto della situazione giuridica risultante in capo all’acquirente del diritto. La validità dell’atto di autonomia, infatti, è condizionata, quanto agli esiti del giudizio di meritevolezza, proprio dalla globale considerazione del ‘risultato’, cioè della somma degli effetti giuridici, reali ed obbligatori, cui il negozio è preordinato” (Franco Anelli, *L’alienazione in funzione di garanzia*, cit., p. 307-308).

⁸⁷ Acerca da tradição como modo de transmissão da propriedade móvel, cf., na legislação, arts. 1.226, 1.267 e 1.268 do Código Civil e, na doutrina, Orlando Gomes, *Direitos Reais*, cit., p. 207-208; Clovis Bevilacqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, vol. III, cit., p. 182; Eduardo Espínola, *Posse, Propriedade, Compropriedade ou Condomínio, Direitos Autorais*, Rio de Janeiro: Conquista, 1956, p. 326.

⁸⁸ Art. 536, Código Civil: “A coisa consignada não pode ser objeto de penhora ou seqüestro pelos credores do consignatário, enquanto não pago integralmente o preço”. “Coerente com o princípio de que, neste contrato, a tradição da coisa não opera a transferência de propriedade, pois se o fizesse ter-se-ia compra e venda e não estimatório, o dispositivo ora em exame esclarece que a coisa consignada (isto é, a entregue ao consignatário para exposição à venda até o advento do termo no qual deverá escolher entre pagar o preço ou restituir a coisa) não pode ser objeto de penhora ou sequestro. Em outras palavras, não pode ser objeto de qualquer medida constritiva da sua disponibilidade, pelos credores do consignatário, até que o preço seja integralmente pago, pois é com o pagamento integral do preço, e não com a tradição, que o consignatário obterá a propriedade da coisa” (Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza, Maria Celina Bodin de Moraes *et al.*, *Código Civil interpretado*

Dessa forma, o negócio fiduciário – entendido como aquele que promove a transferência de um direito acompanhada de um vínculo obrigacional de como exercer esse direito – não impacta o tipo do direito de propriedade e tampouco deve ser rechaçado como causa idônea à transferência do domínio.⁹⁰ Admite-se, assim, no ordenamento pátrio, a transmissão fiduciária de direitos, que atrairá tutela própria, condizente com a complexa situação criada pelas partes.⁹¹

conforme a *Constituição da República*, vol. II, cit., p. 210-211). V. tb. Paulo Luiz Netto Lôbo, *Comentários ao Código Civil*, vol. 6, Antônio Junqueira de Azevedo (coord.), São Paulo: Saraiva, 2003, p. 268.

⁸⁹ “O contrato estimatório, apesar de aceito pela doutrina brasileira (...) somente veio a ser tratado em nosso direito como contrato típico no Código Civil de 2002, nos seus arts. 534 a 537” (Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol. III, cit., p. 197). “Eis uma inovação relevante do CC: a instituição da disciplina legal do contrato estimatório. Trata-se de negócio já amplamente difundido em nossa cultura, usualmente intitulado ‘venda em consignação’ ou, mais precisamente, ‘venda mediante consignação’” (Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza, Maria Celina Bodin de Moraes *et al.*, *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. II, cit., p. 205). “O que existe entre as partes mais se aproxima a um contrato estimatório, tipificado no novo código civil e comprovado através da prova testemunhal. Não prospera a tese do *tempus regit actum*, pois o fato de só estar previsto no código civil de 2002, não significa que não existisse antes, aliás tanto existia, como era amplamente utilizado, do contrário estaria sendo afrontado o princípio da atipicidade das formas contratuais, regra do direito brasileiro” (TJRJ, Ap. Cív. 2006.001.67426, 6ª CC, Rel. Des. Nagib Slaibi, julg. 25.4.2007, trecho do voto do relator). “O contrato estimatório, de índole nitidamente comercial, tem vivido, entre nós, como inominado, sem regulamentação. Os comentadores do Código Civil italiano rejubilam-se de ter sido ele disciplinado. Este contrato puxa muito pelo de compra e venda. Daí o seu lugar logo em seguida a ela, achando-se de permeio unicamente o de troca ou permuta, sobre o qual nos dispensamos de falar, eis que foram repetidos os dois únicos artigos do Código Civil” (Exposição de Motivos do Anteprojeto de Código Civil elaborada por Agostinho Alvim e publicada na *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, n. 24, 1972, p. 57-58).

⁹⁰ “Le droit français accepte sans difficulté que le transfert de propriété puisse avoir lieu en vertu d’un contrat innomé, comme la fiducie” (Pierre van Ommeslaghe, *Rapport de Synthèse*, in *Les opérations fiduciaires*, Colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984, Paris: Feduci, 1985, p. 465). “On sait que en droit suisse l’aliénation des droits réels mobiliers et immobiliers requiert une cause valable. En matière de fiducie, l’existence et la nature de l’acte générateur d’obligations (titre d’acquisition) ont été discutées. Après avoir estimé, dans un premier temps, que ‘l’acte fiduciaire’ ne pouvait constituer en lui-même une cause juridique suffisante et qu’il fallait dès lors parler de vente, échange, voire de donation fiduciaire, le Tribunal fédéral a fini par considérer, tout comme la doctrine majoritaire, que la convention de fiducie constituait un titre d’acquisition suffisant (cause valable) pour le transfert de la propriété du bien fiduciaire” (Jean-Philippe Dunand, *Le transfert fiduciaire: donner pour reprendre*, cit., p. 20-21). “A mio avviso, nel negozio fiduciario l’effetto reale ha, come sua causa giustificatrice, l’effetto obbligatorio del negozio stesso, e ciò è coerente al concetto di interdipendenza tra effetto reale ed effetto obbligatorio dianzi posto. Anche nel negozio fiduciario, come in ogni negozio che attua la funzione di scambio, la attribuzione patrimoniale è giustificata dall’assunzione di un obbligo da parte dell’accipiente: solo che questo effetto reale è inteso non già come corrispettivo, in senso economico, dell’effetto obbligatorio, ma come mezzo per rendere possibile all’accipiente quel suo comportamento in ordine alla cosa o al diritto a lui trasferito. E la causa dell’attribuzione patrimoniale in tanto è valida, in quanto il rapporto obbligatorio che con essa causa coincide sia un intento atipico sussumibile nel concetto di privata autonomia a termini dell’articolo 1103 cod. civ. Il che precisamente conferma quanto prima si è affermato; e cioè che, una volta riconosciuta l’ammissibilità di un negozio obbligatorio atipico *stricto sensu*, ne consegue anche ammissibilità di negozi atipici ad effetto real-obbligatorio, sempre che l’effetto reale si trovi in rapporto di interdipendenza con l’effetto obbligatorio, e lo scopo partico perseguito dalle parti nel negozio concreto presupponga, pel suo realizzarsi, l’effetto di diritto reale” (Cesare Grassetti, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, cit., p. 369).

⁹¹ “Una peculiare combinazione di effetti reali e obbligatori caratterizza il negozio fiduciario che è manifestazione della libertà contrattuale (1322) purché nel rispetto di finalità lecite (1344,1345)” (Pietro Perlingieri e Vito Rizzo, *Vincoli nella formazione dei contratti*, cit., p. 391). “Embora o negócio fiduciário não esteja previsto expressamente em nossa legislação, é ele plenamente admitido” (Álvaro Villaça Azevedo, *Negócio Fiduciário*, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 54, Limongi França (coord.), São Paulo: Saraiva,

1.3 Simulação e fraude à lei. Admissibilidade do negócio fiduciário no direito brasileiro

A confusão entre simulação e negócio fiduciário ocorre quando este se vale de expediente indireto, como uma compra e venda para fins de garantia.⁹² Fosse um negócio atípico que as partes intitulassem negócio fiduciário, já não haveria as mesmas questões dogmáticas suscitadas pela doutrina.

Mesmo quando traduz negócio indireto, não há de se confundir o negócio fiduciário com o simulado.⁹³ A vontade no negócio fiduciário é séria, os contratantes desejam o ajuste

1977, p. 156). “Em nosso Direito, porém, o negócio fiduciário, nas duas modalidades acima identificadas [garantia e administração], é reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência, entendendo-se que esses negócios inominados naturalmente defluem da autonomia de vontade e da liberdade contratual, desde que não afrontem o ordenamento jurídico (CC, art. 425), não dependendo de normas legais específicas para que sejam reconhecidas a sua validade ou legitimidade” (Luiz Gastão Paes de Barros Leães, *O acordo de acionistas como negócio fiduciário*, cit., p. 1.375). V. tb. Otto de Sousa Lima, *Negócio Fiduciário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962, p. 212. Acerca da admissibilidade do negócio fiduciário no direito brasileiro, v., dentre outros, os seguintes julgados: STF, RE 99640-1, 1ª T., Rel. Min. Néri da Silveira, julg. 28.8.1984; STF, RE 71616, 1ª T., Rel. Min. Rodrigues Alckmin, julg. 11.12.1973; STF, RE 82447, 2ª T., Rel. para o acórdão Min. Moreira Alves, julg. 8.6.1976; STF, RE 68966, 2ª T., Rel. Min. Thompson Flores, julg. 24.9.1970; STJ, REsp 57991, 4ª T., Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julg. 19.8.1997; TJSP, Ap. Cív. 006.192-4/3-00, 4ª CDP, Rel. Des. Barbosa Pereira, julg. 4.12.1997.

⁹² Ao propósito, confira-se a explicação de Orlando Gomes: “Na transferência da propriedade, para fins de administração ou garantia, via-se *simulação relativa*, no entendimento de que o contrato translativo ocultava o negócio verdadeiro, consistente realmente na constituição de um vínculo de *mandato*, ou de um *direito real pignoratício*. Com o *negócio fiduciário* alcançavam as partes fins para os quais serviam de falsa transmissão da propriedade. O contrato translativo seria, por conseguinte, negócio simulado, por encerrar aquela divergência entre a vontade real e a vontade declarada, que caracteriza, segundo o pensamento de numerosos autores, a simulação (...). Análise mais penetrante da estrutura do negócio fiduciário conduziu a doutrina a verificar a inexistência dessa aparente contraposição. (...). O fiduciante quer verdadeiramente alienar o bem. Se esta é a sua vontade real, não está em divergência com a vontade declarada, inexistindo, portanto, simulação” (*Alienação Fiduciária*, cit., p. 23-24). V. tb. Tullio Ascarelli, *Problema das Sociedades Anônimas e direito comparado*, cit., p. 120.

⁹³ Na doutrina brasileira cf., no sentido de que o negócio fiduciário não se confunde com a simulação, Nestor José Forster, *Alienação fiduciária em garantia*, cit., p. 25-37; Paulo Restiffe Neto, *Garantia Fiduciária*, cit., p. 7-8; Antonio Junqueira de Azevedo, *Negócio Fiduciário. Frustração da fidúcia pela alienação indevida do bem transmitido. Oponibilidade ao terceiro adquirente dos efeitos da fidúcia germânica e de procuração em causa própria outorgada ao fiduciante*, cit., p. 112-114; Orlando Gomes, *Introdução ao Direito Civil*, cit., p. 352-355; J. M. de Carvalho Santos, *Código Civil brasileiro interpretado*, vol. II, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p. 385; José Xavier Carvalho de Mendonça, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. VI, livro IV, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960, p. 85; Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol. III, cit., p. 369; Álvaro Villaça Azevedo, *Negócio Fiduciário*, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 54, cit., p. 166-167; Eduardo Espínola, *Manual do Código Civil brasileiro*, vol. III, Paulo de Lacerda (coord.), Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1923, p. 473; Humberto Theodoro Júnior, *Comentários ao Código Civil*, vol. III, t. I, cit., p. 479-480; Luiz Gastão Paes de Barros Leães, *Contrato de locação de postos de abastecimento como negócio indireto*, in *Pareceres*, vol. I, São Paulo: Singular, 2004, p. 44 e Luiz Gastão Paes de Barros Leães, *O acordo de acionistas como negócio fiduciário*, cit., p. 1.374. Na doutrina estrangeira, cf. Remo Franceschelli, *Il ‘Trust’ nel diritto inglese*, cit., p. 16; Francesco Galgano, *Il negozio giuridico*, cit., p. 489-490; José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil: teoria geral*, vol. III, cit., p. 306; Luigi Cariota-Ferrara, *I Negozi Fiduciari*, cit., p. 43-51; Tullio Ascarelli, *Problema das Sociedades Anônimas e direito comparado*, cit., p. 110.

com as suas consequências jurídicas, ainda que se sirvam dele para finalidade diversa.⁹⁴ As partes querem, efetivamente, o negócio que realizam e desejam se submeter à disciplina jurídica dele, isto é, aos efeitos típicos do ajuste adotado, na medida em que sem estes não alcançariam o objetivo final a que visam.⁹⁵ De acordo com Francesco Ferrara:

O negócio simulado é um contrato *fingido*, não *real*; o negócio fiduciário é um negócio *querido* e *existente*. O negócio simulado efetiva-se para produzir uma aparência, um engano: o negócio fiduciário pretende suprir uma ordem jurídica deficiente ou evitar certas consequências fidejussórias que derivam dum negócio. O negócio simulado é um negócio único, vazio de consentimento: o negócio fiduciário é uma combinação de dois negócios sérios, um *real* e outro *obrigatório*, neutralizando-se em parte e tendo influência contrária.⁹⁶

Maiores são as dificuldades em se diferenciar o negócio fiduciário da simulação relativa.⁹⁷ De acordo com Cesare Grasseti, por meio da simulação relativa as partes perseguem um escopo típico que, no todo ou em parte, é próprio de um negócio diverso daquele aparentemente celebrado. No negócio fiduciário, de outra parte, se persegue um escopo atípico, que não é alcançado por qualquer esquema negocial legislativamente

⁹⁴ “O negócio fiduciário, como querido realmente, produz todos os efeitos ordinários, ainda que entre si os contratantes assumam a obrigação pessoal de usar dos efeitos obtidos unicamente para o fim entre eles estabelecido” (Francesco Ferrara, *A simulação dos negócios jurídicos*, cit., p. 76). “Quem vende com fins de garantia quer efetivamente transmitir a propriedade e, por isso, recorre à venda, e não ao penhor, até nos casos em que seria possível constituir penhor” (Tullio Ascarelli, *Problema das Sociedades Anônimas e direito comparado*, cit., p. 112).

⁹⁵ “A consecução do objetivo final visado pelas partes não exclui a realização do seu fim típico, embora para fins ulteriores; querem, ao contrário do que acontece na simulação, sujeitar-se à disciplina própria do negócio adotado. Na simulação, as partes, para alcançar o fim visado, declaram o que não corresponde à vontade delas, regulando, no entanto, clandestinamente, as próprias relações jurídicas de modo conforme à vontade real; no negócio indireto, ao contrário, o fim prático visado pelas partes é alcançado justamente por meio do negócio adotado e declarado” (Tullio Ascarelli, *Problema das Sociedades Anônimas e direito comparado*, cit., p. 111). V. tb. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. IV, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 505.

⁹⁶ Francesco Ferrara, *A simulação dos negócios jurídicos*, cit., p. 90. E remata: “O negócio simulado não pretende alcançar um resultado econômico, nem jurídico; o fiduciário quer o resultado jurídico, mas não o resultado econômico que normalmente corresponderia ao ato realizado: existe uma divergência entre o fim econômico e o meio jurídico usado. O negócio simulado é absolutamente nulo, não acarreta consigo transferência alguma de direitos e, por isso, o que simula continua sendo proprietário e pode reivindicar da massa do concurso, em caso de falência do adquirente fictício, o objeto sobre que versava aquele negócio; a alienação que o testa de ferro tivesse feito seria normalmente ineficaz, e a utilização da coisa em proveito próprio constituiria um delito” (Francesco Ferrara, *A simulação dos negócios jurídicos*, cit., p. 90).

⁹⁷ “La simulazione è assoluta (1414) quando le parti concludono un contratto e con separato e segreto accordo (provato dalla c.d. controdichiarazione) dichiarano di non volerne gli effetti. L'intento perseguito è quello di creare, di fronte ai terzi, l'apparenza del trasferimento di un diritto o dell'assunzione di una obbligazione. La simulazione è relativa (1414) quando le parti fingono di stipulare un contratto – c. d. simulato – ma in realtà vogliono che si producano gli effetti di un altro contratto – c. d. dissimulato (ad es., le parti simulano una vendita e invece intendono di realizzare una donazione)” (Pietro Perlingieri e Maria Di Bartolomeo, *Accordo simulatorio*, in *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, p. 404). V., ainda, Emilio Betti, *Consapevole divergenza della determinazione causale nel negozio giuridico. Simulazione e riproduzione dicis causa o fiduciae causa*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano 'Vittorio Scialoja'*, nuova serie vol. I, Roma: Istituto di Diritto Romano, 1934, p. 302. No Brasil, por todos, cf. Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza, Maria Celina Bodin de Moraes *et al.*, *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. I, Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 317-318.

estabelecido.⁹⁸ O negócio fiduciário, segundo o autor, é um meio utilizado para um fim atípico, que não integra nenhum dos tipos legais.⁹⁹

A rigor, contudo, o fato de um negócio previsto pelo legislador servir a um dado fim não exclui que os particulares possam entabular negócios atípicos para o mesmo fim, ou mesmo que se utilizem de expedientes indiretos para tanto.¹⁰⁰ A título ilustrativo, tem-se o mandato em causa própria, que preenche, indiretamente, uma função de cessão ou de compra

⁹⁸ Cesare Grassetti, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, cit., p. 359.

⁹⁹ Cesare Grassetti, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, cit., p. 360-361.

¹⁰⁰ “O contrato indirecto em que o tipo de referência seja um e o fim indirecto corresponda ao fim típico de um outro tipo contratual, não é necessariamente um contrato relativamente simulado. A qualificação do contrato como simulado supõe que haja nas partes um intuito de enganar terceiros, que no contrato indirecto não existe. Os depósitos de fundos de um Banco noutro Banco, como é usual no mercado interbancário internacional, com o fim indirecto de financiamento, não constitui um mútuo simulado, mas sim um depósito com o fim indirecto de financiamento. As partes não têm nada a esconder com a celebração do contrato e muito menos têm a intenção de enganar quem quer que seja quanto à verdadeira natureza do negócio. O que as partes querem é alcançar a finalidade prática do financiamento com a utilização do modelo regulativo do tipo do depósito a prazo e designadamente a vigência das taxas de juros do depósito fixadas pelo mercado. Não sendo simulado, não poderá então o contrato qualificar-se directamente como mútuo, já que é ao mútuo que corresponde o seu fim tal como querido pelas partes? A resposta é negativa. O fim tido em vista pelas partes ao celebrarem um contrato não é tudo, no que respeita à sua qualificação. É apenas um dos índices que contribui para a qualificação em concorrência com outros índices que no caso sejam disponíveis. No caso do contrato indirecto, o fim tido em vista pelas partes, como índice de qualificação, colide desde logo com a estipulação do tipo de referência, que é diferente. Qualificar o contrato globalmente como do tipo correspondente ao fim tido em vista, ou qualificá-lo globalmente como do tipo de referência significa desrespeitar a vontade contratual. O que as partes querem, no caso, é alcançar aquele fim indirecto através da base regulativa do tipo de referência e não a de um outro tipo qualquer. No caso em que o fim indirecto corresponda a um tipo diferente do tipo de referência, a vontade contratual resulta clara no sentido da recusa da disciplina típica do tipo a que o fim indirecto corresponde e da sua substituição pela do tipo de referência” (Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos Atípicos*, cit., p. 249-250). “Alla tecnica del contratto indirecto è riconducibile l’ipotesi, frequente nell’esperienza, del contratto di società utilizzato in funzione traslativa della proprietà di un bene produttivo. Tizio intende trasferire a Caio una azienda; ma, anziché stipulare una vendita, costituisce con Caio una società, nella quale conferisce l’azienda; quindi vende a Caio, o a soggetto da questo indicato, le quote da lui sottoscritte. Ci può essere, in questa ipotesi, un intento di elusione fiscale, giacché il conferimento in società, seguito dalla cessione delle quote sociali, non ha altra giustificazione economica se non il risparmio di imposta che a quel modo si realizza. Ma una giustificazione economica è presente quando fra le parti sia pattuito che il prezzo debba essere pagato a rate: avendo le parti sostituito all’azienda le quote di una società conferitaria della stessa, è possibile convenire che l’alienante ceda le quote in più *tranches*, in corrispondenza del pagamento delle singole rate. Qui non c’è simulazione: non c’è un meccanismo contrattuale formato da più contratti collegati (contratto di società con conferimento in natura, più un contratto o una serie di contratti di vendita delle quote) che dissimula una compravendita. Le parti vogliono produrre gli effetti propri dei contratti che concludono; vogliono, in particolare, dare vita ad una società, per poi cedere le relative quote (e la società sarà anche esercitata da esse in comune, ove sia prevista la cessione delle quote a *tranches*, fino al trasferimento dell’ultima *tranche*). Le parti pervengono, alla fine, ad un risultato sostanzialmente corrispondente alla vendita del bene produttivo, ma pervengono ad un risultato che è, a ben guardare, solo sostanzialmente corrispondente, giacché il compratore non avrà nel proprio patrimonio, alla fine, un bene produttivo, ma le quote di una società proprietaria del bene produttivo” (Francesco Galgano, *Il negozio giuridico*, cit., p. 498). “Mas se não há norma injuntiva que o proíba, para que se recorre ao negócio indirecto? Normalmente, para aproveitar a disciplina do negócio típico reclamado. Mas aproveitar a disciplina de um negócio típico, dissociada da causa respectiva, não é por si fraudulento. As partes, que na sua autonomia podem criar os regimes não proibidos que entenderem, podem também estabelecê-los por aproveitamento dos regimes legalmente previstos. Também não é por aqui que o negócio indirecto é ilícito” (José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil: teoria geral*, vol. III, cit., p. 307).

e venda e nem por isso traduz simulação. Francesco Ferrara, por sua vez, diferencia o negócio fiduciário da simulação relativa nos seguintes termos:

Ao passo que na simulação relativa existem dois negócios, um aparente e outro sério, o primeiro dos quais serve para mascarar o segundo, nos negócios reais indirectos não existe sequer a sombra duma ficção, sendo o acto verdadeiro na sua totalidade, apesar de produzir efeitos complexos. Por outro lado, ao passo que o negócio dissimulado procura conseguir um resultado mediante uma forma jurídica directa, ainda que oculta sob outra forma aparente, o negócio indirecto aparece clara e manifestamente, ainda que seja o resultado dum tecido de vários actos que se unem e combinam e que, pela sua acção complexa, chegam a produzir um efeito equivalente ou análogo a outro tipo de contrato. Não é que as partes mascarem este contrato, mas sim que tendem a conseguir efeitos idênticos, empregando simultaneamente várias formas jurídicas. Desta diferença teórica resultam consequências práticas importantes, das quais assinalarei uma, principalíssima. É a de que, para apreciar o valor do negócio indirecto, não se toma em conta se nele existem ou não os requisitos essenciais para a validade do acto que produz efeitos análogos aos que se querem conseguir, coisa que, pelo contrário, se dá com o negócio mascarado. Por isso, o negócio indirecto pode ter eficácia mesmo quando não reúna as condições necessárias para a validade do outro contrato, cujos efeitos se procuram com a combinação usada.¹⁰¹

Dessa forma, o negócio fiduciário não se confunde com a simulação, pois, conforme leciona Manuel A. Domingues de Andrade:

(...) as partes querem, de facto, que a cláusula fiduciária só produza efeitos obrigacionais, não excluindo portanto que, em face de terceiros e entre elas mesmas, a titularidade dos respectivos bens ou direitos passe verdadeiramente para o fiduciário. Se este não cumpre aquela cláusula, a intenção das partes é que o fiduciante só possa agir contra ele por via obrigacional – sujeito pois aos riscos próprios duma posição meramente creditória. Ao passo que na simulação feita nos termos indicados os simuladores não querem realmente a transmissão, só valendo esta em face de terceiros de boa-fé por não ser invocável contra eles a simulação.¹⁰²

O Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, reconheceu a validade de negócio fiduciário celebrado, tendo destacado suas diferenças em relação à simulação. Confirmam-se trechos do voto do Ministro Relator:

O cerne da controvérsia diz respeito à qualificação da transação realizada entre recorrente e recorrido: ou negócio fiduciário e, portanto, válido; ou simulação, devendo averiguar-se se, nessa última hipótese, se inocente ou maliciosa. No caso, a venda do apartamento efetivou-se, vale dizer, o comprador tornou-se proprietário e também devedor hipotecário da instituição financeira. O vendedor, por sua vez, recebeu o preço real e devolveu parte do dinheiro, correspondente ao Fundo de Garantia, liberado da conta do recorrido por ocasião do financiamento. Em outras palavras, o negócio não se limitou à aparência, porém se efetivou e gerou efeitos no mundo jurídico, transmitindo-se o direito para atingir finalidade econômica, qual seja, investir nas obras do restaurante. (...). Como se vê, a compra e venda se

¹⁰¹ Francesco Ferrara, *A simulação dos negócios jurídicos*, cit., p. 239-240.

¹⁰² Manuel A. Domingues de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, cit., p. 176.

concretizou, o preço foi pago e recebido, a posse do imóvel se transferiu, o financiamento imobiliário cumpriu a finalidade de aquisição do apartamento. Ou seja, transmitiu-se o direito, com vistas à obtenção de uma finalidade econômica. E a fidúcia está presente na promessa de devolução do bem assim que o autor estivesse em melhor condição econômica. (...). Tudo considerado, tenho que na espécie o fim buscado entre as partes não invalida o ajuste entre elas firmado, no particular, relativo à compra e venda, que não se caracterizou como negócio aparente, fictício, mas real, tornando-se legítima a pretensão de ressarcimento das quantias pagas, uma vez quebrada a fidúcia, o que ocorreu pela negativa em devolver-se o apartamento. Ademais, é de registrar-se que, independentemente da qualificação jurídica atribuída ao ajuste, o que ocorreu foi o enriquecimento de uma das partes em detrimento da outra. Com efeito, o recorrente vendeu o apartamento, porém pagou sessenta e duas prestações mensais de um financiamento de cento e oitenta meses, além de ter despendido a importância referente ao Fundo de Garantia do recorrido. Assim procedeu, com a confiança na devolução do bem ao seu domínio. Ao permanecer com o imóvel, é fora de dúvida que o recorrido auferiu vantagens da transação, conhecido o repúdio do Direito ao enriquecimento indevido.¹⁰³

O fato de o negócio indireto e, por conseguinte, o negócio fiduciário não se confundirem com a simulação não significa que sejam sempre lícitos. Os fins almejados pelas partes podem ser ilícitos e, dessa forma, o negócio fiduciário também o será. A ilicitude não recai sobre a causa típica eleita pelas partes, mas sobre o fim último por estas colimado.¹⁰⁴ O negócio fiduciário pode ser utilizado, como qualquer outro ajuste, para fraudar a lei.¹⁰⁵

¹⁰³ Eis a ementa: “Direito civil. Negócio fiduciário. Simulação. Compra e venda de imóvel, com promessa de devolução. Pagamento de parte do financiamento pelo vendedor. Enriquecimento sem causa. negócio real e não aparente. Arts. 102, 103 e 104, CC. Valores jurídicos. Hermenêutica. Recurso provido. I - O negócio fiduciário, embora sem regramento determinado no direito positivo, se insere dentro da liberdade de contratar própria do direito privado e se caracteriza pela entrega de um bem, geralmente em garantia, com a condição, *verbi gratia*, de ser devolvido posteriormente. II - Na lição de Francesco Ferrara, "o negócio fiduciário, como querido realmente, produz todos os efeitos ordinários, ainda que entre si os contratantes assumam a obrigação pessoal de usar dos efeitos obtidos unicamente para o fim entre eles estabelecido" (*A simulação dos negócios jurídicos*, cit., p. 76). III - No negócio simulado há uma distância entre a vontade real e a vontade manifestada, ao contrário do negócio fiduciário, no qual a vontade declarada corresponde à realidade. IV - No cotejo entre dois valores protegidos pelo Direito, cabe ao julgador prestigiar o de maior relevo e que no caso se manifesta com maior nitidez” (STJ, REsp 155242/RJ, 4ª T., Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julg. 15.2.1999). “Para garantir dívida de Cr\$ 280.552,70, deu o réu à autora a titularidade de compromisso sobre apartamento que adquirira, ao mesmo tempo que dela recebeu promessa de cessão do imóvel, uma vez satisfeita a aludida dívida, com juros de 1% ao mês, em prazo certo. Documento à parte é que veio a esclarecer as condições do negócio, nele se estipulando que não paga a dívida no vencimento, cabia ao réu vender o apartamento de comum acordo com a autora para o pagamento desta, tocando àquele o saldo porventura verificado. (...). Trata-se de negócio fiduciário válido e não de simulação. O fim visado não corresponde ao típico do negócio, mas este é querido seriamente” (TJSP, Ap. Cív. 97.513, 1ª CC, in *Revista dos Tribunais*, vol. 295, 1960, p. 190-192). V. tb. TJSP, Ap. Cív. 7159349-2, 13ª CDP, Rel. Des. Herald de Oliveira, julg. 30.1.2008; TASP, Ap. Cív. 29.651, 4ª CC, in *Revista dos Tribunais*, vol. 292, 1960, p. 504-508; TJSP, Ap. Cív. 95.126, 4ª CC, in *Revista dos Tribunais*, vol. 291, 1960, p. 363-365; TJMG, Ap. Cív. 27.069, 2ª CC, in *Revista Forense*, vol. 218, 1967, p. 164-171.

¹⁰⁴ “Como vimos, a lei, quando proíbe determinado ato jurídico, visa, através deste os seus efeitos e, proibindo o ato, nele, o que ela condena são os resultados e não a forma ou, por outra, a forma só é vedada em atenção aos resultados e por causa deles. Assim, os negócios indiretos, quando utilizados no sentido de se esquivarem à aplicação do princípio legal, confundem-se com os negócios fraudulentos, incorrendo, por conseguinte, na mesma fulminação proferida pela lei contra os negócios diretos, como se direitos fossem, pois, direto ou indireto, o que resulta do negócio é o efeito, cuja vedação, ao vedar o ato direto, a lei tinha em vista produzir. (...). Ora, o princípio que rege os negócios indiretos é que estes se terão por proibidos toda vez que tiverem por fim ou função produzir os efeitos que a lei, ao vedar os negócios diretos, visa proibir” (Francisco Campos, *Direito Civil*,

Com efeito, há preceitos cogentes que devem ser observados toda vez que as partes pretendam a produção de determinado efeito, não importa o instrumental jurídico por elas utilizado. A título ilustrativo, a transmissão da propriedade para fins de garantia não pode fazer tábula rasa dos preceitos relativos à vedação do pacto comissório.¹⁰⁶ Consoante a doutrina especializada:

O negócio indireto fica, portanto, subordinado, quer quanto à validade, quer quanto à disciplina, a duas ordens de normas jurídicas: as que dizem respeito ao tipo de negócio adotado, e as que concernem à função deste no caso concreto. No que diz respeito ao primeiro problema é preciso ter em conta as normas que concernem a um determinado negócio, independentemente dos fins últimos visados pelas partes; no que se refere ao segundo problema, cumpre, ao contrário, levar em conta as normas que respeitam a um determinado efeito, qualquer seja o negócio adotado pelas partes e isso, justamente, para evitar seja um negócio usado fraudulentamente.¹⁰⁷

Em definitivo, não há de se confundir o negócio fiduciário com o simulado. Este não é querido e serve para dissimular o ajuste realmente desejado ou apenas para criar uma aparência falsa. O negócio fiduciário, por outro lado, para alcançar plenamente os seus fins, precisa dos efeitos do tipo eleito pelas partes, que, por isso mesmo, é verdadeiramente desejado por elas, embora para finalidade que não é a natural do tipo utilizado. Além disso, o negócio fiduciário não se afigura, só por si, fraudulento, sendo necessário investigar, como em qualquer avença, se as partes, mediante o acordo celebrado, objetivam escapar à incidência de preceitos legais imperativos, de molde a fraudar a lei.

Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, p. 242-243). V. tb. Alvino Lima, *A fraude no direito civil*, cit., p. 80-81; Tullio Ascarelli, *Problema das Sociedades Anônimas e direito comparado*, cit., p. 112.

¹⁰⁵ “Portanto, em cada sistema positivo, os negócios indiretos, quanto à validade, devem ser considerados do ponto de vista da fraude à lei; este será o elemento decisivo que deveremos ter presente também na investigação de direito moderno” (Tullio Ascarelli, *Problema das Sociedades Anônimas e direito comparado*, cit., p. 115). “Il contratto fiduciario è nullo quando, come spesso accade, costituisce il mezzo per eludere l’applicazione di una norma imperativa e si rivela, perciò, un contratto in frode alla legge” (Francesco Galgano, *Il negozio giuridico*, cit., p. 492). “Dois são os elementos essenciais para a configuração da fraude à lei. (...). O primeiro dos elementos acima referidos se constitui pela necessidade de existência de norma imperativa no ordenamento jurídico, necessariamente incidente quando presente determinada situação jurídica. O segundo elemento se constitui pela realização de negócio jurídico suscetível de produzir, por meio indireto, exatamente o resultado previsto como indesejado pela norma jurídica imperativa ou o atingimento de resultado a ele equivalente. Esses dois elementos, mais do que presentes, precisam estar em estreita relação um com o outro, de vez que, como visto, o negócio jurídico que serve de instrumento para se fraudar a lei deve ser apto a produzir a mesma consequência jurídica que a lei imperativa visa a evitar, ou ser contrário a princípio jurídico estabelecido como necessário pelo ordenamento jurídico” (Regis Velasco Fichtner Pereira, *A fraude à lei*, cit., p. 93). V. tb. Otto de Sousa Lima, *Negócio Fiduciário*, cit., p. 209 e Francisco Paulo De Crescenzo Marino, *Notas sobre o negócio jurídico fiduciário*, cit., p. 63.

¹⁰⁶ V. item 1.6.1.2 deste capítulo.

¹⁰⁷ Tullio Ascarelli, *Problema das Sociedades Anônimas e direito comparado*, cit., p. 117.

1.4 Efeitos do negócio fiduciário

Uma vez verificada a admissibilidade do negócio fiduciário no direito brasileiro, há de se investigar seus efeitos e a tutela que lhe é reservada.

A atribuição da propriedade plena garante ao fiduciário ampla atuação e efetiva autonomia, que não seriam alcançadas a partir de outros instrumentos, como o mandato.¹⁰⁸ A transmissão do direito, portanto, é o meio de que se vale o alienante para atingir fins que não seriam obtidos da mesma forma por intermédio de outros institutos, consoante se verificou no item 1.1.1 do presente trabalho.

O negócio fiduciário, a despeito das múltiplas funções que pode realizar, não tem uma expressiva utilização prática. E isso se deve ao fato de que, embora objeto de proteção jurídica, ainda possui consideráveis riscos, notadamente o de insolvência do fiduciário, já que o vínculo fiduciário não é oponível aos seus credores.

Não bastasse isso, mesmo estando os herdeiros do fiduciário obrigados a respeitar o pacto fiduciário, o alienante se sujeita a discussões e delongas próprias do processo de inventário, não havendo tecnicamente separação do bem objeto do negócio fiduciário em relação ao patrimônio do *de cuius*, de modo que integra a herança e se sujeita às regras que lhe são próprias, o que pode impactar a eficiência da gestão fiduciária. O mesmo vale em relação ao cônjuge, que no bojo de um processo de divórcio pode suscitar questões e abrir flanco de discussões que torna a posição do alienante vulnerável.

Os remédios legais para a efetivação da obrigação assumida pelo fiduciário não são, em geral, dotados de caráter real, mas apenas operam *inter partes*. Quer isto dizer que a execução específica do pacto obrigacional condiciona-se ao bem ainda se encontrar no patrimônio do fiduciário e não ter sido objeto de alienação válida a terceiro de boa-fé.¹⁰⁹

¹⁰⁸ V. nota de rodapé n.º. 40.

¹⁰⁹ “Esso [il contratto fiduciario] è, in linea di principio, valido ed efficace (...) e, nel caso di inadempimento del patto fiduciario (Caio tiene per sé il bene, rifiutandosi di ritrasferirlo), si potrà agire in giudizio per l’adempimento, anche in forma specifica. Tuttavia, il patto fiduciario ha efficacia meramente obbligatoria, non efficacia reale: vincola le parti fra loro, ma non è opponibile ai terzi. Chi acquista un bene con contratto fiduciario ne acquista la piena proprietà, non una proprietà limitata; e può validamente disporne. Se il fiduciario, violando il patto, vende ad un terzo questi acquista validamente; ed il fiduciante avrà definitivamente perduto il bene (altrettanto accade se un creditore del fiduciario agisce su quel bene). Altro non potrà ottenere se non la condanna del fiduciario infedele al risarcimento dei danni” (Francesco Galgano, *Il negozio giuridico*, cit., p. 489). V. tb. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. III, cit., p. 181; Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol. III, cit., p. 368.

1.4.1 Herdeiros do fiduciário

O negócio fiduciário, assim como os demais ajustes válidos celebrados em vida pelo *de cujus*, é protegido na hipótese de abertura da sucessão. Neste instante, por força do princípio da *saisine*, consagrado no art. 1.784 do Código Civil,¹¹⁰ os herdeiros adquirem, imediatamente, a propriedade e a posse dos direitos integrantes da herança.¹¹¹ Assim, o patrimônio do falecido, isto é, a herança, transmite-se de imediato aos herdeiros na data da abertura da sucessão. Todavia, a herança não se funde ao patrimônio destes, permanecendo segregada para a solução dos débitos que lhe são pertinentes com vistas à posterior partilha do remanescente entre os herdeiros.¹¹²

As relações jurídicas em que figurava o *de cujus* ou bem são mantidas e exigíveis em face dos herdeiros ou, por serem personalíssimas,¹¹³ extinguem-se, com as consequências jurídicas daí decorrentes, que, evidentemente, são vinculativas para os herdeiros.¹¹⁴ Em ambos

¹¹⁰ Art. 1.784, do Código Civil: “Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”.

¹¹¹ Na doutrina, v. Clovis Bevilacqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, vol. VI, cit., p. 6-7; J. M. de Carvalho Santos, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. XXII, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p. 11; Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, vol. I, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937, p. 69; Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, vol. II, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937, p. 576; Arthur Vasco Itabaiana de Oliveira, *Tratado de Direito das Sucessões*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 50. Na doutrina estrangeira, cf. Henri De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. IX, Bruxelles: Émile Bruylant, 1941, p. 345.

¹¹² Seja consentido remeter a Milena Donato Oliva, *Patrimônio Separado: herança, massa falida, securitização de créditos imobiliários, incorporação imobiliária, fundos de investimento imobiliário, trust*, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 279-290.

¹¹³ “As obrigações, que não passam aos herdeiros, denominam-se *personalíssimas*” (Clovis Bevilacqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, Rio de Janeiro: Editora Rio, Edição Histórica, p. 64). Cf. tb. Orlando Gomes, *Sucessões*, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 11; Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol. VI, Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 22.

¹¹⁴ No caso do mandato, por exemplo, contrato personalíssimo por excelência, os herdeiros do mandatário são obrigados a prestar contas e a entregar ao mandante o bem objeto do mandato. E, ainda, em caso de urgência, o legislador estende a eficácia do mandato para além da morte do mandatário, de maneira que os herdeiros devem providenciar a bem do mandante. Vejam-se os dispositivos legais pertinentes do Código Civil: “Art. 682. Cessa o mandato: (...) II – pela morte ou interdição de uma das partes; (...)”. “Art. 690. Se falecer o mandatário, pendente o negócio a ele cometido, os herdeiros, tendo ciência do mandato, avisarão o mandante, e providenciarão a bem dele, como as circunstâncias exigirem”. “Art. 691. Os herdeiros, no caso do artigo antecedente, devem limitar-se às medidas conservatórias, ou continuar os negócios pendentes que se não possam demorar sem perigo, regulando-se os seus serviços dentro desse limite, pelas mesmas normas a que os do mandatário estão sujeitos”. “Art. 668. O mandatário é obrigado a dar contas de sua gerência ao mandante, transferindo-lhe as vantagens provenientes do mandato, por qualquer título que seja”. Sobre tema, oportuno transcrever os ensinamentos de Gustavo Tepedino: “Embora o exercício do mandato, por ser essencialmente *intuitu personae*, seja intransmissível *causa mortis*, a obrigação de prestar contas transmite-se aos seus herdeiros e demais sucessores, assim como também são transferidos o direito de exigir a prestação de contas e o direito de obter as vantagens decorrentes do mandato” (*Comentários ao novo código civil*, vol. X, Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.), Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 116).

os casos, não podem os herdeiros ser indiferentes aos ajustes, devendo proceder conforme cada situação exija.

O negócio fiduciário nem sempre revestirá caráter personalíssimo, a depender da concreta função que desempenha. Não necessariamente, portanto, o negócio fiduciário terá o vínculo personalíssimo relativo à *fides* depositada no fiduciário, como no caso do ajuste fiduciário para fins de garantia.¹¹⁵ E, mesmo quando houver o caráter personalíssimo que impeça a continuidade do negócio fiduciário para além da morte do *de cuius*, os herdeiros devem respeitar as consequências da extinção do ajuste, devendo entregar o bem objeto do negócio fiduciário ao fiduciante, aos herdeiros deste ou ao terceiro que tiver sido designado pelo fiduciante.

Dessa sorte, em caso de morte do fiduciário, os herdeiros encontram-se vinculados ao pacto obrigacional, seja para ultimar-lhe o cumprimento, seja para, uma vez operada sua extinção, transferir o bem a quem o fiduciante tiver determinado.

O Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de julgar, unanimemente, caso em que houve a transmissão fiduciária de um bem para fins de garantia da dívida. O fiduciário faleceu e sua esposa recusou-se a devolver o bem, não obstante ter sido a dívida integralmente paga. Entendeu o Superior Tribunal de Justiça que, sendo o negócio fiduciário válido, não poderia a esposa do fiduciário falecido se recusar a devolver o bem uma vez integralmente paga a dívida. Confira-se trecho da ementa:

O negócio fiduciário, embora sem regramento determinado no direito positivo, se insere dentro da liberdade de contratar própria do direito privado e se caracteriza pela entrega fictícia de um bem, geralmente em garantia, com a condição de ser devolvido posteriormente. Reconhecida a validade do negócio fiduciário, o retorno ao estado anterior é mero efeito da sua declaração de existência, pelo que o bem dado em garantia de débito deve retornar, normalmente, à propriedade do devedor.¹¹⁶

Veja-se trecho do voto do Ministro Relator Sálvio de Figueiredo Teixeira:

¹¹⁵ “A fidúcia pode ser no interesse do fiduciante, do fiduciário ou de terceiro. A fidúcia em administração é, em princípio, no interesse do fiduciante ou de terceiro; a fidúcia em garantia ou em pagamento é no interesse do fiduciário, o credor” (Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos Atípicos*, cit., p. 262).

¹¹⁶ STJ, REsp 57991, 4ª T., Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julg. 19.8.1997. Eis o relatório do caso: “Os recorridos firmaram com Costabile Raso, falecido marido da recorrente, negócio fiduciário pelo qual transmitiram àquele um imóvel situado em Águas de Lindóia – SP, em garantia de dívida, com a promessa de devolução do mesmo após a quitação do débito. Exigido o cumprimento do pacto frente à mulher e sucessora do morto, esta se recusou a tanto, pelo que aforaram os recorridos ação ordinária com vista à declaração de existência do negócio fiduciário, à declaração de ter ocorrido o pagamento da dívida e à anulação da escritura e do correspondente registro do título no álbum imobiliário. (...). O Juiz rejeitou a preliminar, bem como o Tribunal de Justiça de São Paulo, entendendo este que não se tratava de ação anulatória, mas sim de pedido declaratório de existência de negócio fiduciário, sendo que o retorno ao estado anterior seria mera consequência do acolhimento do pedido inicial”.

A recorrente persiste no seu entendimento segundo o qual teria ocorrido a prescrição, já que o objeto da demanda seria a anulação da escritura do imóvel em razão de simulação das partes envolvidas. Incorreta a tese, todavia. Os recorridos, relatando pormenorizadamente os antecedentes do contrato entabulado, mostraram que efetivamente firmaram um negócio fiduciário. Em garantia de dívida, transferiram para o falecido marido da recorrente o imóvel objeto dos autos, com o compromisso de ser-lhes devolvido após o pagamento do débito. O negócio fiduciário, embora sem regramento determinado no direito positivo, se insere dentro da liberdade de contratar própria do direito privado e se caracteriza pela entrega fictícia de um bem, geralmente em garantia, com a condição de ser devolvido posteriormente. (...). Desta forma, o retorno ao *status quo ante* é simples consequência lógica da declaração de existência do negócio fiduciário, porque constitui característica inerente à sua essência. Reputado válido o contrato, a devolução do bem dado em garantia do débito deve retornar, normalmente, à propriedade do devedor. Não há, portanto, que se falar em pretensão de anulação de contrato. Pelo contrário, o que se pretendeu foi o reconhecimento de sua efetiva ocorrência com produção de efeitos que são próprios à natureza do negócio. (...). É de salientar-se ainda que de negócio simulado também não se cuida. No negócio simulado há uma distância entre a vontade real e a vontade existente, o que se mostra ausente no fiduciário, que, por sua vez, se preocupa com a verdadeira expressão da vontade das partes. (...).¹¹⁷

1.4.2 Cônjuge do fiduciário

O cônjuge do fiduciário deve respeitar o negócio fiduciário como qualquer outro ajuste validamente entabulado pelo seu consorte. Desde que o negócio fiduciário não traduza meio fraudulento de prejudicar os direitos assegurados ao cônjuge, este não pode ter pretensão que redunde em violação ao pacto fiduciário.

Nessa esteira, em se tratando de negócio fiduciário validamente celebrado, não pode o cônjuge, se for o caso, se negar à outorga uxória em desacordo com o pactuado. Isso porque o bem adquirido por um dos cônjuges o foi juntamente com a obrigação de sua transmissão em determinadas hipóteses. A aquisição da coisa ocorre concomitantemente à assunção de

¹¹⁷ Veja-se por oportuno, ainda, o seguinte julgado: “Na espécie, não se sabe qual teria sido o objetivo da fidúcia, mas não se pode negar a existência de negócio fiduciário dada a circunstância típica denunciadora da transação: a assinatura do termo de transferência da ação, e, concomitantemente, da ressalva de retrocessão, bastante preempatória em seus termos. Surgiu, entretanto, a questão no pretório porque, realizado o fim da transferência formal, o fiduciário veio posteriormente a falecer e o seu espólio, apesar de notificado e ciente dos termos da ressalva, negou-se à retransferência da ação que, pelo livro próprio da sociedade, permanecia em nome do ‘de cujus’. (...). Não é exato supor possa o negócio fiduciário 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 realmente perante a lei e terceiros. (...). Precisos os termos da obrigação assumida pelo ‘de cujus’, a que se vincula o espólio-réu, nenhuma das alegações da defesa assume relevância capaz de tolher os efeitos da manifestação de vontade expressada no documento básico. Dá-se, assim, provimento ao recurso, para julgar a ação procedente e havida por enunciada a declaração de vontade do espólio-réu, para que, por mandado, se faça a transferência da ação em questão, no livro próprio da sociedade, para o nome do espólio-autor” (TASP, Ap. Cív. 29.651, 4ª CC, in *Revista dos Tribunais*, vol. 292, 1960, p. 504-508).

obrigações, sendo da essência do negócio fiduciário a transmissão do direito para a realização de determinada finalidade. Uma vez que não haja fraude aos direitos do cônjuge, portanto, este deve, caso necessário, anuir ao ato dispositivo.¹¹⁸

Não se trata, como se vê, de obrigar o cônjuge a cancelar obrigação unilateralmente assumida pelo outro consorte relativamente a um bem que já era do casal. Fosse lícito a um dos cônjuges adentrar em ajustes vinculantes e, com base nisso, exigir a outorga do outro cônjuge, restaria completamente esvaziada a função protetiva da anuência conjugal. Por isso que, na disciplina da promessa de fato de terceiro, prevê o Código Civil, no art. 439, que:

Art. 439. Aquele que tiver prometido fato de terceiro responderá por perdas e danos, quando este o não executar. **Parágrafo único.** Tal responsabilidade não existirá se o terceiro for o cônjuge do promitente, dependendo da sua anuência o ato a ser praticado, e desde que, pelo regime do casamento, a indenização, de algum modo, venha a recair sobre os seus bens.¹¹⁹

Não sendo esse o caso, mas sim o de vincular o cônjuge ao ajuste fiduciário, o qual constitui o título justificativo de aquisição do bem – e, por isso, não pode ser ignorado pelo cônjuge, sob pena de este se arrogar mais direitos do que aqueles efetivamente adquiridos pelo seu consorte –, tem-se que, uma vez reconhecida a validade do negócio fiduciário, não pode o cônjuge pretender desconhecer sua realização e pura e simplesmente se negar à anuência para transferir o bem por ocasião do término do negócio fiduciário.¹²⁰

¹¹⁸ Análoga discussão se deu no âmbito da retrovenda, em que se questionava acerca da necessidade de autorização do cônjuge do comprador, haja vista o caráter resolúvel do seu domínio. O melhor entendimento firmou-se no sentido de ser dispensável a outorga uxória/marital nesses casos. É ver-se: “Com efeito, ocorrida a condição resolutiva que é a retrovenda, e isso mediante o exercício, pelo vendedor, de seu direito de retrato, há resolução *ipso iure*, do contrato de compra e venda e do domínio sobre a coisa comprada, e não uma nova alienação, desta vez do comprador ao vendedor. (...). De efeito, a exigência da outorga uxória ou da outorga marital, em face dos arts. 235, I, e 242, I e II, somente se faz quando o marido ou a mulher praticam atos que alteram o *status quo ante* (...). Ora, nada disso se verifica na hipótese de compra e venda de imóvel com retrovenda, no que diz respeito ao comprador, pois ainda que ele, em virtude do exercício do direito de retrato pelo vendedor, venha a perder a propriedade sobre a coisa comprada, o que se vai dar simplesmente é a restauração do *status quo ante*, sem qualquer prejuízo para ele, restituído que é o preço e reembolsadas que são as despesas com a compra e com os melhoramentos feitos na coisa; e os juros do preço se compensam com os frutos colhidos do imóvel. E isso sem falar na possibilidade de a condição não se verificar, deixando, assim, a propriedade de ser resolúvel” (José Carlos Moreira Alves, *A retrovenda*, cit., p. 119-120). Também no sentido de que o consentimento do cônjuge se afigura dispensável, cf. Agostinho Alvim, o qual ressalta, ainda, que: “Quem compra com este pacto, celebra um negócio instável, não só por sua natureza, mas *essencialmente* instável, eis que a permanência do imóvel no patrimônio do adquirente fica dependendo da vontade de terceiro” (*Da compra e venda e da troca*, Rio de Janeiro: Forense, 1961, p. 134).

¹¹⁹ “Aí, a responsabilização do promitente, se fosse admitida, acabaria por implicar, igualmente, a responsabilidade do terceiro, já que a isto levaria o regime patrimonial decorrente do casamento entre ambos” (Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza, Maria Celina Bodin de Moraes *et al.*, *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. II, cit., p. 58).

¹²⁰ Art. 1.648, Código Civil: “Cabe ao juiz, nos casos do artigo antecedente, suprir a outorga, quando um dos cônjuges a denegue sem motivo justo, ou lhe seja impossível concedê-la”. “A concessão da outorga, ou a sua recusa, assentam no critério pessoal de cada cônjuge, que sopesará as razões de conveniência dos atos referidos

Saliente-se ainda que, nessa direção, em caso de dissolução da sociedade conjugal, não pode o cônjuge do fiduciário pretender ter direitos sobre o bem, fazendo tabula rasa do ajuste fiduciário que serviu de título à sua aquisição. Ora, se o cônjuge deve respeitar o vínculo fiduciário assumido pelo outro cônjuge na vigência da sociedade conjugal, não se pode admitir que o término desta tornaria possível ao cônjuge obter parte do bem fiduciariamente titularizado pelo outro cônjuge. Em uma palavra, o cônjuge não pode ter sobre determinado bem pretensão, com base no vínculo conjugal, que extrapole os próprios limites do direito titularizado pelo seu consorte.

1.4.3 Credores do fiduciário

O fiduciante ou o terceiro a quem o bem deve ser destinado por ocasião do término do ajuste fiduciário possuem direito pessoal a reaver o bem. Em caso de concurso de credores, esse direito deverá obedecer à ordem estipulada em lei, não havendo direito de separação¹²¹ do bem em relação ao patrimônio que será partilhado entre os credores.¹²²

A Lei n.º 11.101/2005¹²³ assegura ao proprietário o direito à restituição do bem arrecadado pela massa falida. Em se tratando de ajuste fiduciário, contudo, o fiduciante se despe da propriedade em favor do fiduciário, para que este, por meio da titularidade que lhe é atribuída, possa promover a finalidade acordada. Não cabe, assim, o pretense direito à

no artigo anterior [art. 1.647, CC], avaliando a sua repercussão no patrimônio conjugal. Não pode, entretanto, denegá-la injustamente ou por mero capricho. Recusando-a um cônjuge, pode o outro postular suprimimento judicial, cabendo ao magistrado, depois de ouvir as razões do recusante, decidir” (Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol. V, Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 212).

¹²¹ “Separar, da massa falida, um bem significa subtraí-lo da execução concursal, excluí-lo da ação dos credores, declarar, numa palavra, que ele não integra o patrimônio do falido, ou, quando menos, não faz parte da garantia comum dos credores. Nessa subtração consiste o *jus separationis*” (Orlando Gomes, *Alienação Fiduciária*, cit., p. 129).

¹²² Nesse sentido, Francesco Ferrara, *A simulação dos negócios jurídicos*, cit., p. 85-88; Remo Franceschelli, *Il ‘Trust’ nel diritto inglese*, cit., p. 21; Mariano Navarro Martorell, *La propiedad fiduciaria*, cit., p. 279-283; Luigi Cariota-Ferrara, *I Negozi Fiduciari*, cit., p. 93; Roberta Montinaro, *Trust e negozio di destinazione allo scopo*, Milano: Giuffrè, 2004, p. 186. Em sentido contrário, José Xavier Carvalho de Mendonça sustenta que: “Nas relações internas entre o depositário da confiança, chamado por isso *fiduciário*, e o proprietário da coisa, ou credor da obrigação, existe simples mandato. Se o fiduciário abusa da confiança que se lhe depositou, apropriando-se do que lhe fora entregue, comete o crime de furto. (...), sendo, entretanto, sempre válidos relativamente a terceiros os atos de disposição. Se o fiduciário falir, o mandante pode reivindicar da massa falida os bens fiduciariamente entregues” (*Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. VIII, livro V, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 287). No direito italiano, Pier Giusto Jaeger defende ter o fiduciante direito à separação, na medida em que aludido direito, no ordenamento italiano, não teria por fundamento necessariamente a propriedade (*La separazione del patrimonio fiduciario nel fallimento*, Milano: Giuffrè, 1968, *passim* e, em especial, p. 358-366; 380).

¹²³ Cf. art. 49, § 3º e art. 85.

separação em prol do fiduciante, de maneira que o bem objeto do negócio fiduciário integra a massa falida. Não que isso dizer que o fiduciante ou o terceiro não irão, ao final, reaver o bem, mas que essa possibilidade subordina-se às regras falimentares.

Acerca da possibilidade de oposição, nos negócios fiduciários em geral, de condição resolutiva para o caso de insolvência do fiduciário, cf. item 1.5 da presente tese. Uma vez admitida essa possibilidade, o fiduciante ou o terceiro adquirem automaticamente a propriedade com a falência e, por tal razão, podem reivindicar o bem da massa falida.¹²⁴

Especificamente no que tange à alienação fiduciária em garantia, o fiduciante transfere ao fiduciário, nos termos da legislação em vigor, a propriedade resolúvel do bem objeto da garantia. Diante disso, mesmo na hipótese de falência do fiduciário, dado o caráter resolúvel de sua propriedade, se o devedor fiduciante cumpre suas obrigações, a propriedade automaticamente retorna para ele.¹²⁵ O caráter resolúvel da propriedade não é alterado em razão da eventual falência do fiduciário, de sorte que, uma vez adimplida a obrigação, o fiduciante readquire automaticamente a propriedade, podendo, conseqüentemente, reivindicar o bem da massa falida.¹²⁶

¹²⁴ Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. III, cit., p. 181.

¹²⁵ “Em se tratando de falência do credor adquirente, a solução desse problema não enseja maior dificuldade. De efeito, com a falência, não se extingue a relação jurídica decorrente da alienação fiduciária, assumindo a massa falida apenas (e sem qualquer alteração da natureza da relação jurídica que ela incorporou) a posição do falido, o que quer dizer que continua a ser, em lugar dele, titular de uma propriedade resolúvel que garante a satisfação do crédito em benefício do concurso de credores. Dessa forma, se o devedor pagar, recuperará ele, *ipso iure*, a propriedade plena da coisa que alienara fiduciariamente. Se, ao contrário, o devedor, ao vencer-se o débito, não efetuar o pagamento, a massa falida – como ocorreria com o credor, se não tivesse falido – deverá vender a coisa, retirar do preço o correspondente ao crédito, e, havendo saldo, entregá-lo ao devedor. E, enquanto não ocorre o vencimento da dívida, o devedor conserva, mas agora em face da massa falida, o mesmo direito eventual que teria, perante o credor originário, de recuperar a coisa, automaticamente, com o pagamento do débito” (José Carlos Moreira Alves, *Da alienação fiduciária em garantia*, cit., p. 144).

¹²⁶ “O fiduciante tem sua garantia na condição resolutiva. Por efeito do *pactum fiduciae*, a transferência da propriedade não é plena e definitiva, mas restrita e resolúvel. A todo tempo pode resgatá-la, pagando a dívida. Dado que o fiduciário recebe a propriedade como direito próprio, mas sem poder usá-la no próprio interesse, a massa falida não pode apropriar-se do bem, para lhe dar outra destinação. A falência não extingue o vínculo fiduciário, até porque, com o pagamento da dívida pelo fiduciante, a reversão da propriedade se dá automaticamente, podendo ele reivindicá-la de quem a detenha. Conquanto seja um *núcleo unitário de interesses*, a massa falida toma apenas o lugar de falido, sem alterar a natureza das relações jurídicas que incorpora. Assim, uma propriedade resolúvel não se converte em propriedade definitiva somente porque o titular quebrou. É, afinal, a circunstância de ser resolúvel a propriedade do fiduciário que impede se considere simples direito de crédito o que tem o fiduciante, investido numa *expectativa real*. Há de proceder o síndico como se fora o próprio titular da propriedade resolúvel, somente lhe competindo vender o bem se o fiduciante não paga a dívida. A condição resolutiva vale contra os credores do fiduciário, visto que a propriedade foi transferida unicamente para fim de garantia, não para uso e gozo do seu titular provisório, tanto assim que se extingue, do mesmo modo, se o fiduciante não cumpre a obrigação, por proibir a lei o pacto comissório. Tem todo cabimento, pois, o *jus separationis*, em respeito à destinação fiduciária da propriedade” (Orlando Gomes, *Alienação Fiduciária*, cit., p. 132).

1.4.4 Terceiros de boa-fé

O fiduciante pode se utilizar dos meios coercitivos legais contra o fiduciário inadimplente, de maneira a obter não apenas a reparação por perdas e danos como também a execução específica do pactuado.¹²⁷ Entretanto, como se trata de vínculo pessoal, o direito do fiduciante de retomar o bem não é oponível aos terceiros de boa-fé que porventura tenham adquirido o direito do fiduciário inadimplente.¹²⁸

Por outras palavras, os meios coercitivos para a execução específica da obrigação infligem-se ao fiduciário, não repercutindo na esfera jurídica de terceiros de boa-fé. Cuida-se de direito tutelado *inter partes*, não tendo eficácia real, de forma que é inoponível aos terceiros de boa-fé.

1.4.5 Terceiros de má-fé.

O princípio da relatividade dos pactos,¹²⁹ diante da nova axiologia contratual,¹³⁰ não mais constitui obstáculo à imputação de responsabilidade ao terceiro que contribui para o

¹²⁷ Cf. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol. III, cit., p. 368 e Salvatore Pugliatti, *Fiducia e Rappresentanza Indiretta*, cit., p. 227-229.

¹²⁸ Francesco Galgano, *Il negozio giuridico*, cit., p. 489; Pietro Perlingieri e Vito Rizzo, *Vincoli nella formazione dei contratti*, cit., p. 391. No direito pátrio, tal questão surge, com frequência, a propósito da execução específica da promessa de compra e venda de imóvel que não é levada ao registro de imóveis. Nessa hipótese, já que desprovido de direito real, o promitente comprador não pode exigir a transmissão o domínio do terceiro de boa fé, que adquiriu o imóvel desconhecendo a existência da promessa celebrada. Nessa direção, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que “a pretensão à adjudicação compulsória é de caráter pessoal, restrita assim aos contratantes, não podendo prejudicar os direitos de terceiros, que entrementes hajam adquirido o imóvel e obtido o devido registro, em seu nome, no ofício imobiliário” (REsp. 27.246-8/RJ, 4ª T., Rel. Min. Athos Carneiro, julg. 17.11.1992).

¹²⁹ Acerca da impossibilidade de tutela externa do crédito em virtude da relatividade dos pactos, cf. Adriano De Cupis, *Il danno*, Milano: Giuffrè, 1970, p. 66-68.

¹³⁰ “O contexto axiológico no qual se insere o Código Civil, a partir da Constituição da República de 1988, altera, de forma radical, o sentido tradicionalmente atribuído à autonomia privada e à teoria contratual. Pode-se afirmar que os três princípios cardinais do regime contratual, a autonomia privada, a força obrigatória dos contratos e a relatividade obrigacional, embora prestigiados pelo sistema, adquirem novos contornos com o surgimento dos princípios da boa-fé objetiva, do equilíbrio econômico e da função social dos contratos” (Gustavo Tepedino, *Novos princípios contratuais e teoria da confiança: a exegese da cláusula to the best knowledge of the sellers*, in *Temas de Direito Civil*, t. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 250). Cf. tb. Teresa Negreiros, *Teoria do Contrato: novos paradigmas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 206-275; Alvino Lima, *A fraude no direito civil*, cit., p. 58. No sentido da admissibilidade da tutela externa do crédito, o enunciado nº. 21 da I Jornada de Direito Civil assim dispõe: “A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito”.

inadimplemento do devedor, uma vez configurados determinados pressupostos. Em virtude do princípio da solidariedade social, que informa a boa-fé objetiva,¹³¹ o vínculo contratual, embora relativo, não resta indiferente aos terceiros, que, se não têm sua esfera subjetiva alterada pelo contrato, não podem desconhecer sua existência e pretender possuir carta branca para concorrer com sua violação pelo devedor.¹³²

Nessa esteira, no âmbito dos negócios fiduciários, se o terceiro adquirente sabe que o bem está sendo alienado em violação ao pacto fiduciário, pode ser constrangido a transmitir o bem ao fiduciante ou a terceiro, dependendo da situação concreta.¹³³

Em razão da necessidade do elemento subjetivo¹³⁴ – culpa ou dolo, para o que se mostra relevante perquirir se o terceiro tinha conhecimento do (ou havia meios de conhecer o)

¹³¹ “O esmorecimento do princípio da relatividade indica, como observado no texto, a imposição aos contratantes de deveres extracontratuais, socialmente relevantes e tutelados constitucionalmente. Não deve significar, todavia, uma ampliação da proteção dos próprios contratantes, o que amesquinaria a função social do contrato, tornando-a servil a interesses individuais e patrimoniais que, posto legítimos, já se encontram suficientemente tutelados pelo contrato. De outra parte, o princípio da boa-fé objetiva, informado pela solidariedade constitucional, por não se limitar ao domínio do contrato, alcança todos os titulares de situações jurídicas subjetivas patrimoniais, vinculando-os ao respeito de posições contratuais, suas ou de terceiros. Por isso mesmo, fundamenta-se na boa-fé objetiva a proteção do crédito em face de terceiros, não já no princípio da função social” (Gustavo Tepedino, *Novos princípios contratuais e teoria da confiança: a exegese da cláusula to the best knowledge of the sellers*, cit., p. 251). “Esta opinião não pode mais ser aceita: é verdade que a obrigação é relação que interessa ao devedor e ao credor, mas também é verdade que esta relação tem relevância externa. Mesmo o crédito é, de um certo ponto de vista, um bem, um interesse juridicamente relevante, e enquanto tal deve ser respeitado por todos. (...). A distinção entre situações absolutas e relativas perdeu portanto a sua justificação histórica na medida em que, com fundamento no dever de solidariedade e da consequente responsabilidade, todos devem respeitar qualquer situação e o titular da mesma tem uma pretensão à sua conservação em relação a todos” (Pietro Perlingieri, *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*, trad. Maria Cristina De Cicco, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 142).

¹³² “O tradicional princípio da relatividade dos efeitos do contrato (*res inter alios acta*), que figurou por séculos como um dos primados clássicos do Direito das Obrigações, merece hoje ser mitigado por meio da admissão de que os negócios entre as partes eventualmente podem interferir na esfera jurídica de terceiros – de modo positivo ou negativo –, bem assim, tem aptidão para dilatar sua eficácia e atingir pessoas alheias à relação *inter partes*. As mitigações ocorrem por meio de figuras como a doutrina do terceiro cúmplice e a proteção do terceiro em face de contratos que lhes são prejudiciais, ou mediante a tutela externa do crédito. Em todos os casos, sobressaem a boa-fé objetiva e a função social do contrato. (...)” (STJ, REsp 468062-CE, 2ª T., Rel. Min. Humberto Martins, julg. 11.11.2008). V. tb. TJSP, Ap. Cív. 0192396-15.2011.8.26.0100, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Francisco Loureiro, julg. 11.12.2012.

¹³³ “Dans tous les régimes juridiques [français, allemand, suisse, luxembourgeois, néerlandais, italien, belge], il est admis que la convention de fiducie ne restreint pas le droit réel de propriété, ni ne le démembre. Il s’agit d’obligations personnelles assumées par le fiduciaire, au même titre que les très nombreuses restrictions au droit de propriété que connaît notre vie juridique. Conformément au droit commun, cette convention n’a pas d’effet envers les tiers, en ce sens qu’elle ne peut engendrer d’obligations à leur égard, – et notamment d’obligations de ne pas faire. Dans les régimes juridiques qui connaissent la théorie de la tierce complicité dans la violation d’une obligation contractuelle, le tiers pourrait néanmoins engager sa responsabilité s’il coopérait en connaissance de cause à la violation par le fiduciaire de ses obligations. Tel est le cas en Allemagne, en Suisse et en Italie. Le droit belge appliquerait la même solution en vertu des règles du droit commun de la tierce complicité” (Pierre van Ommeslaghe, *Rapport de Synthèse*, cit., p. 466).

¹³⁴ Acerca da necessidade e da configuração do elemento subjetivo necessário à responsabilização do terceiro, v. Alvinho Lima, *A fraude no direito civil*, cit., p. 62- 64; Teresa Negreiros, *Teoria do Contrato: novos paradigmas*, cit., p. 255; E. Santos Júnior, *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito*, Coimbra: Almedina, 2003, p. 504-508; Paula Greco Bandeira, *Fundamentos da responsabilidade civil do terceiro cúmplice*, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 30, Rio de Janeiro: Padua, 2000, p. 114-116; Patrícia Silva

vínculo contratual violado – para a deflagração da responsabilidade do terceiro, mostra-se relevante verificar se o negócio fiduciário foi, ele próprio, como contrato atípico, a causa de transmissão fiduciária do direito, ou, por outro lado, se houve a utilização de outro negócio típico para justificar a transferência do direito, sendo a finalidade fiduciária indiretamente alcançada pelas partes.

Caso o negócio fiduciário, como genuíno contrato atípico, tenha servido de causa, no Registro de Imóveis, à transferência do domínio, essa causa será expressa e conhecida de terceiros que, por isso, deverão respeitá-la. Diante disso, nos casos em que o ajuste fiduciário tiver sido a causa da transmissão do domínio, será difícil aos terceiros adquirentes (em desconformidade com o negócio fiduciário) alegarem sua boa-fé.¹³⁵

Evidentemente, mesmo no caso de utilização de outro contrato típico para justificar a transmissão do direito, o terceiro pode ter conhecimento da violação do pacto fiduciário por outros meios, ocasião em que, da mesma forma, haverá a tutela externa do crédito.

1.4.6 Cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade

As cláusulas de incomunicabilidade, indisponibilidade e impenhorabilidade poderiam ser de grande valia no negócio fiduciário, pois evitariam (i) que o fiduciário alienasse indevidamente o bem objeto do ajuste fiduciário, (ii) que a insolvência do fiduciário pudesse atingir aludido bem,¹³⁶ (iii) que o cônjuge do fiduciário pretendesse haver qualquer direito sobre esse bem.¹³⁷

Cardoso, *A posição do terceiro no contrato – uma abordagem não dogmática*, Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2006, p. 220; Antonio Junqueira de Azevedo, *Negócio Fiduciário. Frustração da fidúcia pela alienação indevida do bem transmitido. Oponibilidade ao terceiro adquirente dos efeitos da fidúcia germânica e de procuração em causa própria outorgada ao fiduciante*, cit., p. 117; Francesco Donato Busnelli, *La lesione del credito da parte di terzi*, cit., p. 139-142.

¹³⁵ Em situação análoga, confirmam-se os ensinamentos de Luiz Gastão Paes de Barros Leães: “Ora, por disposição da lei societária, o arquivamento do acordo de acionistas na sede da companhia e a subsequente averbação das obrigações constantes do acordo nos livros de registro e nos certificados, quando emitidos, têm como consequências a *observância compulsória* pela companhia e a sua *oponibilidade a terceiros* (Lei n. 6.404, art. 118, *caput* e § 1º). Por consequência, se o negócio fiduciário se perfaz mediante a constituição de um acordo desse naipe (como ocorre no caso analisado), a averbação do pacto restritivo de disponibilidade das ações transmitidas ao fiduciário confere à obrigação em favor do fiduciante efeitos *erga omnes*, com força para contingenciar a eficácia real da propriedade das ações” (*O acordo de acionistas como negócio fiduciário*, cit., p. 1.377).

¹³⁶ “Execução. Doação. Impenhorabilidade. Subsistência da cláusula, independentemente da possibilidade de alienação dos bens. O gravame da impenhorabilidade pode ser instituído independentemente da cláusula de inalienabilidade. O donatário não estará impedido de alienar; mas o bem ficará a salvo de penhoras. Recurso

Aludidas cláusulas são vistas com ressalvas, dado seu caráter restritivo à propriedade e à livre disposição dos bens.¹³⁸ Nada obstante, são admitidas no ordenamento pátrio,¹³⁹ haja vista sua aptidão para a promoção de interesses mercedores de tutela.¹⁴⁰

especial conhecido e provido para anular a penhora” (STJ, REsp 226142, 4ª T., Rel. Min. Barros Monteiro, julg. 2.3.2000).

¹³⁷ “Homologação de sentença estrangeira de divórcio proferida nos Estados Unidos da América. Regime de comunhão parcial de bens. Imóvel adquirido por meio de doação, com cláusula de impenhorabilidade e incomunicabilidade. Art. 1.659, I, do CC.1. Pedido de Homologação de Sentença Estrangeira de Divórcio prolatada pelo Tribunal Distrital da Comarca de Harris, Estado do Texas, nos Estados Unidos da América, versando, também, sobre guarda dos filhos menores do casal, alimentos e divisão do patrimônio. 2. No pertinente à divisão de bens, a partilha realizada pela Justiça americana alcançou bens imóveis situados no Brasil. Em que pese a regra insculpida no art. 12, § 1º, da LICC, há pacífica jurisprudência no sentido de que a sentença estrangeira que ratifica acordo das partes acerca de bens imóveis situados no Brasil não viola a soberania nacional (SEC nº 979/EX – Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 29/08/2005). 3. No entanto, esta não é a hipótese em tela. Ainda que comprovado nos autos que a divisão de bens determinada pela Corte americana tivesse como fundamento um acordo firmado entre as partes, deve-se considerar a impossibilidade da inclusão do imóvel no patrimônio conjunto dos cônjuges. O regime de bens adotado pelo casal quando da celebração do casamento foi o da comunhão parcial e o referido imóvel foi adquirido pelo requerido, ora contestante, por meio de doação (com as cláusulas de impenhorabilidade e de incomunicabilidade), o que, diante do art. 1.659, I, do Código Civil, o exclui da comunhão.4. Pela impenhorabilidade, o bem não pode ser dado ou tomado em garantia. Já pela cláusula de incomunicabilidade, o bem integra o patrimônio particular do beneficiado, não entrando na comunhão em virtude do casamento, qualquer que seja o regime de bens adotado.5. A Resolução nº 09/STJ, de 04/05/2005, expressamente dispõe em seu art. 6º que não será homologada sentença estrangeira que ofenda a soberania ou a ordem pública, daí a impossibilidade da justiça brasileira ratificar integralmente a decisão da corte estrangeira. 6. Pedido homologatório parcialmente deferido para excluir a divisão de bens proposta pela justiça americana, por afrontar as determinações da legislação pátria (art. 1.659, I, do CC/2002) e ofender a ordem pública brasileira (art. 6º da Resolução/STJ nº 09, de 04/05/2005)” (STJ, SEC 2222 / US, CE, Rel. Min. José Delgado, julg. 5.12.2007).

¹³⁸ “A inalienabilidade imobiliza os bens, impede a circulação normal das riquezas; é, portanto, anti-econômica, do ponto de vista social. Por considerações especiais, para defender a inexperiência dos indivíduos, para assegurar o bem estar da família, para impedir a dilapidação dos pródigios, o direito consente em que seja, temporariamente, entravada a circulação de determinados bens” (Clovis Bevilacqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, vol. VI, Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958, p. 105). Cf. tb. Silvio Rodrigues, *Direito Civil: Direito das Sucessões*, vol. 7, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 129; Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil*, vol. 6, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 177; Orlando Gomes, *Sucessões*, cit., p. 170.

¹³⁹ V., sobre as cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, os seguintes preceitos legais: Art. 1.848, Código Civil: “Salvo se houver justa causa, declarada no testamento, não pode o testador estabelecer cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade, e de incomunicabilidade, sobre os bens da legítima. § 1º Não é permitido ao testador estabelecer a conversão dos bens da legítima em outros de espécie diversa. § 2º Mediante autorização judicial e havendo justa causa, podem ser alienados os bens gravados, convertendo-se o produto em outros bens, que ficarão sub-rogados nos ônus dos primeiros”. Art. 1.911, Código Civil: “A cláusula de inalienabilidade, imposta aos bens por ato de liberalidade, implica impenhorabilidade e incomunicabilidade. Parágrafo único. No caso de desapropriação de bens clausulados, ou de sua alienação, por conveniência econômica do donatário ou do herdeiro, mediante autorização judicial, o produto da venda converter-se-á em outros bens, sobre os quais incidirão as restrições apostas aos primeiros”. Art. 649, Código de Processo Civil: “São absolutamente impenhoráveis: I – os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução; (...)”. Art. 650, Código de Processo Civil: “Podem ser penhorados, à falta de outros bens, os frutos e rendimentos dos bens inalienáveis, salvo se destinados à satisfação de prestação alimentícia”. Art. 167, II, 11, LRP: “No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos. (...) II – a averbação: (...) 11) das cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade impostas a imóveis, bem como da constituição de fideicomisso; (...)” Cf. tb. art. 184 do CTN.

¹⁴⁰ Na doutrina, cf., acerca do papel que aludidas cláusulas podem ter para a promoção de importantes interesses, Arthur Vasco Itabaiana de Oliveira, *Tratado de Direito das Sucessões*, cit, p. 332; Talita Bretz, *A justa causa do artigo 1.848 do Código Civil: autonomia privada e legítima proteção dos herdeiros*, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 45, Rio de Janeiro: Padma, 2011, p. 149-150 e 157-159; Carlos Alberto Dabus Maluf, *Cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade*, São Paulo: Revista dos Tribunais,

O Superior Tribunal de Justiça considera que o gravame imposto por tais cláusulas tem como duração máxima a vida do beneficiário, extinguindo-se com o falecimento deste, de modo que os bens até então gravados são transmitidos aos seus herdeiros livres da restrição.¹⁴¹ Há a preocupação em se assegurar que as restrições oriundas de tais cláusulas não sejam demasiadamente longas, razão pela qual se entende que sua duração máxima seria vitalícia.¹⁴²

O legislador previu expressamente a admissibilidade de tais cláusulas em ajustes gratuitos, especificamente o testamento e a doação.¹⁴³ Por isso se questiona a possibilidade e os efeitos da incidência dessas cláusulas nos contratos onerosos. Cuida-se de cláusulas restritivas de direitos, o que justifica a cautela em se expandir sua aplicação para hipóteses não expressamente estipuladas em lei, mormente em razão de sua oponibilidade perante terceiros uma vez registradas.¹⁴⁴

2006, p. 9-13; Luiz Edson Fachin, *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 117-118.

¹⁴¹ “A cláusula de inalienabilidade vitalícia tem vigência enquanto viver o beneficiário, passando livres e desembaraçados aos seus herdeiros os bens objeto da restrição” (STJ, REsp 1101702, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 22.9.2009).

¹⁴² “A inalienabilidade não pode ser perpétua. Há de ter uma duração limitada. O Código Civil somente a permite temporária ou vitalícia. Os vínculos perpétuos, ou cuja duração se estenda além da vida de uma pessoa, são condenados” (Clovis Bevilacqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, vol. VI, cit., p. 105). “A inalienabilidade, embora vitalícia, não poderá prolongar-se além da vida do herdeiro, de sorte que lhe será lícito, em testamento, dispor desses bens, pois somente depois de sua morte serão eles entregues a quem forem legados, quando já não mais prevalecer, por conseguinte, a inalienabilidade imposta. Em falta de testamento, os ditos bens passarão aos herdeiros legítimos, desembaraçados de qualquer ônus, precisamente porque, com a morte do herdeiro a quem foi imposta a cláusula de inalienabilidade, esta desaparece e, destarte, nada mais obsta a que se verifique a transmissão dos bens a quem de direito” (J. M. de Carvalho Santos, *Código Civil brasileiro interpretado*, vol. XXIV, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963, p. 97-98). Cf. tb. Álvaro Villaça Azevedo, *Cláusula de inalienabilidade*, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 15, Limongi França (coord.), São Paulo: Saraiva, 1977, p. 51; Guilherme Calmon Nogueira da Gama, *Direito Civil: sucessões*, São Paulo: Atlas, 2007, p. 137; Silvio Rodrigues, *Direito Civil: Direito das Sucessões*, vol. 7, cit., p. 129; Ivo Gabriel da Cunha, *A dispensa do ônus da inalienabilidade e a decisão judicial*, in *Ajuris*, vol. 10, Porto Alegre, 1977, p. 29; Giselda Hironaka, *Comentários ao Código Civil*, vol. 20, Antônio Junqueira de Azevedo (coord.), São Paulo: Saraiva, 2003, p. 259-260.

¹⁴³ Cf. arts. 1.848 e 1.911 do Código Civil.

¹⁴⁴ Sobre a necessidade de registro das cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade para terem eficácia perante terceiros, v. Álvaro Villaça Azevedo, *Cláusula de inalienabilidade*, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 15, cit., p. 50; Zulema Anacleto de Stefano, *Cláusulas restritivas: de inalienabilidade, de incomunicabilidade e de impenhorabilidade*, in *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 16, n. 62, 1992, p. 61; Carlos Alberto Dabus Maluf, *Cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade*, cit., p. 45-46; Sílvio de Salvo Venosa, *Inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade*, in *Revista do Advogado*, n.º 91, São Paulo: AASP, 2007, p. 132; Orosimbo Nonato, *Estudos sobre sucessão testamentária*, vol. II, Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 325-326; Talita Bretz, *A justa causa do artigo 1.848 do Código Civil: autonomia privada e legítima proteção dos herdeiros*, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 45, cit., p. 115-117; Luiz Edson Fachin, *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, cit., p. 116-117. Na jurisprudência, confira-se: “Embargos de terceiro. Imóvel. Permuta. Cláusula de Inalienabilidade. Terceiro adquirente de boa-fé. Posse dos imóveis comprovada. Os imóveis penhorados no processo de execução foram objeto de permuta quando ainda não anotada a cláusula de inalienabilidade. Nesse caso, prevalece o direito de propriedade do terceiro adquirente de boa-fé, que não tinha conhecimento do gravame à época da permuta, inexistindo, assim, qualquer entrave na transação realizada. A prova da posse do permutante veio demonstrada por documentos e corroborada por testemunhas. Apelação

Renomados juristas aduzem ser possível a colocação das cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade em negócios onerosos, pois, além de inexistir proibição legal nesse sentido, legítimos interesses poderiam ser perseguidos com essas cláusulas.¹⁴⁵ Permanece, contudo, a dúvida em relação à eficácia perante terceiros, porquanto não haveria previsão legal que pudesse respaldar a oponibilidade dessas cláusulas em contratos onerosos.

Advirta-se que, de qualquer forma, haja vista as severas restrições impostas por tais cláusulas, deve-se avaliar, para o exame de sua admissibilidade, a concreta função desempenhada pelo negócio, a fim de se verificar se elas são merecedoras de tutela, por promoverem interesse protegido pelo ordenamento. A análise não pode ser meramente estrutural e atentar apenas para o caráter oneroso ou gratuito, mas deve investigar os interesses que são protegidos por meio das aludidas cláusulas restritivas.

Sendo assim, não se pode afastar a possibilidade de essas cláusulas se revelarem legítimas nos negócios fiduciários, notadamente quando estes implicarem liberalidade ao beneficiário.¹⁴⁶ De fato, na medida em que o negócio fiduciário constitui titularidade a conta

desprovida” (TJRS, Ap. Cív. 70048592950, 10ª CC, Rel. Des. Túlio de Oliveira Martins, julg. 31.5.2012). Cf. tb. STJ, REsp 856699-MS, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 15.9.2009; TJRS, Ap. Cív. 70039706874, 17ª CC, Rel. Des. Luiz Renato Alves da Silva, julg. 13.12.2012; TJRS, Ap. Cív. 70021105614, 17ª CC, Rel. Des. Elaine Harzheim Macedo, julg. 6.3.2008; TJSP, Ap. Cív. 9132030-80.1999.8.26.0000, 7ª CDP, Rel. Des. Oswaldo Breviglieri, julg. 20.8.2002.

¹⁴⁵ No sentido da admissão das cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade nos negócios onerosos, cf. José Ulpiano Pinto de Souza, *Das cláusulas restritivas da propriedade*, São Paulo: Escolas Prof. Salesianas, 1910, p. 7-8; Luiz Edson Fachin, *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, cit., p. 119; Zulema Anacleto de Stefano, *Cláusulas restritivas: de inalienabilidade, de incomunicabilidade e de impenhorabilidade*, cit., p. 59; Álvaro Villaça Azevedo, *Cláusula de inalienabilidade*, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 15, cit., p. 48; Martha Heloísa Winkler da Costa e Silva Vianna, *Das cláusulas restritivas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade*, *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 79, n. 660, outubro de 1990, p. 72. Em sentido contrário, v. Ademar Fioraneli, *Das cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade, incomunicabilidade. Sub-rogação. Aspectos práticos. Doutrina. Jurisprudência*, in *Revista Imobiliária*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 19/20, 1987, p. 41; Clovis Bevilacqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, vol. VI, cit., p. 104-105; Orosimbo Nonato, *Estudos sobre sucessão testamentária*, vol. II, cit., p. 321.

¹⁴⁶ Nada obstante o negócio fiduciário poder ser, em si mesmo, gratuito ou oneroso, a transmissão da propriedade para o fiduciário não é nem gratuita nem onerosa, pois é o meio para a realização do ajuste – gratuito ou oneroso. Não há contrapartida pela transmissão da titularidade. “(...) la transmisión de la propiedad en tal caso no es ni gratuita ni onerosa, sino ‘a título fiduciario’” (Jorge Roberto Hayzus, *Fideicomiso*, Buenos Aires: Astrea, 2004, p. 60). Tal não se confunde com o caráter gratuito ou oneroso pelo qual se atribuem direitos ao beneficiário por meio do negócio fiduciário. Ou seja, uma coisa é a gratuidade ou onerosidade relativa ao ajuste fiduciário em si mesmo, aferida com base em eventual remuneração do fiduciário. Outra coisa é o caráter gratuito ou oneroso do direito atribuído ao beneficiário, verificado com base em eventual contrapartida que este tenha dado para fazer jus à sua posição ativa. Ao propósito do caráter gratuito ou oneroso do ajuste fiduciário, cf. Melhim Namem Chalhub: “Não se deve confundir a inexistência de onerosidade ou gratuidade na transmissão fiduciária com o caráter oneroso ou gratuito do contrato para o qual essa transmissão é utilizada como veículo, pois, efetivamente, o fideicomisso hispano-americano ou os negócios de natureza fiduciária no direito brasileiro poderão ser contratados a título oneroso, se o fiduciário fizer jus a alguma retribuição pelo encargo que lhe foi encomendado ou a título gratuito, se não for estipulada alguma remuneração para o fiduciário. Em regra, o fideicomisso e os negócios de natureza fiduciária regulamentados pelo direito brasileiro são pactuados a título oneroso, como é o

de outrem, aludidas cláusulas podem ser extremamente úteis para assegurar de maneira mais efetiva o escopo protetivo do ajuste fiduciário.

Dessa sorte, para assegurar a efetividade da liberalidade feita pelo fiduciante ao beneficiário por intermédio do fiduciário, é possível, a depender do concreto regulamento de interesses, a aposição de tais cláusulas, que protegerão o bem objeto do negócio fiduciário dos credores do fiduciário, bem como da indevida alienação por este.

1.5 Propriedade resolúvel e negócio fiduciário

No direito brasileiro a perpetuidade não constitui característica essencial da propriedade. A possibilidade de, no próprio título de constituição, constar a causa da extinção da propriedade, impede que se reconheça na perpetuidade elemento fundamental da propriedade. Neste caso, tem-se a propriedade resolúvel,¹⁴⁷ expressamente prevista nos arts. 1.359¹⁴⁸ e 1.360¹⁴⁹ do Código Civil de 2002, correspondentes aos arts. 647 e 648 do Código Civil de 1916. O Código Civil de 2002 não alterou a disciplina reservada à propriedade resolúvel pelo diploma de 1916.

A resolução pode ocorrer por uma condição ou termo apostos no título constitutivo da propriedade, ou pode advir de uma causa superveniente. Apenas a primeira hipótese, a rigor, traduz propriedade resolúvel propriamente dita,¹⁵⁰ haja vista que a causa de extinção do

caso, por exemplo, do fundo de investimento, em que a instituição administradora (fiduciária) faz jus a uma remuneração estabelecida no contrato” (*Negócio Fiduciário*, cit., p. 109).

¹⁴⁷ “Propriedade resolúvel, ou revogável, é a que, no próprio título da sua constituição, encerra o princípio, que a tem de extinguir, realizada a condição resolutória, ou advindo o termo extintivo, seja por força de declaração da vontade, seja por determinação da lei” (Clovis Bevilacqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, vol. III, cit., p. 149). Exemplos de propriedade resolúvel previstas especificamente pelo legislador têm-se com (i) a substituição fideicomissária (v. arts. 1.951 e 1.953, CC); (ii) a retrovenda (v. arts. 505 e seguintes do CC), (iii) a venda a contento sob condição resolutiva, (iv) a doação com cláusula de reversão (v. art. 547, CC); (v) a alienação fiduciária em garantia (no CC, v. art. 1.637).

¹⁴⁸ Art. 1.359, Código Civil: “Resolvida a propriedade pelo implemento da condição ou pelo advento do termo, entendem-se também resolvidos os direitos reais concedidos na sua pendência, e o proprietário, em cujo favor se opera a resolução, pode reivindicar a coisa do poder de quem a possua ou detenha”.

¹⁴⁹ Art. 1.360, Código Civil: “Se a propriedade se resolver por outra causa superveniente, o possuidor, que a tiver adquirido por título anterior à sua resolução, será considerado proprietário perfeito, restando à pessoa, em cujo benefício houve a resolução, ação contra aquele cuja propriedade se resolveu para haver a própria coisa ou o seu valor”.

¹⁵⁰ “Quando sua duração se subordina a uma condição resolutiva, ou termo final, previsto no título constitutivo do direito, diz-se que há *propriedade resolúvel*. Quando não é adquirida para durar certo tempo, mas se apresenta *potencialmente* temporária, podendo seu titular perdê-la por força de certos acontecimentos, diz-se que há *propriedade ‘ad tempus’*. A distinção entre as duas modalidades de *propriedade temporária*, além de importante sob o ponto de vista da eficácia, facilita a conceituação da *propriedade resolúvel*. Nas duas espécies,

domínio, no segundo caso, não consta expressa no título causativo como ocasionadora da resolução, dependendo de manifestação de vontade, isto é, da revogação daquele a quem a extinção aproveita.

No primeiro caso, entende-se que a resolução opera efeitos *ex tunc* e é oponível a terceiros.¹⁵¹ De outra parte, em se tratando de causa superveniente, os efeitos seriam *ex nunc* e não atingiriam terceiros, apenas podendo a resolução ser oposta àquele que teve sua propriedade resolvida.¹⁵² Dessa forma, se a causa da extinção do domínio não consta expressa no título constitutivo, não se mostra oponível em face de terceiros.

Em se tratando de causa contemporânea à constituição do título e nele expressamente prevista,¹⁵³ pode o sujeito em favor de quem se resolveu o domínio reivindicar a coisa em face de qualquer um que a possua ou detenha.¹⁵⁴

a resolução opera-se com a superveniência de fato extintivo do direito, do qual decorre sua transferência para outra pessoa, mas na *propriedade resolúvel* o evento há de ser uma condição ou um *termo*, isto é, uma cláusula inserta no negócio jurídico constitutivo do direito de propriedade que subordina voluntariamente a duração desse direito a acontecimento futuro, certo ou incerto. Na propriedade *'ad tempus'* não há condição, nem termo” (Orlando Gomes, *Direitos Reais*, cit., p. 265-266).

¹⁵¹ “O princípio da retroatividade da condição e do termo resolutivo encontrou expressão no art. 647. (...). A solução dada pelo Código é a mais racional. Se a propriedade é condicional, devendo extinguir-se com o implemento da condição, quando volve ao antigo proprietário, ou ao seu sucessor, há de vir expurgada dos encargos, que lhe foram postos pelo proprietário condicional. A revogação opera os seus efeitos *ex tunc*, e, por isso, se diz que a devolução se faz como se não tivesse havido mudança de proprietário. O mesmo se deve dizer do termo, que limitar a duração da propriedade. A causa da revogação preexiste aos encargos, o proprietário a termo não pode transferir direito mais extenso do que o seu (...)” (Clovis Bevilacqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, vol. III, cit., p. 149-150). “Não cabe, aqui, adentrar na discussão, que no plano doutrinário povoa o problema da retroatividade da *conditio*, uma vez que, na disposição expressa do artigo, ocorre a resolução *pleno iure* dos direitos reais concedidos. Ao reconhecer ao proprietário o poder reivindicatório da coisa, o Código, por via de consequência, faz abstração daqueles direitos constituídos na constância da condição ou termo, e, assim, pronuncia-se pelo efeito retro operante, a um tempo anterior ao em que foram concedidos” (Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol. IV, atualizada por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 82). V. tb. J. M. de Carvalho Santos, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. VIII, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963, p. 395; Manoel Ignacio Carvalho de Mendonça, *Doutrina e Prática das Obrigações*, t. I, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938, p. 228-229; Orlando Gomes, *Direitos Reais*, cit., p. 267; Orlando Gomes, *Alienação Fiduciária*, cit., p. 39.

¹⁵² “Quando o domínio se resolve *por causa superveniente*, isto é, que não está no próprio título, que procede de fato posterior à transmissão da propriedade, *não é resolúvel* em sua origem, mas se revoga, de fato. Assim acontece no caso de doação revogada por ingratidão do proprietário. O donatário, por exemplo, é proprietário perfeito, mas, se se mostrar ingrato, o doador pode revogar a doação (art. 1.181); contudo a revogação não prejudica os direitos adquiridos por terceiro. A revogação opera-se *ex nunc*” (Clovis Bevilacqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, vol. III, cit., p. 150). “O art. 648, coerentemente, preceitua que, se não se tratar de verdadeira condição resolutiva, mas, sim, de outra causa superveniente de resolução, respeitam-se os direitos constituídos com base na propriedade resolúvel. Tratando-se de causa superveniente, isto é, não derivada do próprio ato constitutivo da propriedade, o efeito da resolução será *ex nunc*, operando ela apenas a partir do momento em que se verifique” (Darcy Bessone, *Direitos reais*, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 104). Cf. tb. J. M. de Carvalho Santos, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. VIII, cit., p. 400; Orlando Gomes, *Direitos Reais*, cit., p. 267.

¹⁵³ “A resolubilidade impõe que se inscreva o título de transmissão da propriedade com as condições ou termo resolutório, a fim de assegurar o direito do proprietário condicional ou a termo e tornar pública a limitação temporal do direito de propriedade resolúvel no interesse de quantos tiverem de tratar com ele. Se se inscrever a transmissão da propriedade, mas se deixar de inscrever a condição ou o termo, essa falta, chegada a vez da resolução, prejudicará provavelmente a reivindicação das coisas que tiverem sido alienadas ou gravadas *in médio*

É possível, assim, pactuar-se a transmissão da propriedade com previsão expressa, no título constitutivo, de condição ou termo resolutivos. Neste caso, a resolução é oponível aos terceiros adquirentes e acarreta efeitos retroativos.¹⁵⁵

Diante da possibilidade de os particulares pactuarem a transmissão do domínio subordinada à condição ou termo resolutivos, é possível que as partes ajustem, no título constitutivo, a partir desses elementos acidentais, formas de melhor resguardar seus interesses, especialmente no bojo de um ajuste fiduciário.

Neste sentido, é de se admitir que a transmissão fiduciária possa vir acompanhada das seguintes condições resolutivas: (i) falência do fiduciário, (ii) morte do fiduciário, (iii) alienação do bem por parte do fiduciário, (iv) separação do fiduciário etc., de forma que a

tempore. Dentre as modalidades de compra e venda condicional, a mais comum é a do pacto comissório, em virtude do qual se assegura ao vendedor o direito de desfazer o contrato ou reclamar o preço, se este não for pago até certo dia (Cód. Civ., art. 1.163). Assim, o não pagamento implica a rescisão da venda, ao passo que o pagamento do preço importa o cancelamento da cláusula. Decorrido o prazo, dentro do qual foi efetuado o pagamento do preço, convém que o comprador apresente ao cartório o recibo do vendedor, a fim de que seja lançada a averbação do pagamento, e, conseqüentemente, do cancelamento do pacto. Aliás, as escrituras de compra e venda com pacto comissório, em que parte do preço é representada por nota promissória, já costumam autorizar desde logo o cartório competente a efetuar a averbação do pagamento e o cancelamento do pacto comissório, assim que lhe seja entregue a nota promissória quitada” (Afranio de Carvalho, *Registro de imóveis*, cit., p. 90). Art. 167, Lei n.º 6.015/1973: “No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos. I – o registro: (...) 29) da compra e venda pura e da condicional”.

¹⁵⁴ “A condição resolutiva expressa opera de pleno direito (art. 119, parágrafo único), isto é, não depende duma sentença que a reconheça, e é por isto que, independentemente desta, pode o proprietário, e cujo favor se opera a resolução, reivindicar a coisa do poder de quem a detenha. Se não operasse de pleno direito, haveria necessidade duma sentença preliminar pronunciando a resolução, e somente depois de obtê-la poderia o proprietário propor a reivindicatória” (Virgílio de Sá Pereira, *Direito das Coisas*, in *Manual do Código Civil Brasileiro*, Paulo de Lacerda (coord.), vol. VIII, Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1924, p. 449). “A resolução operando *ex tunc*, isto é, desde o momento em que o título se formou, o proprietário, em cujo favor se opera a resolução, volta a ser proprietário indiscutível da coisa e como proprietário, está claro, pode reivindicá-la, pois esse direito de reivindicar a coisa do poder de quem injustamente a detenha é da essência do domínio, como tivemos ocasião de verificar. Para exercitar tal direito, é desnecessária a intervenção do juiz para pronunciar a resolução do contrato, pois ao juiz não é lícito considerá-lo como não extinto, ainda que isso consultasse o interesse das partes. Deve o juiz limitar-se, se o caso é submetido à sua apreciação, a verificar uma questão de fato: se a condição se realizou ou se está em suspenso” (J. M. de Carvalho Santos, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. VIII, cit., p. 397). V. tb. João Carlos de Siqueira, *Propriedade Resolúvel*, in *Revista de Direito Imobiliário*, n. 3, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 73.

¹⁵⁵ “Terceiros não podem ignorar que o direito do proprietário resolúvel é suscetível de extinguir-se pelo advento de termo ou implemento de condição. Quanto aos atos de administração, prevalece a opinião de que são válidos, de sorte que a ocorrência do fato extintivo não os afeta. De referência, porém, aos atos da disposição, a resolução da propriedade acarreta-lhes a revogação. Assim, se alguém adquiriu a propriedade de bem sujeita à extinção pela verificação de determinado evento, perde-a no momento em que ocorre o fato extintivo, pois a transmissão só se deu, como só se podia dar, do *direito à propriedade resolúvel*. É princípio tranquilo o de que a revogação *ex tunc* da propriedade acarreta a resolução de todos os direitos reais provenientes daquele cuja propriedade se resolveu. Se, por outro lado, o proprietário resolúvel grava o bem de ônus real, o terceiro que obteve essa garantia perde-a, ao se verificar o fato extintivo. O bem, objeto de propriedade resolúvel, há de entrar no patrimônio do proprietário diferido, livre e desembaraçado de quaisquer ônus” (Orlando Gomes, *Direitos Reais*, cit., p. 270). “Alcançada a finalidade querida pelas partes, há a resolução, com eficácia *erga omnes* (e, em consequência, contra o terceiro adquirente), do direito transmitido ao fiduciário” (José Carlos Moreira Alves, *Da alienação fiduciária em garantia*, cit., p. 22-23).

verificação de qualquer um desses eventos ensejaria a reversão do bem ao fiduciante ou mesmo a terceiro.¹⁵⁶

No que concerne especificamente à condição resolutiva para o caso de falência, há importante divergência doutrinária sobre o tema. De acordo com J. X. Carvalho de Mendonça, a previsão de condição resolutiva para o caso de falência de uma das partes é perfeitamente possível, de maneira a proteger os contratantes das incertezas e demora próprias do processo de falência.¹⁵⁷ Já Manoel Justino Bezerra Filho e Deborah Kirschbaum aduzem que essa cláusula resolutiva viola o interesse público subjacente ao processo de falência, por permitir a dissipação do patrimônio do falido em prejuízo da universalidade de credores e da própria recuperação do falido.¹⁵⁸

A Lei nº. 11.101/2005 estabelece em seu art. 117,¹⁵⁹ na esteira da legislação anterior,¹⁶⁰ que o síndico pode optar pela continuidade do contrato bilateral ou decidir pela sua extinção

¹⁵⁶ “A resolução, prevista no título de constituição do domínio, opera-se em favor do próprio alienante, de seu sucessor, ou de terceiro, pouco importando quem seja o beneficiário. Interessa saber que o domínio se extingue com o advento do termo ou condição” (Orlando Gomes, *Direitos Reais*, cit., p. 267). E remata: “O titular do direito de propriedade resolúvel é um proprietário sem certeza do destino final da propriedade, mas é um proprietário. Se a condição se verifica, perde a propriedade, mas, se falha, consolida-se em definitivo” (Orlando Gomes, *Direitos Reais*, cit., p. 267). V. tb. Luiz Edson Fachin, *Comentários ao Código Civil*, vol. 15, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 320-321.

¹⁵⁷ “Não vemos, porém, razões que vedem os contratantes a se premunirem contra certas consequências da falência, como a incerteza, a demora ou a dificuldade que esta produzirá relativamente à execução dos contratos, ou, ainda, certos contratos *intuitu personae*, onde se atende especialmente à pessoa do contratante e à inconveniência da sua substituição pela massa falida ou por terceiro. Não há proibição de os contratantes estipularem, para o caso da superveniência da falência, a rescisão do contrato, antes de cumprido inteiramente. Não se dá ofensa a princípio algum de ordem pública. O direito da massa, agindo esta como representante do falido, mede-se pelo direito deste. Então, o contrato não continuará com a massa. É válido, portanto, o pacto em virtude do qual a declaração da falência opera como condição resolutiva do contrato, cessando as relações jurídicas criadas, para que o síndico ou liquidatário não substitua o falido na execução; (...)” (J. X. Carvalho de Mendonça, *Tratado de direito comercial brasileiro*, vol. VII, livro V, parte I, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960, p. 460). V. tb. Sérgio Campinho, *Falência e recuperação de empresa*, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 352; Fábio Ulhoa Coelho, *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 317.

¹⁵⁸ Manoel Justino Bezerra Filho, *Lei de recuperação de empresas e falências comentada*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, 6ª edição, p. 256-257; Deborah Kirschbaum, *Cláusula resolutiva expressa por insolvência nos contratos*, in *Revista Direito GV*, vol. 2, n. 1, Fundação Getúlio Vargas, 2006, *passim*, especialmente p. 38-39. Na p. 39, ressalta a autora que: “Dado que a manutenção ou a ruptura do contrato relevante pode gerar impactos positivos ou negativos sobre o valor atribuído aos demais ativos da empresa, a decisão sobre a continuidade do contrato deve se dar em função do potencial para contenção dos custos gerados pela crise financeira da empresa. Esta diretriz está devidamente positivada no ordenamento brasileiro e concretiza o princípio de maximização do valor do patrimônio da empresa devedora”. Cf. tb. Jorge Lobo, *Efeitos da concordata e da falência em relação aos contratos bilaterais do concordatário e do falido*, in *Revista Forense*, vol. 347, 1999, p. 146-147.

¹⁵⁹ Art. 117, Lei nº. 11.101/2005: “Os contratos bilaterais não se resolvem pela falência e podem ser cumpridos pelo administrador judicial se o cumprimento reduzir ou evitar o aumento do passivo da massa falida ou for necessário à manutenção e preservação de seus ativos, mediante autorização do Comitê. § 1º O contratante pode interpelar o administrador judicial, no prazo de até 90 (noventa) dias, contado da assinatura do termo de sua nomeação, para que, dentro de 10 (dez) dias, declare se cumpre ou não o contrato. § 2º A declaração negativa ou o silêncio do administrador judicial confere ao contraente o direito à indenização, cujo valor, apurado em processo ordinário, constituirá crédito quirografário”.

com o conseqüente pagamento das perdas e danos.¹⁶¹ Resta saber, diante deste cenário normativo e dos princípios aplicáveis, se os particulares podem estipular que a falência extingue automaticamente os efeitos contratuais e a propriedade sobre a coisa.

A crítica formulada à eficácia da cláusula assume como verdadeira a premissa de que não seria lícito aos particulares estipular condições destinadas a protegê-los do risco de insolvência da contraparte. No entanto, tal opinião é infirmada diante dos diversos instrumentos, como a cláusula de reserva de domínio, a promessa de compra e venda, entre outros, que são reconhecidos pela ordem jurídica para o desempenho de tal finalidade. Aliás, em muitas transações, a previsão dessas proteções é fundamental para o alinhamento dos interesses dos contratantes, revelando-se, não raro, indispensável para o êxito das negociações.

Dessa forma, não há no direito brasileiro qualquer princípio que torne reprovável o interesse do contratante em se proteger dos prejuízos que a falência da contraparte poderia lhe acarretar. Ao reverso, tal interesse mostra-se digno de tutela, desde que seja perseguido em consonância com a normativa vigente. Nesse sentido, o ordenamento pátrio permite expressamente que os contratos tenham sua eficácia limitada, mediante aposição de condição, e razão não há para que tal expediente seja *a priori* considerado abusivo ou ilegítimo na hipótese de decretação de falência.¹⁶²

¹⁶⁰ Art. 43, Decreto-Lei n.º 7.661/1945: “Os contratos bilaterais não se resolvem pela falência e podem ser executados pelo síndico, se achar de conveniência para a massa. Parágrafo único. O contraente pode interpelar o síndico, para que, dentro de cinco dias, declare se cumpre ou não o contrato. A declaração negativa ou o silêncio do síndico, findo esse prazo, dá ao contraente o direito à indenização, cujo valor, apurado em processo ordinário, constituirá crédito quirografário”.

¹⁶¹ “Se não houver *conveniência* para a massa, os seus representantes podem deixar de executar total ou parcialmente o contrato, mas a outra parte tem direito de exigir da massa a devida indenização pelas perdas e danos. (...) Os síndicos e liquidatários devem ter em consideração o que acaba de ser exposto. O fim da lei é também poupar *prejuízos* à massa. Muitas vezes a execução do contrato não trará *vantagens ou lucros*, ao contrário acarretará *prejuízos*, mas, sendo a massa obrigada a pagar perdas e danos pela não execução, o valor destes pode ser superior ao de *prejuízo* que experimentaria na execução, e nessas condições a *conveniência* da massa aconselha este último alvitre” (J. X. Carvalho de Mendonça, *Tratado de direito comercial brasileiro*, vol. VII, livro V, parte I, cit., p. 463-464).

¹⁶² “Também é de se registrar que a cláusula expressa a respeito da rescisão da avença em caso de falência, não pode ser considerada leonina, uma vez que se trata de disposição comum em contratos de locação em shopping center, com o objetivo de proteger a locadora dos percalços do processo de falência do locatário. Tal cláusula não viola o princípio fundamental do contrato que é a boa-fé, justamente por não se cuidar de contrato de adesão, de sorte que o contrato obriga os contratantes. Em resumo, diante da força obrigatória atribuída pela lei aos contratos, significa que o seu conteúdo é intangível, descabendo a liberação pretendida pela agravante” (TJSP, AI 0023133-82.1997.8.26.0000, 6ª CDP, Des. Rel. Testa Marchi, julg. 23.10.1997). “Cuida-se de pedido de restituição de bens (maquinário) objeto de contrato de arrendamento mercantil, ajuizado pela entidade financeira Apelada, em face da Massa Falida Apelante, descrito no pacto de fls. 6-14, decorrente da quebra desta, com cláusula expressa de sua rescindibilidade na hipótese da superveniente falência e inadimplência perdurante da devedora às prestações correspondentes (cláusula 14.1, letra ‘c’ – f. 11). Versou a objeção, tão-só, que o maquinário era necessário às atividades da falida e falta de prévia constituição em mora (f. 25), mas sem negar o débito e a existência dos bens. (...). Por outra angularidade, a cláusula resolutive expressa encerra autêntico pacto de rescisão antecipada, admitida pela doutrina e a jurisprudência, mesmo em sede de direito falimentar, estando

Sublinhe-se, a propósito, que o dispositivo legal que confere ao síndico a alternativa entre a continuação do contrato ou sua extinção antecipada não deve ser lido isoladamente do sistema jurídico no qual se integra, como se estabelecesse uma injustificada restrição à autonomia privada. Ao reverso, deve ser interpretado como norma de *direito falimentar*, que confere ao síndico, na hipótese de omissão contratual, um poder extraordinário no interesse da massa falida, qual seja, o de rescindir o contrato, em vez de dar continuidade à sua execução. Desse modo, o art. 117 da Lei nº. 11.101/2005 não significa a invalidade da cláusula resolutiva. Em realidade, introduz uma nova hipótese de resolução: a resolução no interesse da massa falida e por iniciativa do síndico.

Permite-se, assim, a pactuação de condições resolutivas, dentre as quais a falência ou insolvência do fiduciário, que limitarão *erga omnes* a atuação deste, aos moldes da chamada fidúcia germânica.¹⁶³ Aduz-se que a fidúcia germânica restringe diretamente os poderes do fiduciário, pois o direito é transmitido condicionado resolutivamente.¹⁶⁴ Mostra-se “realmente” ineficaz qualquer uso contrário ao escopo,¹⁶⁵ pois tal provoca o retorno do bem ao fiduciante ou aos seus herdeiros, ainda que em detrimento do terceiro adquirente.¹⁶⁶

Por oportuno, cabe aludir a caso concreto objeto de parecer de Antonio Junqueira de Azevedo. Na espécie, no ato da transmissão do direito se previu a causa de sua extinção, aos moldes da chamada fidúcia germânica, consoante ressaltado por Antonio Junqueira de Azevedo. Na hipótese concreta, Sérgio Cimatti cedeu a Antonio Manuel, pelo prazo de 12

os bens, como se acham, em poder da falida, a qual não honrou os pagamentos” (TJRJ, Ap. Cív. 6.934/95, 1ª CC, Rel. Des. Ellis Figueira, julg. 19.12.1995, trecho do voto do relator). V. tb. TJSP, Ap. com revisão n. 9171519-17.2005.8.26.0000, 36ª CDP, Rel. Des. Jayme Queiroz Lopes, julg. 4.8.2011. Contra: TJSP, Ap. com revisão n. 577.263-4/8-00, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado, Rel. Des. José Roberto Lino Machado, julg. 9.6.2009.

¹⁶³ V. Orlando Gomes, *Alienação Fiduciária*, cit., p. 76.

¹⁶⁴ “Mentre i limiti dell’acquisto del credito o del dominio, derivanti dalla loro destinazione ad uno scopo, cadono nella fiducia a tipo romano nel lato interno della figura, nella relazione cioè tra fiduciante e fiduciario, dando vita a rapporti obbligatori, – nella fiducia germanica essi ne affettano il lato esterno, ineriscono con efficacia reale al diritto del fiduciario. I poteri di quest’ultimo fin dall’inizio sono rigorosamente commisurati allo scopo che si propongono le parti, corrispondono ai loro intenti economici, e non contengono un *plus* in confronto a questi ultimi. Precisamente il fiduciario acquista un diritto di proprietà condizionato risolutivamente e con efficacia reale – o un diritto reale limitato sulla cosa del fiduciante – o trova, quando si tratta d’investitura fiduciaria di diritti di credito, nella legge stessa la limitazione del loro contenuto in conformità allo scopo. Perciò esula qui la *potestà dell’abuso*. Quando questo stesse per compiersi, verrebbe meno *perciò medesimo* il potere conferito al fiduciario, e l’atto abusivo di disposizione non arriverebbe a toccare i diritti del fiduciante o a lederne le aspettative” (Giuseppe Messina, *Scritti Giuridici*, vol. I, *Negozi Fiduciari*, cit., p. 19-20). V. tb. José Carlos Moreira Alves, *Da alienação fiduciária em garantia*, cit., p. 114-115.

¹⁶⁵ “(...) il contenuto della condizione può essere diverso, secondo la costituzione e i fini del negozio. Ma talune condizione ricorrono sempre: così quella per cui il diritto del fiduciario è destinato a ritornare al fiduciante se il fiduciario viola i suoi obblighi, disponendo di esso in contraddizione dello scopo stabilito, e l’altra che importa il ritorno del diritto al fiduciante in caso di morte o fallimento del fiduciario” (Luigi Cariota-Ferrara, *I Negozi Fiduciari*, cit., p. 11-12).

¹⁶⁶ Luigi Cariota-Ferrara, *I Negozi Fiduciari*, cit., p. 10. Cf. tb. José Carlos Moreira Alves, *Da alienação fiduciária em garantia*, cit., p. 22; Mariano Navarro Martorell, *La propiedad fiduciaria*, cit., p. 41-42.

(doze) meses, o direito de uso do título patrimonial de operador especial n°. 360 (posteriormente, título n°. 314), da BM&F, mediante contraprestações mensais no valor de R\$ 9.000,00 (nove mil reais). Houve a transferência do título de Sérgio Cimatti a Antonio Manuel.

Em virtude do escopo econômico perseguido pelas partes, foi avençado, além do termo de 12 meses, que o cessionário não tinha o poder de alienar o bem objeto da cessão. Nessa direção, as partes pactuaram, ainda, um mandato em causa própria, cujos poderes foram outorgados através de escritura pública, pelo qual o cedente teria amplos poderes para dispor do título. Todavia, a despeito de tais estipulações, Antonio Manuel alienou o título à BM&F. De acordo com Antonio Junqueira de Azevedo:

O pactum fiduciae, que consubstancia o acordo entre as partes para limitar os efeitos do negócio excessivo, cria a obrigação de o fiduciário exercer as faculdades e poderes que lhe foram transferidos nos exatos termos do fim visado. Tratando-se de mera cessão temporária de direitos de uso sobre o título patrimonial de operador especial da Bolsa, não poderia, assim, o Sr. Antonio Manuel de Carvalho Baptista Vieira, sem ordem do Sr. Sérgio Cimatti, alienar a terceiros a coisa cedida. Falta-lhe legitimação. A proibição de alienação constou expressamente do contrato, o que, aliás, põe o negócio fiduciário em exame na subespécie de **fidúcia germânica**. Significa isto que o *pactum fiduciae* consta do próprio negócio fiduciário – do negócio de disposição – e não de instrumento diverso, de tal forma que seu desconhecimento **não pode ser alegado por eventual sucessor**.¹⁶⁷

O contrato em análise contém, ainda, uma particularidade de grande relevância. Na fidúcia mais comum, a romana, cujo *pactum fiduciae* está em instrumento independente, o fiduciário detém o poder de defraudar a confiança nele depositada pelo fiduciante. Nela, o fiduciário é titular de direito real e as limitações estão em documento separado, criador de obrigação – direito pessoal entre as partes. Havendo a defraudação, o fiduciante em tese, diante de terceiros de boa-fé, somente poderá, pois, pleitear indenização por perdas e danos. Os autores denominam esta posição jurídica do fiduciário de ‘poder de abuso’. Ocorre, porém, que o negócio fiduciário em questão é do tipo de fidúcia germânica, isto é, cujo *pactum fiduciae* está insito no negócio de disposição, e, portanto, é de conhecimento para qualquer um que examine o título do adquirente. A falta de legitimação do fiduciário para dispor do direito é, pois, total; o bem, ainda que o fiduciário queira, não passa para o patrimônio do terceiro. O fiduciante tem, assim, direito à própria coisa.¹⁶⁸

A possibilidade de oposição de condição ou termo resolutivos oponíveis a terceiros, apesar de ser útil e ter o condão de proteger o fiduciante de importantes riscos, não equipara o negócio fiduciário ao *trust* aludido na Convenção de Haia.¹⁶⁹ Isso porque o *trust* funda-se na

¹⁶⁷ Antonio Junqueira de Azevedo, *Negócio Fiduciário. Frustração da fidúcia pela alienação indevida do bem transmitido. Oponibilidade ao terceiro adquirente dos efeitos da fidúcia germânica e de procuração em causa própria outorgada ao fiduciante*, cit., p. 111-112.

¹⁶⁸ Antonio Junqueira de Azevedo, *Negócio Fiduciário. Frustração da fidúcia pela alienação indevida do bem transmitido. Oponibilidade ao terceiro adquirente dos efeitos da fidúcia germânica e de procuração em causa própria outorgada ao fiduciante*, cit., p. 114.

¹⁶⁹ V. capítulo 2 da presente tese.

ideia de separação patrimonial, que assegura sua notável flexibilidade, o que não ocorre com a propriedade resolúvel, vez que a condição resolutiva acompanha o bem em suas transmissões.

Nada obstante, a possibilidade de propriedade resolúvel no Brasil já traduz importante mecanismo para fins de garantia ou gestão de bem alheio e que, no que tange à segurança, se aproxima do *trust*, pois pode possibilitar, por meio da reversão do bem mediante o implemento da condição, que o fiduciante ou o beneficiário não sofram os efeitos da falência, divórcio ou falecimento do fiduciário.

1.5.1 Alienação fiduciária em garantia

A alienação fiduciária em garantia foi inicialmente prevista, para bens móveis, pela Lei nº. 4.728/1965. Posteriormente, seu âmbito de aplicação foi paulatinamente estendido e, atualmente, pode ter por objeto bem móvel ou imóvel, fungível ou infungível (v., além do Código Civil, Leis nºs. 9.514/1997, 10.931/2004 e 11.481/2007).

Por meio da alienação fiduciária em garantia, transfere-se a propriedade resolúvel¹⁷⁰ da coisa ao credor até que o seu crédito seja satisfeito. Uma vez adimplida a obrigação, resolve-se automaticamente a propriedade em favor do devedor ou do terceiro que tenha conferido o bem em garantia.¹⁷¹ De outra parte, na hipótese de inadimplemento, o credor pode vender a coisa para se pagar com o preço obtido, restituindo ao devedor (ou ao terceiro) o eventual saldo remanescente.¹⁷²

¹⁷⁰ “Na transmissão fiduciária, o transmitente não aliena plena e definitivamente a propriedade. Transfere-a até que seja paga a dívida contraída no contrato de financiamento. Transmite-a para garanti-la. Não é, portanto, a propriedade plena que aliena, mas *propriedade limitada*. Consiste a limitação, primeiramente, numa restrição *temporal*. O fiduciário não adquire senão uma propriedade temporária, sujeita a condição resolutiva. Tem, em suma, *propriedade restrita e resolúvel*. Por força da sua condição de titular de propriedade resolúvel, restringe-se seu conteúdo, não somente em razão dos ônus decorrentes dessa modalidade de domínio, como das obrigações oriundas do contrato. No exercício das faculdades inerentes ao domínio, conquanto não se sacrifiquem as principais na sua essência, inclusive o *ius abutendi*, enfraquecem-se visivelmente. O adquirente não tem, realmente, a *propriedade plena* do bem, como não tem sua *propriedade definitiva*. Trata-se, no fundo, de uma situação jurídica que melhor se qualificaria *titularidade fiduciária*” (Orlando Gomes, *Alienação Fiduciária*, cit., p. 75). V. tb. José Carlos Moreira Alves, *Da alienação fiduciária em garantia*, cit., p. 123.

¹⁷¹ Sobre o ponto, veja-se: “Se, na propriedade resolúvel, a *reversão* é automática, segue-se que o fiduciante readquire o domínio do bem no momento mesmo em que paga a dívida e independentemente da prática de qualquer ato. Tem, assim, contra o fiduciário, ou contra quem houver adquirido dele os bens, uma *pretensão desenganadamente real*, visto que se tornou novamente proprietário com o implemento da condição resolutiva” (Orlando Gomes, *Alienação Fiduciária*, cit., p. 60). Nesse sentido, o art. 25 da Lei nº. 9.517/1997, que rege a alienação fiduciária de coisa imóvel, estabelece expressamente que “com o pagamento da dívida e seus encargos, resolve-se, nos termos deste artigo, a propriedade fiduciária do imóvel”.

¹⁷² Em relação à alienação fiduciária em garantia de coisas móveis infungíveis, estabelece o art. 1.364 do Código Civil que: “Vencida a dívida, e não paga, fica o credor obrigado a vender, judicial ou extrajudicialmente, a coisa

Visto que a coisa objeto de garantia se encontra no patrimônio do credor, este fica protegido contra os efeitos da eventual falência ou insolvência do devedor ou do terceiro que prestou a garantia, podendo, ainda que se configurem tais hipóteses, vender a coisa para pagar, com exclusividade, seu crédito. O credor tem o direito, portanto, de reivindicar o bem da massa falida, haja vista sua qualidade de proprietário.¹⁷³

O mesmo já não se verifica com a hipoteca ou com o penhor, vez que, nessas modalidades de garantia, a coisa permanece no patrimônio do devedor (ou do terceiro garantidor). O credor deve então habilitar seu crédito, sujeitando-se aos percalços e à morosidade do processo falimentar. E ainda, posto que tenha preferência para receber o pagamento com o valor obtido pela alienação da coisa, corre o risco de ser preterido no rateio dos haveres do falido em razão da prioridade conferida pela lei a outros créditos.¹⁷⁴

Vale repisar, por oportuno, que o negócio fiduciário pode ser previsto em lei sem que essa circunstância o descaracterize. O que qualifica o ajuste como fiduciário não é a possibilidade de abuso ou a exuberância do meio em relação ao fim, mas a transmissão de um direito para que seja viabilizada a consecução de determinada finalidade, configurando-se, assim, a titularidade fiduciária. O legislador, dessa forma, pode, sempre que reputar conveniente, se valer de expediente fiduciário para promover interesses valorados positivamente. E, para assegurar a realização da finalidade do ajuste, pode se utilizar, como tem ocorrido, de diversos instrumentos, como a condição resolutiva ou a separação patrimonial.¹⁷⁵

Por derradeiro, cabe advertir que os direitos titularizados fiduciariamente não traduzem novo tipo de direito. A transmissão fiduciária, por si só, não altera o conteúdo do

a terceiros, a aplicar o preço no pagamento de seu crédito e das despesas de cobrança, e a entregar o saldo, se houver, ao devedor.” Em relação à alienação fiduciária em garantia de coisas imóveis, vejam-se os arts. 26 e 27 da Lei nº. 9.514/1997. Quanto à alienação de coisas móveis fungíveis ou infungíveis no âmbito do mercado financeiro e de capitais, bem como em garantia de créditos fiscais e previdenciários, confira-se o art. 66-B da Lei nº. 4.728/1965 bem como os arts. 2º e 3º do Decreto-Lei nº. 911/1969.

¹⁷³ V. arts. 49, § 3º e 85 da Lei nº. 11.101/2005.

¹⁷⁴ Nessa direção, ao traçar a origem histórica da alienação fiduciária em garantia no direito brasileiro, destaca José Carlos Moreira Alves: “O que é certo, portanto, é que, a partir, precipuamente, do século passado, se tem sentido, cada vez mais, a necessidade da criação de novas garantias reais para a proteção do direito de crédito. As existentes nos sistemas jurídicos de origem romana – e são elas a hipoteca, o penhor e a anticrese – não mais satisfazem a uma sociedade industrializada, nem mesmo nas relações creditícias entre pessoas físicas, pois apresentam graves desvantagens pelo custo e o morosidade em executá-las, ou pela superposição a elas de privilégios em favor de certas pessoas, especialmente do Estado” (*Da Alienação Fiduciária em Garantia*, cit., p. 3). Veja-se, ainda, por oportuno, o art. 83 da Lei nº. 11.101/2005: “A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem: I – os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários-mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho; II – créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado; III – créditos tributários, independentemente da sua natureza e tempo de constituição, excetuadas as multas tributárias; IV – créditos com privilégio especial, a saber: (...)”.

¹⁷⁵ Cf. capítulo 2 desta tese.

direito transmitido ou os poderes atribuídos ao titular. O vínculo fiduciário se relaciona à maneira como devem ser exercidos os plenos poderes advindos com a titularidade.¹⁷⁶ Dessa forma, se a propriedade fiduciária desempenhar uma função de garantia, o proprietário deverá agir apenas e tão somente para concretizar aludida função. No mesmo sentido, se a propriedade fiduciária desempenhar uma função de gestão, o proprietário apenas poderá agir para concretizar essa função.

A atuação do proprietário, em cada um desses casos, será deveras distinta, não porque se trata de dois direitos diversos (propriedade-garantia/propriedade-gestão), mas em virtude da distinta função por eles desempenhada. Dessa sorte, não há que se falar em tantos direitos quantas as possibilidades de vínculo fiduciário, mas em variadas funções que podem ser desempenhadas pelo mesmo direito por meio da técnica da titularidade fiduciária.

1.5.2 Cessão fiduciária de direitos creditórios

Oportuno destacar, ainda, que o legislador previu a possibilidade de adoção da técnica da titularidade fiduciária para os créditos em geral, que podem ser objeto de cessão fiduciária com escopo de garantia, nos termos das Leis nºs. 9.514/1997 e 4.728/1965 (com a redação dada pela Lei nº. 10.931/2004). Assim como a alienação fiduciária, a cessão fiduciária atribui ao credor a titularidade resolúvel de créditos como forma de garantia do pagamento devido, com a vantagem, decorrente da atribuição de titularidade ao credor, de este ficar protegido do risco de insolvência ou falência do cedente. No penhor de créditos, ao reverso, os créditos empenhados permanecem no patrimônio do devedor, de modo que o credor não está imune aos efeitos da eventual decretação da falência deste.¹⁷⁷

O credor cessionário fica legitimado a exercer os direitos decorrentes dos créditos cedidos, podendo, por exemplo, promover a intimação dos terceiros devedores para que não paguem ao cedente, enquanto durar a cessão fiduciária, e ainda usar das medidas judiciais e extrajudiciais para receber diretamente desses devedores os créditos cedidos. As importâncias assim recebidas pelo credor cessionário, depois de deduzidas as despesas de cobrança e de

¹⁷⁶ No exemplo do negócio fiduciário para fins de garantia, Orlando Gomes aduz que a “alienação é *meio* para alcançar o *fim* de garantia” (*Alienação Fiduciária*, cit., p. 33).

¹⁷⁷ Como ressalta Melhim Namem Chalhub: “Mesmo empenhados, os créditos permanecem no patrimônio do devedor, sujeitando o credor aos riscos de insolvência daquele, enquanto a titularidade fiduciária exclui os créditos do patrimônio do devedor, afastando-os dos efeitos de eventual falência deste” (*Negócio fiduciário*, cit., p. 357).

administração, devem ser compensadas com o crédito detido pelo cessionário perante o cedente, até que bastem para extingui-lo. Justamente em razão do caráter fiduciário da cessão, na hipótese de receber pelos créditos cedidos valor superior ao do crédito garantido, o credor cessionário deve restituir a soma excedente ao devedor cedente.¹⁷⁸

Cuida-se de mais uma modalidade de negócio fiduciário prevista em lei e para a qual o legislador se utilizou da condição resolutiva para regular os interesses em jogo. O emprego legislativo do negócio fiduciário denota o crescente reconhecimento das múltiplas funções que pode desempenhar no direito pátrio, especialmente quando associado à técnica do patrimônio separado.¹⁷⁹

1.6 Limites e funções que podem ser desempenhadas pelo negócio fiduciário no direito brasileiro. Alguns exemplos

O negócio fiduciário foi largamente associado, consoante se verificou, à atuação à margem da lei, embora lícita, o que geraria o risco de abuso do fiduciário, nota essencial do ajuste. A despeito de se ter procurado demonstrar, ao longo do presente capítulo, que o negócio fiduciário não se caracteriza pela desproporção entre o meio jurídico utilizado e o fim pretendido, e muito menos pela possibilidade de abuso, fato é que não há uniformidade sistemática em torno dessa enigmática figura. Não por acaso o negócio fiduciário é pouco utilizado,¹⁸⁰ muito embora sua potencialidade funcional seja enorme, pois pode servir a inúmeros interesses.¹⁸¹ Nos próximos itens serão abordadas duas formas difundidas de ajuste fiduciário, a saber, a *escrow account* e a retrovenda.

¹⁷⁸ Assim estabelece o art. 19 da Lei nº. 9.517/1997: “Ao credor fiduciário compete o direito de: I – conservar e recuperar a posse dos títulos representativos dos créditos cedidos, contra qualquer detentor, inclusive o próprio cedente; II – promover a intimação dos devedores que não paguem ao cedente, enquanto durar a cessão fiduciária; III – usar das ações, recursos e execuções, judiciais e extrajudiciais, para receber os créditos cedidos e exercer os demais direitos conferidos ao cedente no contrato de alienação do imóvel; IV – receber diretamente dos devedores os créditos cedidos fiduciariamente. § 1º As importâncias recebidas na forma do inciso IV deste artigo, depois de deduzidas as despesas de cobrança e de administração, serão creditadas ao devedor cedente, na operação objeto da cessão fiduciária, até final liquidação da dívida e encargos, responsabilizando-se o credor fiduciário perante o cedente, como depositário, pelo que receber além do que este lhe devia. § 2º Se as importâncias recebidas, a que se refere o parágrafo anterior, não bastarem para o pagamento integral da dívida e seus encargos, bem como das despesas de cobrança e de administração daqueles créditos, o devedor continuará obrigado a resgatar o saldo remanescente nas condições convencionadas no contrato.”

¹⁷⁹ V. capítulo 2 deste trabalho.

¹⁸⁰ Cf. José Carlos Moreira Alves, *Da alienação fiduciária em garantia*, cit., p. 4.

¹⁸¹ “Les avantages de l’institution résultent de cette double caractéristique: d’une part, l’on recourt à un droit réel bien connu, aux contours clairement circonscrits et à l’efficacité maximale: le droit de propriété. D’autre part,

Não há limitação apriorística dos escopos a que pode servir o negócio fiduciário, haja vista sua nota característica ser a configuração de uma titularidade a conta de outrem ou para a realização de um fim, o que permite sua utilização para um sem número de atividades, desde que lícitas e merecedoras de tutela.¹⁸²

Muito embora o negócio fiduciário gere efeitos apenas obrigacionais, em virtude da sua natureza contratual, a possibilidade de se estipular condição resolutiva do domínio, bem como de se ajustarem (no negócio de índole gratuita) as cláusulas limitativas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, aumenta significativamente a efetividade do pacto fiduciário, que se torna indene às oscilações financeiras do fiduciário, além de se poder impedir a indesejada alienação do bem por parte deste.

Com tais estipulações, os riscos a que se aduz atinentes ao negócio fiduciário ficam deveras reduzidos. Todavia, como se destacou, inúmeras dúvidas permeiam a noção de negócio fiduciário, de modo que, na prática, não se pode precisar em que medida será dada efetividade a essas pactuações que, embora legítimas e permitidas pelo legislador, são vistas com reserva.

Mesmo que se desse plena efetividade aos ajustes fiduciários, nos termos propostos neste capítulo, – isto é, (i) permitindo-se, sempre que possível, a tutela específica da prestação devida pelo fiduciário, (ii) coibindo-se o terceiro de má-fé a concorrer para que o fiduciário não cumpra o avençado, garantindo-se a tutela externa do crédito, (iii) impossibilitando-se

l'autonomie de la volonté, avec toute sa souplesse et sa flexibilité, permet d'assurer une adaptation parfaite de l'institution aux caractéristiques de chaque opération" (Pierre van Ommeslaghe, *Rapport de Synthèse*, cit., p. 461).

¹⁸² Confira-se interessante caso concreto objeto de parecer do Luiz Gastão Paes de Barros Leães: “Daí porque podemos dizer que o acordo de acionistas subscrito por A. e S. implica num verdadeiro negócio fiduciário de administração, por meio do qual atribuíram-se ao Banco B. – caracterizado no instrumento como *acionista interveniente* – funções de definição do controle societário, mediante o exercício do direito de voto nas assembleias, com o objetivo de obviar impasses que possam surgir entre os demais acionistas, dotados de força de votos equivalente. Também aqui a relação fiduciária resultaria da conjugação de dois ajustes, um dotado de eficácia real, outro obrigacional. No primeiro, ou seja, no contrato de associação, opera-se a transferência plena, exclusiva e absoluta de 10% do capital votante da Sociedade ao Banco B., e, no segundo, o Banco B., na qualidade de acionista interveniente ou fiduciário, assume, no campo obrigacional, nas suas relações com A. e S., encarados como acionistas fiduciantes, o dever de usar do direito de voto inerente às suas ações para uma finalidade querida pelos fiduciantes e com estes ajustada no acordo de acionistas” (*O acordo de acionistas como negócio fiduciário*, cit., p. 1.375). “É característico do negócio fiduciário a articulação entre a transmissão de propriedade e a convenção firmada entre as partes que constringe os efeitos do direito real transmitido, na medida em que estabelece (a) que a transmissão foi feita com o propósito de propiciar ao fiduciário as condições necessárias para administrar o bem transmitido, dando-lhe a destinação definida pelas partes no *pactum fiduciae*, e (b) que o fiduciário só poderá dispor do bem em favor de terceiro designado ou aprovado pelo fiduciante. Ora é justamente o que ocorre na espécie. Transferida ao Banco B. a propriedade de 10% do capital votante da Sociedade, a fim de habilitá-lo na formação do voto majoritário nas assembleias, ele somente poderá dispor dessas ações a terceiro aprovado por A. e S., no prazo de 180 dias a contar da data em que manifestar a intenção de venda. Passado o prazo citado, o Banco B. poderá vender livremente a terceiro, mas sempre desde que esse terceiro lhe suceda nos encargos ajustados no acordo” (Luiz Gastão Paes de Barros Leães, *O acordo de acionistas como negócio fiduciário*, cit., p. 1.376).

que o cônjuge e os herdeiros obstassem a efetividade do negócio fiduciário, (iv) admitindo-se a utilização da técnica da propriedade resolúvel, e (v) autorizando-se, ao menos no negócio gratuito, a oposição das cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade – ainda assim o negócio fiduciário não teria aptidão para produzir todos os efeitos do *trust* referidos na Convenção de Haia. E isso porque o negócio fiduciário, justamente por ser fruto da autonomia privada, não tem o condão de criar patrimônio separado, o qual garante, a um só tempo, a segurança e a flexibilidade tão marcantes no *trust*.

Interessante exemplo dessa limitação consiste no caso, relatado por Alberto Camiña Moreira,¹⁸³ em que uma concessionária de serviço público efetuou contrato de depósito bancário com instituição financeira no qual se estipulou que esta atuaria na qualidade de *trustee* dos valores depositados em determinada conta, devendo parte desse montante, segundo o contrato, ser revertida ao BNDES. Ocorre que aludida instituição financeira faliu e a controvérsia que se instaurou consistiu em saber se os valores objeto dessa conta integrariam a massa falida da instituição financeira, contratualmente tida como *trustee*. Decidiu-se que, à míngua de previsão legal, não se poderiam considerar os valores de tal conta apartados do patrimônio geral da instituição financeira, cujo vínculo fiduciário não seria *erga omnes*.¹⁸⁴

A segregação patrimonial, neste caso, fosse autorizada em lei, teria garantido a blindagem em relação aos riscos pessoais da instituição financeira. De fato, o patrimônio separado apenas responde pelas dívidas que lhe são próprias, de maneira que os credores pessoais do fiduciário, seu cônjuge ou herdeiro não têm qualquer pretensão sobre o patrimônio separado. Tudo o que acrescer ao aludido patrimônio fica igualmente voltado para a realização da finalidade a que se dirige.

Dessa forma, o negócio fiduciário, embora possua aptidão para realizar importantes interesses na ordem jurídica pátria, possui limitações relevantes em comparação com o *trust* aludido na Convenção de Haia, haja vista não contar com a técnica da separação patrimonial.

1.6.1 Garantias indiretas

¹⁸³ Alberto Camiña Moreira, *Falência de instituição financeira. Contrato de depósito e ineficácia de cláusula contratual prevendo atuação como trustee*, in *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 2, n. 40, 2008, p. 52-69.

¹⁸⁴ “Não há, em nosso sistema jurídico, liberdade contratual para a constituição de patrimônio de afetação, não há, em nosso direito, liberdade para outorgar a outrem atuação de *trustee*, tal qual funciona no regime da *common law*. Só a lei pode autorizar a formação de patrimônio apartado, ou ela mesma fundar, criar, tal segregação patrimonial” (Alberto Camiña Moreira, *Falência de instituição financeira. Contrato de depósito e ineficácia de cláusula contratual prevendo atuação como trustee*, cit., p. 66).

As chamadas garantias indiretas traduzem modalidade de negócio fiduciário em virtude de a titularidade ser funcionalizada ao fim de garantia estipulado pelas partes. Como exemplos, têm-se a transmissão da propriedade para fins de garantia,¹⁸⁵ bem como a cessão fiduciária de créditos.¹⁸⁶

Nem todas as garantias indiretas traduzem negócio fiduciário. A título ilustrativo, tem-se a estipulação de solidariedade passiva com escopo de fiança. O que caracteriza o negócio fiduciário, consoante se verificou, é a titularidade a conta de outrem ou para a obtenção de uma determinada finalidade, de sorte que as garantias indiretas traduzirão ajuste fiduciário quando a titularidade estiver a serviço do escopo pactuado pelas partes.

1.6.1.1 Depósito em conta vinculada (*Escrow account*)

O contrato de depósito, no lugar de desempenhar a função de custódia para a qual originalmente foi concebido, tem sido cada vez mais utilizado pelas partes como forma de assegurar o cumprimento de certa obrigação. Trata-se de avença que pode ter como função garantir o adimplemento ou, ela própria, servir como meio de pagamento, a depender do concreto ajuste. No primeiro caso, o depositário apenas deve entregar ao credor o bem depositado se o devedor inadimplir com sua obrigação.¹⁸⁷ Na segunda situação, o depositário, uma vez verificados certos pressupostos, entrega o bem depositado ao credor como forma de pagamento por conta do devedor.¹⁸⁸ Em qualquer caso, tem-se terceiro imparcial responsável

¹⁸⁵ “A compra e venda e outros tipos negociais que visem proceder à transferência da propriedade ou de outro direito real sobre um bem não têm uma função de garantia, mas, indirectamente, com base na liberdade contratual, podem ajustar-se cláusulas das quais resultam garantias de cumprimento de obrigações” (Pedro Romano Martinez e Pedro Fuzeta da Ponte, *Garantias de Cumprimento*, Coimbra: Almedina, 2006, p. 237).

¹⁸⁶ “Podem engendrar-se negócios fiduciários que impliquem a constituição indirecta de uma garantia. A título de exemplo, refira-se a cessão fiduciária de créditos, em que, para garantir o pagamento de uma dívida, o devedor, credor de terceiro, cede ao seu credor (cessionário) o crédito que tem sobre esse terceiro, entendendo as partes (cedente e cessionário) que a cessão de crédito ajustada tem como razão de ser a concessão de uma garantia ao credor cessionário. Este, com base na confiança, passa ser credor de duas prestações: uma a título principal – a dívida do seu verdadeiro devedor – e outra como garantia – a dívida daquele que era terceiro” (Pedro Romano Martinez e Pedro Fuzeta da Ponte, *Garantias de Cumprimento*, cit., p. 65).

¹⁸⁷ “O depósito *escrow* pode, então, ser definido como: a convenção que pela qual as partes de um contrato bilateral ou sinalagmático acordam em confiar a um terceiro, designadamente um Banco, a guarda de bens móveis (tais como dinheiro, valores mobiliários, títulos de crédito e/ou documentos), ficando este irrevogavelmente instruído sobre o destino a dar aos referidos bens, que – em função do modo como vier a evoluir a relação jurídica emergente daquele contrato – poderá passar pela sua restituição ao depositante ou, eventualmente, pela sua entrega ao beneficiário do depósito” (João Tiago Morais Antunes, *Do contrato de depósito escrow*, Coimbra: Almedina, 2007, p. 173).

¹⁸⁸ Cf. João Tiago Morais Antunes, *Do Contrato de Depósito Escrow*, cit., p. 91; Fulvio Mastropaolo, *Il Deposito*, in *Trattato di Diritto Privato* (Pietro Rescigno), vol. XII, Torino: UTET, 1985, p. 508.

por realizar a garantia ou o pagamento mediante a presença de condições previamente avençadas.¹⁸⁹

Independentemente de esta utilização indireta do contrato de depósito poder se inserir no tipo de depósito (quando não mais se poderia falar em uso indireto) ou desnaturalizar aludido ajuste (quando também não se poderia falar em uso indireto), fato é que as partes se valem da estrutura do depósito para a função de proteção do crédito, o que deve ser considerado pelo intérprete, independentemente de tal propósito caber ou não no tipo do depósito.¹⁹⁰ Isso porque, mesmo que essa função acabe por extrapolar o tipo do depósito, convertendo o ajuste em atípico, as partes desejaram se submeter, no âmbito da liberdade dos pactos, à disciplina do depósito, nesse ajuste atípico que entabularam, o que deve ser considerado pelo intérprete.

Cabe ressaltar, por oportuno, que considerar o depósito com função de tutela do crédito atípico corrobora o quanto já se expôs no sentido de que a transmissão do domínio pode se dar por causas atípicas. Tal depósito, com efeito, pode acarretar a transferência da propriedade,¹⁹¹ ocasião em que se estará diante de um negócio fiduciário.

Nesse contexto se insere o chamado depósito em conta vinculada, também conhecido pela expressão inglesa *escrow account*,¹⁹² que desempenha, assim, nítida função de tutela do crédito.¹⁹³ Consoante se ressaltou, o devedor de uma prestação entrega determinados bens a outrem, o depositário, para que ele os destine ao credor da prestação nos termos avençados. A propriedade de tais bens pode permanecer com o depositante ou ser transferida ao depositário.

¹⁸⁹ “The escrow agent should be a third independent party nominated by the parties to hold and dispose of the escrowed funds until the termination of the escrow agreement. Accordingly, the escrow agent should remit to the parties statements on the escrow funds under a regular basis with a view to comply with its monitoring and reporting functions regarding the administration of the escrow account. In this light, the escrow agent shall act with due diligence and care, strictly pursuant to the terms established in the escrow contract” (Cristina Celeste Marzo, *Analysis of an ‘escrow agreement’ in an M&A transaction*, in *RSDE*, vol. 8, 2011, p. 131-132).

¹⁹⁰ “O contrato de depósito 'escrow', nada mais é do que convenção mediante a qual as partes de um contrato bilateral acordam em confiar a um terceiro (Banco depositário), a guarda de bens móveis, ficando este irrevogavelmente instruído sobre o fim a dar a tais bens. Assim, essa figura nova no direito pátrio, é verdadeiro contrato atípico, no qual é frequente a utilização de bancos internacionais para sua implementação, o que, na maioria das vezes, acaba por dificultar sua execução. Não obstante, trata-se de verdadeiro contrato de garantia, que se opera juridicamente na forma de depósito” (TJRJ, AI 0019440-94.2011.8.19.0000, 13ª CC, Rel. Des. Ines da Trindade, julg. 14.6.2011). V. tb. TJRJ, AI 0028584-97.2008.8.19.0000 (2008.002.23172), 14ª CC, Rel. Des. Ronaldo Alvaro Martins, julg. 18.12.2008; TJSP, Ap. Cív. 0219673-74.2009.8.26.0100, Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. José Reynaldo, julg. 6.12.2011.

¹⁹¹ João Tiago Morais Antunes, *Do contrato de depósito escrow*, cit., p. 188-189.

¹⁹² “Relativamente às partes do depósito *escrow*, anota-se que estamos perante um contrato trilateral, subscrito entre duas partes, contratantes num negócio jurídico coligado ao depósito (o *negócio jurídico principal*), e uma terceira entidade fiduciária, a quem aquelas confiam o acompanhamento e execução desse negócio subjacente. Cada uma dessas pessoas (*depositante; beneficiário eventual dos bens depositados em garantia e depositário escrow*) participa no contrato representado um conjunto de interesses económicos próprios que esperam ver realizados através do *depósito*, formando, assim, três partes formal e materialmente distintas” (João Tiago Morais Antunes, *Do contrato de depósito escrow*, cit., p. 165).

¹⁹³ João Tiago Morais Antunes, *Do contrato de depósito escrow*, cit., p. 272.

Apenas nesta segunda hipótese haverá negócio fiduciário,¹⁹⁴ ao passo que na primeira haverá mandato vinculado a negócio bilateral e, por isso, irrevogável, consoante o art. 684 do Código Civil.¹⁹⁵

Quando revestir a modalidade de ajuste fiduciário, isto é, nas hipóteses em que a titularidade dos bens for transferida ao depositário *escrow*, se houver falência deste o depositante ou o terceiro beneficiário não possuem direito à separação, haja vista o negócio fiduciário convencional ser insuscetível de gerar segregação patrimonial.¹⁹⁶

O contrato de *escrow*, portanto, traduz eloquente exemplo de negócio fiduciário com função de tutela do crédito, em que o depositário tem o poder-dever de atribuir aos bens que lhe foram confiados a destinação avençada, que pode consistir no próprio pagamento ou na garantia da obrigação devida.

1.6.1.2 Retrovenda

A retrovenda constitui cláusula adjeta ao contrato de compra e venda por meio da qual o vendedor se reserva o direito de retrato, isto é, o direito de, dentro de certo prazo, recuperar a coisa vendida mediante a restituição do preço e o reembolso de certas despesas ao comprador.¹⁹⁷

¹⁹⁴ “Com efeito, se tiver sido transferida em termos efectivos a titularidade dos bens depositados (certos e determinados) em garantia para o depositário *escrow*, ficando este obrigado, fiduciariamente, a retransmitir a propriedade dos mesmos ao depositante ou, alternativamente, a transferi-la ao beneficiário do depósito, em função da evolução da relação jurídica conexas ao depósito, poucas dúvidas haverá em qualificar o contrato assim celebrado como um ‘negócio jurídico fiduciário’” (João Tiago Morais Antunes, *Do contrato de depósito escrow*, cit., p. 284).

¹⁹⁵ Art. 684, Código Civil: “Quando a cláusula de irrevogabilidade for condição de um negócio bilateral, ou tiver sido estipulada no exclusivo interesse do mandatário, a revogação do mandato será ineficaz”.

¹⁹⁶ V. item 1.4.3 deste capítulo. Cf. tb. João Tiago Morais Antunes, *Do contrato de depósito escrow*, cit., p. 287.

¹⁹⁷ José Carlos Moreira Alves, *A retrovenda*, cit., p. 71. Art. 505, do Código Civil: “O vendedor de coisa imóvel pode reservar-se o direito de recobrá-la no prazo máximo de decadência de três anos, restituindo o preço recebido e reembolsando as despesas do comprador, inclusive as que, durante o período de resgate, se efetuaram com a sua autorização escrita, ou para a realização de benfeitorias necessárias”. “O pacto de retrovenda consiste na faculdade que se reserva o vendedor de resolver o contrato de compra e venda, recuperando a coisa imóvel, desde que pague ao comprador o preço original, monetariamente corrigido, as despesas por ele suportadas (por exemplo, as de escritura) e o valor equivalente às benfeitorias necessárias, bem como as benfeitorias úteis e voluptuárias expressamente consentidas, na forma escrita” (Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza, Maria Celina Bodin de Moraes *et al.*, *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. II, cit., p. 172). Art. 507, do Código Civil: “O direito de retrato, que é cessível e transmissível a herdeiros e legatários, poderá ser exercido contra o terceiro adquirente”.

Exercido o direito potestativo¹⁹⁸ de retrato oriundo da retrovenda, resolve-se automaticamente o contrato de compra e venda e o domínio do comprador sobre a coisa, podendo o vendedor reivindicá-la inclusive em face de terceiros.¹⁹⁹ Cuida-se de propriedade resolúvel até que se verifique, ou não, a condição resolutiva dentro do prazo estabelecido para o exercício do direito de retrato.²⁰⁰

A retrovenda, quando efetuada com escopo de garantia,²⁰¹ traduz negócio fiduciário, na medida em que o adquirente titulariza o domínio resolúvel para fins de garantir o seu crédito. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu acerca da possibilidade de a retrovenda ser legitimamente utilizada com a finalidade de garantia. É ver-se:

Direito Civil. Empresa. Falência. Pedido de restituição. Contrato de venda e compra com pacto de retrovenda. Bens móveis. Possibilidade. Recurso especial. Matéria probatória. Súmula 5 e 7-STJ. 1 - Consoante o entendimento pretoriano, não há incompatibilidade entre a cláusula de retrovenda e o contrato de compra e venda de bens móveis, funcionando aquele puramente como garantia, sem força suficiente, portanto, para anular o negócio jurídico em sua integralidade.²⁰²

Compra e venda de ações, com pacto de retrovenda. Negócio jurídico indireto. Direito de resgate abrangente das ações acrescidas em razão de bonificações e do direito de subscrição. Desistência de recurso não devidamente formalizado. Qualificada a avença como negocio jurídico indireto, não contraria o art. 1.140 e par. único do C.C. a decisão que considera como compreendido no direito de resgate tudo quanto se acrescentou as ações vendidas, quer por força de bonificações, quer em razão do direito de subscrição. Não veda a lei tenha a retrovenda por objeto bens móveis. (...).²⁰³

¹⁹⁸ José Carlos Moreira Alves, *A retrovenda*, cit., p. 106.

¹⁹⁹ “Operando-se a resolução *pleno iure*, por força da condição contida no contrato, não seria eficaz o direito de resgate se adstrito ao comprador. Explica-se, assim, que o vendedor seja armado de ‘ação contra os terceiros adquirentes da coisa retrovendida’ (art. 1.142). Nem diverso é o consectário do domínio resolúvel, com seus efeitos *ex tunc*, a permitir que o proprietário, ‘em cujo favor se opera a resolução’, possa ‘reivindicar a coisa do poder de quem a detenha’ (art. 647). Não houve mais do que uma especificação, na retrovenda, desse princípio geral, que lhe era extensivo. Pode o vendedor reivindicar o imóvel retrovendido do poder de quem o detenha, seja herdeiro do comprador ou terceiro adquirente” (Paulo Carneiro Maia, *Da retrovenda*, São Paulo: Saraiva, 1956, p. 122).

²⁰⁰ José Carlos Moreira Alves, *A retrovenda*, cit., p. 94; Paulo Carneiro Maia, *Da retrovenda*, cit., p. 120; Orlando Gomes, *Contratos*, cit., p. 306; Orlando Gomes, *Alienação Fiduciária*, cit., p. 28; Agostinho Alvim, *Da compra e venda e da troca*, cit., p. 132.

²⁰¹ “Com frequência, a compra e venda com pacto de retrovenda é usada para servir, indiretamente, de garantia a empréstimo: ao invés de duas pessoas celebrarem contrato de mútuo com garantia real, efetuam compra e venda com pacto de retrovenda, de modo que o vendedor obtém, a título de preço, a quantia de que necessita, e o comprador recebe a coisa que somente retornará à propriedade daquele, se houver a restituição da importância que faz as vezes de preço e o reembolso de despesas, dentro de determinado prazo. Dessa forma, está o credor mais protegido do que se recebesse uma garantia real, cuja eficácia, em nosso sistema jurídico, se acha bastante enfraquecida (...)” (José Carlos Moreira Alves, *A retrovenda*, cit., p. 5).

²⁰² STJ, REsp 260923/SP, 4ª T., Rel. Min. Fernando Gonçalves, julg. 7.10.2003.

²⁰³ STJ, REsp 28598/BA, 4ª T., Rel. Min. Barros Monteiro, julg. 5.11.1996.

A retrovenda, contudo, não pode representar fraude a disposições legais cogentes, tais como a vedação do pacto comissório²⁰⁴ e a prática de juros acima dos permitidos pela legislação.²⁰⁵ A retrovenda com escopo de garantia, por si só, não configura simulação e é admitida como legítimo expediente a ser utilizado pelos indivíduos com essa finalidade. Entretanto, se encobrir juros usurários, taxas abusivas ou o pacto comissório, será ilícita, como qualquer negócio jurídico em geral.

²⁰⁴ Em sentido contrário, sustenta José Carlos Moreira Alves que: “Apresentando-se a retrovenda com escopo de garantia como negócio jurídico indireto, é preciso enfrentar os dois problemas a que aludimos anteriormente: a) ocorrerá, no caso, fraude à lei, tendo em vista a proibição do pacto comissório estabelecida no artigo 765 do Código Civil? b) poderá haver infringência das normas de combate à usura? Quanto ao primeiro problema, somos de opinião de que, quando a retrovenda tem escopo de garantia, não há fraude ao citado artigo 765, que estabelece: ‘É nula a cláusula que autoriza o credor pignoratício, anticrético ou hipotecário a ficar com o objeto da garantia, se a dívida não for paga no vencimento’. Aplica-se a esse dispositivo a tese de Domenico Rubino, segundo a qual, sendo a razão da proibição do pacto comissório ‘tutelar o devedor da pressão que sobre ele pode exercer o credor para obter o adimplemento’, ela – ao contrário do que sucede com relação ao penhor, à anticrese e à hipoteca, em que a transferência da propriedade da coisa dada em garantia só ocorre quando há o inadimplemento da obrigação de restituição da quantia mutuada – não se dá em se tratando de retrovenda com escopo de garantia, em que a transmissão do domínio pode verificar-se imediatamente após a celebração desse negócio jurídico indireto” (José Carlos Moreira Alves, *A retrovenda*, cit., p. 17-18). Nesse sentido, v. tb. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. XXI, cit., p. 450. Assim também já decidiu o Supremo Tribunal Federal: STF, RE 82.447, 2ª T., Rel. Min. Moreira Alves, julg. 8.6.1976. Contrariamente, v. STF, RE 72.533, 1ª T., Rel. Min. Aliomar Baleeiro, julg. 27.4.1973; STF, RE 53.072, 1ª T., Rel. Min. Evandro Lins, julg. 25.5.1965; STF, RE 105859-PR, 1ª T., Rel. Min. Sydney Sanches, julg. 18.9.1987; STF, RE 72585-GB, 2ª T., Rel. Min. Xavier de Albuquerque, julg. 22.5.1972. Também no sentido de que a transmissão da propriedade para fins de garantia deve respeitar a vedação do pacto comissório, cf. Tullio Ascarelli, *Problema das Sociedades Anônimas e direito comparado*, cit., p. 113 e Regis Velasco Fichtner Pereira, *A fraude à lei*, cit., p. 72-74.

²⁰⁵ “Sendo a retrovenda com escopo de garantia negócio jurídico indireto em sentido estrito, não há que se cogitar de usura pecuniária, mas, sim, de usura real (que, em nosso sistema jurídico atual, corresponde à lesão do direito italiano). (...). Configurando-se na retrovenda com escopo de garantia os elementos objetivo e subjetivo da usura, teremos um negócio usurário, aplicando-se, portanto, a sanção, no terreno civil, do § 3º do citado artigo [4º da Lei 1.521/1951]. Muitas vezes poderá ocorrer a simulação do preço da venda para que se oculte a violação a esse dispositivo legal. Nesses casos, porém, demonstrada judicialmente a simulação parcial, levar-se-á em conta, para efeito da aplicação do mencionado § 3º, o preço efetivamente pago” (José Carlos Moreira Alves, *A retrovenda*, cit., p. 24). “Uma casuística muito rica, quanto aos negócios indiretos fraudulentos, é constituída pelos negócios com que as partes visam frustrar o interdito da estipulação dos juros, ou o limite destes, eventualmente em vigor em determinados sistemas jurídicos” (Tullio Ascarelli, *Problema das Sociedades Anônimas e direito comparado*, cit., p. 113). “Escritura Pública de Venda e Compra com Cláusula de Retrovenda. Simulação. Negócio jurídico realizado com o fito de prestar garantia a empréstimo com juros usurários – Nulidade” (TJSP, Ap. Cív. 9172837-69.2004.8.26.0000, 9ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Piva Rodrigues, julg. 22.11.2011).

2 DO NEGÓCIO FIDUCIÁRIO À FIDÚCIA. A TÉCNICA DA SEPARAÇÃO PATRIMONIAL APLICADA AO NEGÓCIO FIDUCIÁRIO: O *TRUST* PREVISTO NA CONVENÇÃO DE HAIA

A figura do *trust* encontra suas origens no direito inglês, sendo a obra mais notável da *equity*.²⁰⁶ O *trust* revela-se extremamente versátil,²⁰⁷ podendo apresentar mais de uma estrutura e promover múltiplas funções, daí o crescente interesse dos países da *civil law* na sua compreensão.

Não se pretende, nesta sede, fazer incursões profundas sobre aludida categoria, na medida em que esta tarefa envolveria cuidadoso exame comparatista entre ordenamentos jurídicos de famílias distintas.

O objetivo de se examinar o *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 1992,²⁰⁸ investigar a possibilidade de o legislador, se julgar oportuno, incorporar os principais efeitos 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.

A compreensão do *trust* por países da família romano-germânica sempre foi marcada por dificuldades, haja vista a opinião, largamente difundida, de que o *trust* acarretaria a divisão da propriedade em formal e substancial, o que é incompatível com os sistemas da *civil law* (v. item 2.3.1.4 do presente capítulo). Diante disto e da cada vez maior

²⁰⁶ No preâmbulo da Convenção de Haia consta: “Considerando que o *trust*, tal como desenvolvido nas cortes da *equity* nas jurisdições de *common law* (...)”. No original: “Considering that the trust, as developed in courts of equity in common law jurisdictions (...)”. René David aduz: “A noção de trust, desconhecida dos direitos romano-germânicos, é uma noção fundamental do direito inglês e a criação mais importante da *equity*” (*Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 315-316). V. tb. Arianna Neri, *Il trust e la tutela del beneficiario*, Padova: CEDAM, 2005, p. 41-42; Miguel Acosta Romero, *Naturaleza Jurídica del Fideicomiso*, in *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. XLIII, n. 191-192, septiembre-diciembre 1993, p. 15; Mirzia Bianca, *Giornata di Studio sul Trust*, in *Rivista di Diritto Civile*, Anno 41, n. 3, 1995, p. 335; Joaquín de Arespachoga, *El trust, la fiducia y figuras afines*, Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 30; Nicolás Malumián, Adrián G. Diplotti e Pablo Gutiérrez, *Fideicomiso y Securitización. Análisis Legal, Fiscal y Contable*, Buenos Aires: La Ley, 2006, p. 10; Mario Petrulli e Francesco Rubino, *Il trust*, Matelica: Halley, 2006, p. 14; Saverio Bartoli, *Il Trust*, Milano: Giuffrè, 2001, p. 91; Sizino Rodrigues, *Os ‘trusts’ em face do direito brasileiro*, in *Revista Forense*, vol. 493, ano XLI, julho de 1944, p. 43; Melhim Namem Chalhub, *Trust*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 15.

²⁰⁷ V. Pierre Lepaulle, *Traité Théorique et Pratique des Trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, cit., p. 12 e p. 168; Mario Petrulli e Francesco Rubino, *Il trust*, cit., p. 13; Saverio Bartoli, *Il Trust*, cit., p. 310; Melhim Namem Chalhub, *Trust*, cit., p. 3 e 52.

²⁰⁸ 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, último acesso em 10.8.2013, às 11h.

imprescindibilidade de países da *civil law* lidarem com a figura do *trust*, a Convenção de Haia procurou expressar os principais efeitos do *trust* – que o tornam expediente flexível e seguro na *common law* – em instrumentos compatíveis com os ordenamentos da família romano-germânica.²⁰⁹

Nessa esteira, a Convenção de Haia estabelece que (i) os bens em *trust* constituem patrimônio separado, que não se confunde com o patrimônio pessoal do *trustee*; (ii) a titularidade dos bens em *trust* fica em nome do *trustee* ou de outra pessoa por conta do *trustee*; (iii) 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; (iv) os credores pessoais do *trustee* não podem executar os bens em *trust*; (v) os bens em *trust* não serão arrecadados na hipótese de insolvência ou falência do *trustee*; (vi) os bens em *trust* não integram o patrimônio da sociedade conjugal nem o espólio do *trustee*.²¹⁰

Tais efeitos, consoante se verificará nos próximos itens, podem ser incorporados por países da família romano-germânica por meio da separação patrimonial,²¹¹ não já com apoio no (inaceitável) desmembramento do domínio.

Registre-se, ao propósito, que o negócio fiduciário examinado no capítulo 1, embora apresente importante potencialidade funcional, não oferece, ainda que associado à condição resolutiva, as mesmas vantagens do *trust*, justamente em razão da ausência de separação patrimonial. O patrimônio separado, com efeito, a um só tempo congrega a (i) flexibilidade oriunda da criação da nova universalidade de direito e (ii) segurança advinda de esta não se confundir com o patrimônio geral do fiduciário.

²⁰⁹ “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” (Alfred E. von Overbeck, disponível em <http://hcch.evision.nl/upload/exp130.pdf>, último acesso em 10.2.2013, às 20h). “L’absence de référence à la dualité des droits, à la dualité *common law* et *equity*, dans les dispositions d’une convention internationale ayant pour objet de désigner des lois applicables au *trust*, est bien la démonstration que cette dualité n’est pas considérée comme étant de l’essence du *trust*. Le fait que la dualité de droits ne soit pas de l’essence du *trust* est d’un intérêt certain pour tout pays envisageant d’importer le *trust* dans son système juridique. En effet, ceci signifie que le système juridique souhaitant importer le *trust* n’a, pour ce faire, pas nécessairement besoin d’être fondé sur un double corps de droit qui permettrait la dualité des droits” (François Barrière, *La réception du trust au travers de la fiducie*, cit., p. 188).

²¹⁰ Cf. arts. 2º e 11 da Convenção de Haia.

²¹¹ Pierre Lepaulle, *Traité Théorique et Pratique des Trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1932, p. 25-26.

O negócio fiduciário puro e simples, a seu turno, não protege o fiduciante ou o beneficiário dos efeitos de eventual falência do fiduciário. Não há direito de separação, devendo o fiduciante ou o beneficiário habilitarem seu direito na execução universal. De outra parte, a condição resolutiva aposta no direito transmitido ao fiduciário, enquanto pendente, grava e acompanha o bem em todas as suas mutações subjetivas. O fiduciário, dessa forma, não consegue alienar o bem livre e desembaraçado, vez ter recebido um direito limitado, o que pode ser especialmente inconveniente em negócio fiduciário com escopo de gestão.

Em se tratando de patrimônio separado, de outra parte, cria-se uma nova universalidade de direito cujos elementos podem ser livremente alterados – desde que em respeito à finalidade da afetação – o que permite eficiente gestão por parte do fiduciário. Atribui-se maior discricionariedade ao fiduciário, ao qual se transmite a propriedade plena (não resolúvel), embora esta integre patrimônio especial insuscetível de ataque pelos seus credores pessoais, cônjuge ou herdeiros. Como se vê, a afetação patrimonial assegura flexibilidade e segurança ímpar, justamente o maior atrativo do *trust*.

Ressalte-se que o *trust* não é equiparável a nenhum instituto do ordenamento pátrio. Embora as hipóteses de afetação patrimonial existentes no direito brasileiro possam se assemelhar, em maior ou menor grau, à estrutura básica do *trust*, são previstas para a tutela de interesses determinados, sem 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 afetação patrimonial estabelecido pelo *settlor*, podendo servir, por isso mesmo, à promoção de variados interesses.

Não se afigura possível delimitar aprioristicamente uma função típica para o *trust*, vez consistir em mecanismo extremamente flexível, a possibilitar a tutela de um sem número de interesses. Com efeito, o *trust* de que trata a Convenção de Haia traduz esquema geral por meio do qual se mostra possível a segregação patrimonial para a promoção de um fim ou dos interesses de determinadas pessoas, denominadas beneficiários.²¹² Dada essa configuração aberta, simples e versátil, o *trust* pode servir à tutela de diversos interesses, sendo mecanismo apto a realizar, conseqüentemente, variadas funções. Precisamente por isso, Pierre Lepaule

²¹² “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” (Andrea Mazzieri, Gianfranco Napolitano, Diego Napolitano, *Il ‘Project Financing’*, Napoli: Jovene, 2006, p. 63-64).

acredita poder o *trust* substituir todos os institutos civilísticos que formam patrimônios afetados e, ainda, servir à realização de inúmeras outras funções.²¹³

2.1 Separação patrimonial e titularidade fiduciária: elementos essenciais do *trust* contido na Convenção de Haia. A experiência estrangeira

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*.²¹⁴ A Convenção de Haia, 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.

O fato de o *settlor* se reservar certos direitos e poderes e o fato de o *trustee* poder ter direitos na qualidade de beneficiário não são necessariamente incompatíveis com a existência de um *trust*.²¹⁵

²¹³ “Mais toutes ces institutions qui sont des patrimoines affectés sans être des *trusts* ont toujours une affectation limitée: la fondation ne peut pas exister au profit d’un intérêt particulier; la masse des biens d’un failli n’est constituée que pour un but précis et toujours le même; le patrimoine des personnes déclarées absentes est constitué en un tout distinct pour une raison qui ne varie point. Seul, au milieu de toutes les autres institutions juridiques, le *trust* permet une affectation parfaitement libre. C’est ainsi qu’il peut remplacer toutes les institutions qui forment des patrimoines affectés, et qu’il peut encore faire beaucoup d’autres choses” (Pierre Lepaulle, *Traité Théorique et Pratique des Trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, cit., p. 31).

²¹⁴ Os países que participaram da 15ª Sessão da Conferência de Direito Internacional Privado, em Haia, realizada de 8 a 20 de outubro de 1984, em que se discutiu a Convenção em exame, foram: Argentina, Austrália, Áustria, Bélgica, Canadá, Chipre, Tchecoslováquia, Dinamarca, Egito, Finlândia, França, República Federal da Alemanha, Grécia, Irlanda, Israel, Itália, Japão, Luxemburgo, Noruega, Países Baixos, Polônia, Portugal, Espanha, Suécia, Suíça, Suriname, Turquia, Reino Unido, Estados Unidos, Uruguai, Venezuela, Iugoslávia. (<http://hch.e-vision.nl/upload/exp130.pdf>, último acesso em 10.2.2013, às 20h).

²¹⁵ 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.

Note-se que a expressão *separate fund*, utilizada pela Convenção na sua versão em inglês, ou, na língua francesa, *masse distincte*,²¹⁶ deve ser entendida, no Brasil, como patrimônio separado, vez ser a categoria que melhor se conforma aos efeitos estabelecidos pela Convenção de Haia.²¹⁷ Com efeito, o art. 11 da Convenção assim dispõe:

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.²¹⁸

Os bens conferidos em *trust*, desta feita, integram patrimônio especial titularizado pelo *trustee* que não se confunde com o patrimônio geral deste, de tal sorte que os efeitos da insolvência ou da falência do *trustee* não interferem no patrimônio em *trust*. Além disso, os

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”.

²¹⁶ A Convenção de Haia foi elaborada oficialmente em duas línguas, inglês e francês, conforme consta na parte final da Convenção. Na versão francesa, utiliza-se a expressão *masse distincte*.

²¹⁷ “Le patrimoine d’affectation est la traduction en droit civil du *trust fund* anglais” (François Barrière, *La réception du trust au travers de la fiducie*, cit., p. 382). Cf. tb. Jorge Roberto Hayzus, *Fideicomiso*, cit., p. 32.

²¹⁸ 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;
- 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”. Alfred E. von Overbeck 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>, último acesso em 10.2.2013, às 20h). “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” (Arianna Neri, *Il trust e la tutela del beneficiario*, cit., p. 48). V. tb. Donovan Waters, *The Hague Trusts Convention twenty years on*, in *Commercial Trusts in European Private Law*, Edited by Michele Graziadei, Ugo Mattei, Lionel Smith, Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 57.

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*.

O *trust* a que se refere a Convenção de Haia pode ter beneficiários ou simplesmente se destinar a um escopo, como no caso dos *charitable trusts*.²¹⁹ Mesmo o *trust* com beneficiário, a rigor, conta com um patrimônio especial destinado a um fim, qual seja, promover os interesses do *cestui que trust* indicados pelo *settlor*. Assim sendo, todo *trust* consubstancia um patrimônio destinado a um escopo, de tal sorte que a divisão acima aludida aparta, em última análise, aqueles em que há beneficiários dos que contêm a previsão de um fim sem a individualização de beneficiários.²²⁰

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*, assim como o fiduciante no negócio fiduciário, 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.²²¹ Além disso, o *settlor* tem

²¹⁹ “La più rilevante eccezione al *beneficiary principle* è però rappresentata dai cosiddetti ‘charitable trusts’ (...). Essi si caratterizzano per l’essere immuni dall’applicazione della *rule against perpetuities* (...) e per l’essere indirizzati al perseguimento di una finalità rientrante fra le quattro enucleate in generale fin dalla famosa sentenza *Commissioners for special purposes of income tax v. Pemsel* (1891) Aca 531: a) il soccorso ai poveri (...); b) lo sviluppo dell’educazione scolastica (...); c) il progresso della religione (...); d) una finalità di interesse sociale (...) (trattasi di una categoria costruita come residuale rispetto alle prime tre). Poiché non esiste una norma di legge che definisca cosa debba intendersi per scopo caritatevole, la discrezionalità attribuita al potere giudiziario in materia è amplissima, tanto da dare sovente luogo a decisioni contraddittorie” (Saverio Bartoli, *Il Trust*, cit., p. 272-273).

²²⁰ “Todo *trust* tem, obviamente, um escopo. Quando se fala de *trust* ‘de escopo’ estamos nos referindo àqueles *trust* que não são destinados a oferecer vantagem a uma ou mais pessoas identificadas ou identificáveis; mais precisamente, àqueles *trust* relativamente aos quais, pelo modo como o *trust* é configurado, não pode haver nenhum sujeito legitimado para agir contra o *trust* para tutelar um interesse próprio” (tradução livre). No original: “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” (Maurizio Lupoi, *Il trust nel diritto civile*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Rodolfo Sacco, Torino: UTET, 2004, p. 330).

²²¹ “Na constituição do *trust*, o *settlor* pratica dois atos articulados, isto é, transmite ao *trustee* a titularidade do bem ou direito, definindo sua destinação, e estabelece as obrigações a serem cumpridas pelo *trustee*, em decorrência dessa transmissão. A partir daí, o *settlor* desaparece, como tal, da relação jurídica, ficando apenas o registro de sua posição de antigo titular dos bens ou direitos transmitidos” (Melhim Namem Chalhub, *Trust*, cit., p. 42). V. tb. Pierre Lepaulle, *Traité Théorique et Pratique des Trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, cit., p. 216-217.

de individualizar os bens que transmite, sob pena de ser considerada inválida a constituição do *trust* por impossibilidade de determinação do objeto.²²²

O *trustee*, embora seja o proprietário dos direitos transmitidos pelo *settlor* em *trust*, deve – assim como o fiduciário em se tratando de negócio fiduciário – gerir o patrimônio destinado em proveito dos beneficiários de acordo com o determinado pelo *settlor*. Afirma-se, neste sentido, que existe relação de natureza fiduciária entre o *trustee* e os *cestuis que trust*, a qual pauta a conduta do *trustee*.²²³ 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.²²⁴

Ademais, o *trustee* não pode ficar inerte, sendo-lhe atribuído não só o poder, mas também o dever de gerir o patrimônio especial.²²⁵ Isso porque sua titularidade 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*.

²²² “Os ‘trusts’, para que se constituam validamente, devem ainda ter seu objeto precisamente indicado. O ‘trust’ baseia-se sempre em um substrato patrimonial, transferido ao ‘trustee’ ou mantido pelo titular original após declarar-se ‘trustee’. Um ‘trust’ somente pode ser validamente constituído em caso de seu instituidor designar com precisão suficiente o patrimônio sobre o qual existirá. Em vista disso, a jurisprudência tem considerado imprecisas e incapazes de levar à constituição válida de um ‘trust’ expressões vagas como ‘a maior parte de meu patrimônio’, ‘parte do meu patrimônio que não for vendida’ e ‘a parte remanescente que sobrar’, entre outras” (Eduardo Salomão Neto, *O trust e o direito brasileiro*, São Paulo: LTr, 1996, p. 29). V. tb. Mario Petrulli e Francesco Rubino, *Il trust*, cit., p. 38.

²²³ De acordo com Eduardo Salomão Neto: “Os ‘trustees’ sujeitam-se a disciplina muito rigorosa quanto a seus deveres, sendo sua relação com os beneficiários considerada de natureza fiduciária. O que seja uma relação de natureza fiduciária não é normalmente definido claramente na ‘common law’, avessa em regra a generalizações teóricas. Tanto a doutrina como a jurisprudência americana e inglesa tendem a definir o que seja uma relação fiduciária por seus efeitos. Tais efeitos são basicamente a imposição do dever de lealdade e lisura aos ‘trustees’ que vai muito além da simples honestidade comercial que seria exigida de uma relação não fiduciária, derivada por exemplo de um contrato de locação, compra e venda, etc. para incluir também a proibição de quaisquer ganhos acidentais derivados da remuneração específica concedida em troca do desempenho das funções” (*O trust e o direito brasileiro*, cit., p. 37). Melhim Namem Chalhub nota que: “A relação do *trustee* com os *cestuis que trust* é de natureza fiduciária, daí porque, no exercício dos poderes que lhe são cometidos, o *trustee* deve corresponder à confiança nele depositada, agindo de acordo com os princípios da boa-fé, sempre visando atender do melhor modo o interesse dos beneficiários, procurando propiciar o melhor aproveitamento econômico dos bens e direitos em *trust*, em proveito dos beneficiários, jamais se aproveitando de sua posição de controle para extrair vantagem em detrimento do patrimônio em *trust*” (*Trust*, cit., p. 48). Donovan Waters afirma que: “The ‘trust’ is the name popularly given to these circumstances when certain property is managed by A for B or for the carrying out of a purpose. It is the term of art used by common law lawyers themselves. However, the ‘trust’ more correctly means the obligation owed by the trustee to the beneficiary or to discharge the charitable purpose. The consequent essential characteristic of the trust — and I deliberately use the popular name — is the relationship of obligation and right that exists respectively between the trustee and the beneficiary (or purpose). The relationship is known to common law lawyers as a fiduciary relationship, because the English courts historically understood the trustee as one who is held to the highest standards of integrity, application and selfless service” (*The Hague Trusts Convention twenty years on*, cit., p. 57). V., ainda, Maurizio Lupoi, *Il trust nel diritto civile*, cit., p. 299-300; Nicolás Malumián, Adrián G. Diplotti e Pablo Gutiérrez, *Fideicomiso y Securitización. Análisis Legal, Fiscal y Contable*, cit., p. 11; Mario Petrulli e Francesco Rubino, *Il trust*, cit., p. 7.

²²⁴ Melhim Namem Chalhub, *Trust*, cit., p. 44.

²²⁵ Melhim Namem Chalhub, *Trust*, cit., p. 72.

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*, no mais, o cuidado para que os direitos em *trust* não se confundam, faticamente, com os seus pessoais, de modo que deve, por exemplo, abrir conta bancária separada para os recursos financeiros do patrimônio em *trust*.²²⁶

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 do *trust*.²²⁷ 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*.²²⁸

Observe-se, neste sentido, que a transmissão de propriedade efetuada pelo *settlor* ao *trustee* em razão do *trust* – assim como transmissão de titularidade efetuada pelo fiduciante ao

²²⁶ Pierre Lepaulle, *Traité Théorique et Pratique des Trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, cit., p. 274-275.

²²⁷ “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” (Pierre Lepaulle, *Traité Théorique et Pratique des Trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, cit., p. 276). Cf. tb. Marco Eugenio Di Giandomenico e Davide Festa, *Consorti, fondazioni e trust*, Dogana: Maggioli Editore, 2006, p. 19-20. Segundo Melhim Namem Chalhub, o exercício dos poderes do *trustee* está permanentemente condicionado “pela destinação que o ato de constituição tiver definido para o *trust*, devendo todos os negócios que realizar com esses bens ou direitos guardar rigorosa conformidade com o fim determinado por aquele ato constitutivo. Disso decorre que o *trustee* só pode exercer os poderes que se mostrarem necessários à consecução da finalidade do *trust*, inclusive o poder de dispor, se isso for necessário para se alcançar tal finalidade” (*Trust*, cit., p. 47-48). E remata: “O *trustee* é o titular dos bens ou direitos objeto do *trust* e, assim, pode deles dispor independente de anuência dos beneficiários, como se fossem parte integrante do seu próprio patrimônio. Na contrapartida, entretanto, o *trustee* tem o dever de dar a esses bens ou direitos a destinação definida pelo *settlor* no ato de constituição. O que se tem em vista é que os bens ou direitos dados em *trust* cumpram determinada função e, para tal, é necessário que o *trustee* tenha poderes suficientes para, por si só, definir e praticar os atos de gestão compatíveis com essa função, inclusive atos de alienação” (*Trust*, cit., p. 72).

²²⁸ “L’obligation du *trustee* consiste d’abord à bien gérer le patrimoine et ensuite à réaliser l’affectation” (Pierre Lepaulle, *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: 1° 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! (...) 2° 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” (Pierre Lepaulle, *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 déterminé par l’affectation donnée à la ‘res’” (Pierre Lepaulle, *Traité Théorique et Pratique des Trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, cit., p. 270).

fiduciário em razão do negócio fiduciário – 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*.²²⁹ 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.

Como se vê, o *trust* contido na Convenção de Haia, assim como o negócio fiduciário conhecido nos países de tradição romano-germânica, trabalha com a noção de titularidade fiduciária.²³⁰ O que diferencia o *trust* do negócio fiduciário é a ideia de separação patrimonial. Por isso, os países da *civil law* que incorporaram o *trust*, aclimatizando-o à tradição romano-germânica, se valeram da técnica da separação patrimonial.²³¹

2.1.1 O expediente do patrimônio separado: unificação para o alcance de determinado fim

O patrimônio, no direito brasileiro, insere-se na teoria dos bens, no âmbito da qual traduz universalidade de direito. Seus caracteres e disciplina explicam-se em razão das particularidades dessa espécie de bens, que lhe imprime a natureza jurídica.²³² Nos termos do

²²⁹ Melhim Namem Chalhub, *Trust*, cit., p. 74-75; Orlando Gomes, *Contrato de Fidúcia ('trust')*, cit., p. 13; Saverio Bartoli, *Il Trust*, cit., p. 87.

²³⁰ “(...) a trust is defined in this volume as a relationship in which one or more persons (the trustees) hold property, but administer it either for the benefit of someone else (the beneficiary) or to further some particular purpose” (Richard Helmholz e Reinhard Zimmermann, *Views of Trust and Treuhand: an introduction*, in *Itinera Fiducia*, edited by Richard Helmholz e Reinhard Zimmermann, Berlin: Duncker & Humblot, p. 39).

²³¹ “Il *trust* consiste in una *figura generale di patrimonio di destinazione*, per mezzo della quale è possibile destinare un complesso patrimoniale ad una qualsiasi finalità, individuata dalla volontà del destinante. Da essa si distinguono le *singole ipotesi di negozi di destinazione* regolate dal diritto interno, attraverso leggi speciali ovvero nel corpo stesso del codice civile, nelle quali, al contrario, *lo scopo* è selezionato – o, quanto meno, *delimitato*, quanto all’ambito cui afferisce – dal legislatore” (Roberta Montinaro, *Trust e negozio di destinazione allo scopo*, cit., p. 357). V. tb. Mario Petrulli e Francesco Rubino, *Il trust*, cit., p. 23.

²³² A concepção clássica do patrimônio, capitaneada por Aubry e Rau, tem como axioma fundamental a íntima relação entre as noções de patrimônio e personalidade, constituindo aquela emanção desta (Aubry e Rau, *Cours de Droit Civil Français d’après la méthode de Zachariae*, Paris: Marchal & Billard, 1917, p. 333). Aludida teoria, contudo, foi objeto de duras críticas e não serve a definir o patrimônio no direito brasileiro. Para um maior aprofundamento da teoria de Aubry e Rau e das críticas que lhe foram dirigidas, cf. Paulo Cunha, *Do patrimônio*, Lisboa: Minerva, 1934, *passim* e Inocêncio Galvão Teles, *Das Universalidades*, Lisboa: Minerva, 1940, *passim*. Seja consentido remeter, ainda uma vez, a Milena Donato Oliva, *Patrimônio Separado: herança, massa falida, securitização de créditos imobiliários, incorporação imobiliária, fundos de investimento*

art. 91 do Código Civil: “Constitui universalidade de direito o complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico”.

A universalidade de direito forma centro autônomo de imputação objetiva distinto de seus elementos. Consubstancia unificação do conjunto, que passa a ter relevância jurídica em si mesmo, sem que, por outro lado, suas partes integrantes percam autonomia.²³³ Nessa direção, o patrimônio é unificado idealmente com vistas a constituir objeto de direito apto a promover, nesta qualidade, interesses mercedores de tutela.

As universalidades caracterizam-se pela elasticidade de seu conteúdo, que pode se expandir ou se comprimir sem alteração da configuração unitária do conjunto. O titular da universalidade pode estabelecer relações jurídicas pertinentes aos elementos que a compõem, sendo possível até mesmo subtraí-los da universalidade. Dessa forma, os bens integrantes do patrimônio, respeitados os limites legais,²³⁴ podem ser livremente alterados, de forma que o titular do patrimônio tem plena disposição sobre os bens que o compõem.²³⁵

Em razão de a universalidade apresentar conteúdo mutável e, ao mesmo tempo, figurar, enquanto tal, como objeto de relação jurídica, tem-se que: (i) se um componente sair da universalidade patrimonial, não mais se submete às relações jurídicas a esta pertinentes; e (ii) se um novo elemento ingressar no patrimônio, submete-se *tout court* às relações jurídicas que a vinculam.²³⁶

imobiliário, trust, cit., passim. O afastamento do axioma básico da teoria clássica permite que não se considere, na atual configuração do ordenamento jurídico, excepcional a criação legal de patrimônios afetados, reputados, ao revés, expedientes legítimos para a promoção de interesses mercedores de tutela.

²³³ “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” (Inocêncio Galvão Teles, *Das Universalidades*, cit., p. 132). “Within the segregated patrimony, the trust assets may be transformed and converted, or may increase or decrease in value, without any modification to the duties of the trustee or the rights of the beneficiaries, where they exist” (Maurizio Lupoi, *Trusts: a comparative study*, Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 386). Cf. tb. François Barrière, *La réception du trust au travers de la fiducie*, cit., p. 391.

²³⁴ É possível que o titular da universalidade se utilize ilicitamente da autonomia jurídica de seus elementos para frustrar os direitos que sobre ela recaem. O legislador, atento a tal situação, estabelece mecanismos protetivos daqueles que possuem direitos sobre universalidades, de que constitui exemplo típico a ação pauliana, que visa a assegurar a efetividade do direito de garantia dos credores sobre o patrimônio do devedor. De acordo com autorizada doutrina: “Acontece designadamente, e é êsse o aspecto mais importante, serem permitidos ao proprietário actos com que êle vá desfalcocar a composição da universalidade, frustrando a expectativa dos titulares de direitos pertinentes a essa universalidade, e causando-lhes assim, não raro, graves prejuízos. Em face disto, o legislador sentiu a necessidade premente de acautelar os interesses dêsses titulares, instituindo providências de protecção aos seus direitos” (Inocêncio Galvão Teles, *Das Universalidades*, cit., p. 104).

²³⁵ “Nisto reside a autonomia jurídica dos elementos constitutivos das universalidades, que pode definir-se a aptidão dêsses elementos para actuarem, em si e por si, como objectos de direito, sem embargo de fazerem parte duma universalidade, e independentemente das relações jurídicas sôbre esta constituídas” (Inocêncio Galvão Teles, *Das Universalidades*, cit., p. 131-132).

²³⁶ Inocêncio Galvão Teles, *Das Universalidades*, cit., p. 171. Segundo Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa:

Assim, aqueles que possuem direito sobre a universalidade se satisfazem, sempre, nos elementos que a esta pertencem e apenas enquanto a esta pertencerem. A idealização do conjunto não o transforma em objeto de direito pela utilidade que dele, enquanto tal, se possa extrair, mas por atrair regime peculiar em virtude do qual a satisfação do titular do direito sobre a universalidade se dá sobre os bens que a compõem e unicamente enquanto dela fizerem parte.

Nesse contexto desponta o patrimônio separado – também designado autônomo, segregado, destacado, destinado, afetado ou especial – como universalidade de direito destinada à realização de determinado escopo.²³⁷ 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.²³⁸ A admissão de massas patrimoniais unificadas para a persecução de certo escopo confere ao patrimônio ampla potencialidade funcional, permitindo que possa servir para a realização das mais variadas finalidades.

Vale notar, ao propósito, na esteira da observação crítica de Adolfo Di Majo, que as expressões patrimônio separado, segregado e destacado captam somente o resultado do fenômeno, não já sua origem. Esta, com efeito, se relaciona à superação da lógica estática de imputação do patrimônio a um sujeito para ressaltar as múltiplas atividades que podem ser desempenhadas por meio do patrimônio. É nesse contexto que o autor adverte a insuficiência da expressão patrimônio separado, haja vista denotar separação de alguma coisa, como se representasse exceção à regra geral, sem traduzir a necessária autonomia dogmática que deve ser conferida ao patrimônio destinado a um escopo.²³⁹

“*L’universitas* sarebbe qualche cosa di distinto e di diverso dalla somma de’ singoli elementi, e starebbe in certa guisa a questi come la proprietà alle singole facoltà competenti al dominus. (...) E appunto questo perdurare del tutto, malgrado lo scambio normale dei suoi elementi, fa di esso quasi un essere organico. (...) La indipendenza del tutto da’ suoi elementi costitutivi è affermata per ogni specie di *universitas*. La *universitas personarum*, la *universitas rerum*, la *universitas iurium* stanno integre malgrado la mutazione de’ singoli componenti” (*Note dei traduttori al libro secondo*, in *Diritto delle Pandette*, vol. I, parte II, Bernardo Windscheid, Torino: UTET, 1902, p. 442-443).

²³⁷ “El patrimonio separado es un patrimonio para un fin determinado, la unidad de la masa patrimonial resulta objetivamente de la unidad del fin” (Luis Bustamante Salazar, *El patrimonio: dogmatica juridica*, Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1979, p. 87-88).

²³⁸ Milena Donato Oliva, *Patrimônio Separado: herança, massa falida, securitização de créditos imobiliários, incorporação imobiliária, fundos de investimento imobiliário, trust*, cit., p. 221-228.

²³⁹ Adolfo Di Majo ensina que: “Si è parlato non solo nelle dottrine ma anche nella legislazione di ‘patrimoni separati e/o segregati’ e/o ‘dedicati’ e/o di responsabilità ‘specializzata’ in quanto riferita alla realizzazione di determinati scopi, quali categorie antitetiche a quella del patrimonio considerato quale ‘garanzia generica’ per debiti assunti. (...) Trattasi di espressioni indubbiamente esatte ma esse colgono solo il risultato del fenomeno, non vanno cioè alle sue origini. Tali origini, invece, ove indagate, attengono più in apicibus ad un superamento della logica della imputazione riferita a soggetti per coinvolgere invece l’attività (si pensi a quella imprenditoriale), attività col patrimonio e a mezzo di esso, e non più solo in termini di effetti di fattispecie già consolidata (si pensi all’assunzione di obblighi) ma fattispecie, essa stessa, quale diversa ricostruzione tipologica

O patrimônio afetado, por se encontrar destinado à realização do fim que o unifica, recebe tratamento diferenciado, compatível com a promoção da finalidade para a qual foi constituído. A segregação patrimonial não reforça a posição de seu titular, antes a arrefece, já que este se encontra adstrito à observância do escopo ensejador da separação (v. item 2.1.2 deste capítulo).

Ao contrário do patrimônio geral, que é unificado idealmente em razão de o mesmo sujeito titularizar os direitos que o integram,²⁴⁰ o patrimônio segregado tem sua unificação dada pelo escopo que persegue. Traduz novo objeto de direito que apenas pode servir a situações jurídicas relacionadas à sua finalidade. Por isso que somente os credores que guardem pertinência com o fim do patrimônio separado podem executar os bens que o integram (v. item 2.1.3 deste capítulo).

Na medida em que consubstancia universalidade de direito, pode haver mutabilidade dos elementos do patrimônio separado, de acordo com a finalidade que a unifica, o que garante autonomia e discricionariedade na atuação do titular do patrimônio, que é livre para agir da melhor maneira com vistas a alcançar o fim da unificação.²⁴¹

della realtà. È codesto il passo da compiere. Ove si guardi al patrimonio, quale proiezione della responsabilità del soggetto e cioè in termini statici, non si riesce a comprendere come esso possa invece servire da supporto ad attività, che possono anche fare a meno di andare alla ricerca di una imputazione soggettiva. (...). È in tale contesto che quindi anche l'espressione 'patrimonio separato' può rivelarsi insufficiente, giacché essa fa pur sempre riferimento ad un patrimonio 'separato' da qualcosa, configurando una situazione eccezionale, una deroga ad un principio generale, allorquando proprio questo è da contestare, ove si assuma che qui non v'è soltanto 'separazione' da qualcosa ma coinvolgimento del patrimonio in una attività, a tal punto da spostare l'angolo visuale dal piano dei beni e dalla loro appartenenza a quello dell'attività" (*Responsabilità e Patrimonio*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2005, p. 67-68).

²⁴⁰ Orlando Gomes, *Introdução ao Direito Civil*, cit., p. 203. Ressalte-se, por oportuno, que o patrimônio separado, precisamente por ser patrimônio, embora afetado à promoção de determinada finalidade, apresenta os mesmos elementos essenciais do patrimônio geral. Desse modo, o patrimônio separado, assim como o geral, apresenta as seguintes notas características: (i) constitui universalidade de direito; (ii) é formado por situações jurídicas subjetivas ativas suscetíveis de apreciação pecuniária; (iii) traduz objeto de direito autônomo em relação aos seus elementos; (iv) não sofre alteração com as mudanças de suas situações jurídicas ativas, sendo caracterizado pela elasticidade de seu conteúdo, o qual pode se comprimir ou se expandir sem que a configuração unitária do patrimônio se altere; (v) precisa de conteúdo para subsistir, apesar de constituir entidade autônoma, de modo que na ausência de situações jurídicas subjetivas ativas valoráveis economicamente não há universalidade patrimonial; (vi) não abrange as situações jurídicas passivas e os chamados direitos da personalidade; (vii) tem como sujeito aquele que titulariza as situações jurídicas subjetivas ativas que o compõem; e (viii) não se confunde com a esfera jurídica, encontrando-se nesta abrangido, haja vista compreender a esfera jurídica todas as situações jurídicas subjetivas de uma pessoa, sejam existenciais ou patrimoniais, ativas ou passivas. Cf. Milena Donato Oliva, *Patrimônio Separado: herança, massa falida, securitização de créditos imobiliários, incorporação imobiliária, fundos de investimento imobiliário, trust*, cit., p. 227-228.

²⁴¹ Cf. lição de Pierre Lepaulle sobre o patrimônio separado em *trust*: "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" (*Traité Théorique et Pratique des Trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1932, p. 273-274). De acordo com Augusto Pino: "(...) non è vietato o permesso il tipo astratto dell'atto, ma solo l'atto in concreto avendo riguardo alla finalità che esso persegue. Per taluni patrimoni separati, ad esempio, l'atto di donazione è invalido, perchè la causa dell'atto di

Não há um vínculo que incida sobre um bem específico, mas recai sobre a universalidade patrimonial, que tem como pressuposto a elasticidade.²⁴² Daí porque a criação de patrimônio separado, com atribuição de titularidade fiduciária ao sujeito, pode servir à persecução das mais variadas funções no direito brasileiro e, ainda, à incorporação do *trust* contido na Convenção de Haia.²⁴³

O legislador pátrio tem cada vez mais associado as técnicas da titularidade fiduciária e do patrimônio separado (v. item 2.2 do presente capítulo), de maneira a criar uma universalidade patrimonial autônoma destinada a um fim, o qual vai condicionar a conduta do seu titular, que tem o poder-dever de agir para a concreção da finalidade unificadora da massa patrimonial separada.

2.1.2 Titularidade fiduciária a cargo do sujeito do patrimônio separado. Relativização da importância do titular do patrimônio segregado em relação ao fim a que se destina

A admissão de patrimônios separados com vistas à consecução de determinada finalidade tem como inexorável consequência o esmorecimento da importância do sujeito de direito, na medida em que a titularidade passa a ser técnica voltada à realização do fim que unifica a massa patrimonial, não já expediente destinado à satisfação dos interesses do sujeito do patrimônio.²⁴⁴ De fato, o escopo assume papel proeminente, tornando-se elemento

liberalità è in contrasto con la loro funzione (...). Per altri patrimoni separati, invece, la causa dell'atto di liberalità può non essere contrastante con la loro funzione, come nell'ipotesi di donazione di beni ipotecati. La compra vendita, per fare un altro esempio, non è permessa o vietata in astratto per ogni ipotesi di patrimonio separato, ma è permessa o vietata in concreto, a seconda della funzione del diritto soggettivo al quale il contratto si riferisce. L'acquisto dei beni non deve essere effettuato con i mezzi di un patrimonio separato destinato alla conservazione della garanzia, ma può esserlo se l'acquisto è indispensabile per la conservazione o per l'incremento del valore stesso degli altri beni che hanno la medesima funzione” (*Il Patrimonio Separato*, Padova: Cedam, 1950, p. 115).

²⁴² “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” (Andrea Mazzieri, Gianfranco Napolitano, Diego Napoletano, *Il ‘Project Financing’*, cit., p. 66).

²⁴³ Cf. Giacomo Porcelli, *Successioni e Trust*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005, p. 114; Pierre Lepaulle, *Traité Théorique et Pratique des Trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1932, p. 27; Orlando Gomes, *Contrato de Fidúcia (‘trust’)*, in *Revista Forense*, vol. 211, ano 62, julho-agosto-setembro de 1965, p. 13.

²⁴⁴ “In sostanza, mentre la titolarità del diritto di proprietà è piena, l'esercizio di tale diritto è invece limitato al perseguimento degli scopi indicati nell'atto istitutivo” (Cristiano Cicero, *Riflessioni su trust e categorie civilistiche*, in *De Jure* (revista eletrônica), Giuffrè, 2010). “On the other hand, the quality of fiduciary owner that is said to result from the contract is not meant to provide a personal benefit to the acquirer. This quality merely serves to invest him with a status by which he is empowered to enter into the juridical acts which are useful for

essencial à qualificação da *fattispecie* e à determinação do tipo de tutela que a esta será dispensada. Na lição de Adolfo Di Majo: “Dessa forma, o mesmo conceito de ‘titularidade’ se tornaria evanescente, não importando de quem é o patrimônio, mas a qual escopo se destina”.²⁴⁵

A titularidade não funciona, nos casos de patrimônio segregado, como instrumento de atribuição de poderes ao titular do direito em benefício próprio. Ao revés, a titularidade é conferida para a realização do fim que unifica a massa patrimonial autônoma. Em virtude disto, nem todas as normas pertinentes à titularidade como meio de promoção dos interesses do titular devem ser aplicadas à titularidade atribuída para o alcance de um fim, na medida em que, muito embora haja a utilização da mesma estrutura pelo legislador — titularidade — as funções a que se destinam se afiguram inteiramente diversas, quais sejam, respectivamente, a tutela dos interesses do sujeito e a viabilização da consecução do escopo.

Tal diversidade de causas de unificação ideal acarreta consequências jurídicas significativas, na medida em que no patrimônio separado o aspecto finalístico prepondera, enquanto no patrimônio geral, de outra parte, a situação subjetiva de pertença constitui o cerne da valoração jurídica. Depreende-se, a partir daí, que a liberdade de atuação do sujeito de direito é limitada em razão do fim perseguido pelo patrimônio afetado, sendo a destinação, por conseguinte, restrição, não já recrudescimento do poder do titular do patrimônio.²⁴⁶

Dessa forma, o ângulo de análise deixa de ser a titularidade do sujeito em relação ao patrimônio em prol da finalidade desempenhada pela universalidade patrimonial afetada, apta a realizar funções merecedoras de tutela, para além do sujeito e de sua responsabilidade. Cuida-se de núcleos funcionalmente organizados de modo autônomo tendo em vista determinada atividade.²⁴⁷

O fato de o patrimônio destacado não se destinar ao atendimento dos interesses de seu titular, mas à finalidade que o unifica, traduz profunda alteração qualitativa, qual seja, os

the purposes of the arrangement” (Madeleine Cantin Cumyn, *Reflections regarding the diversity of ways in which the trust has been received or adapted in civil law countries*, in *Re-imagining the trust*, Edited by Lionel Smith, Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 23-24). “Le fiduciaire, certes, dispose de tous les pouvoirs qui découlent de sa condition de propriétaire, mais il ne peut les employer qu’au bénéfice du patrimoine indépendant duquel il est titulaire et pourvu qu’il soit nécessaire pour obtenir le but signalé dans le contrat. Et il continuera d’être propriétaire jusqu’à ce que la finalité soit obtenue ou qu’elle devienne impossible” (Sergio Rodríguez-Azuero, *La fiducie en Amérique latine: une expérience étonnante*, in *Trust & Fiducie: concurrents ou compléments*, Actes du colloque tenu à Paris les 13 et 14 juin 2007, Academy & Finance: Genève, 2008, p. 112-113).

²⁴⁵ No original: “In tal forma lo stesso concetto di ‘titolarità’ verrebbe reso evanescente, non avendo importanza di chi sia quel patrimonio ma a quale scopo esso sia destinato” (Adolfo Di Majo, *Responsabilità e Patrimonio*, cit., p. 15).

²⁴⁶ Adolfo Di Majo, *Responsabilità e Patrimonio*, cit., p. 74.

²⁴⁷ Cf. Melhim Namem Chalhub, *Trust*, cit., p. 121-122.

interesses do sujeito só serão tutelados se e enquanto tiverem pertinência com o escopo do patrimônio afetado. Com efeito, no patrimônio afetado os interesses do sujeito de direito são considerados através do fim perseguido, sendo tutelados se — e somente se — com ele se relacionarem, a denotar mudança de paradigma do sujeito para o escopo, isto é, da consideração subjetivista de pertença para a finalidade desempenhada pelo núcleo patrimonial separado. Eis o salto qualitativo representado pela técnica dos patrimônios de afetação, haja vista a ausência de preocupação com os interesses do titular do patrimônio segregado, concentrando-se o foco da tutela no fim positivamente valorado pelo ordenamento jurídico, o qual pode ser protegido independentemente, a favor ou contra os interesses do sujeito de direito.

Saliente-se, por oportuno, que o escopo unificador da massa patrimonial autônoma pode coincidir com a promoção dos interesses do titular do patrimônio. A técnica da segregação patrimonial, precisamente pela potencialidade funcional que encerra, serve a tutelar interesses vários, inclusive os do sujeito do patrimônio. Dessa forma, o legislador pode, se entender socialmente útil, considerar, por exemplo, os direitos do empresário individual destinados à atividade empresarial como integrantes de núcleo patrimonial autônomo, distinto do seu patrimônio geral.²⁴⁸ Neste particular, é possível que o legislador estipule que aludida separação é perfeita, de tal sorte que o patrimônio geral não responde subsidiariamente pelas dívidas do especial, limitando, assim, os riscos do empresário em relação ao eventual insucesso do empreendimento. Observe-se que, neste caso, os interesses do titular são promovidos porque integram o escopo da afetação, não já em virtude da titularidade. Por isso, embora possa haver coincidência entre os interesses do titular e o fim perseguido, tal não esmorece a profunda mudança dogmática proporcionada com a técnica da segregação patrimonial, qual seja, a funcionalização da titularidade a serviço do escopo a ser atingido.

Em definitivo, o estudo dos patrimônios de afetação deve ser realizado com desprendimento em relação aos interesses do sujeito que o titulariza justamente pela funcionalização dessa situação de pertença à realização do escopo unificador, que possui papel proeminente na tarefa de qualificação e de exame do merecimento de tutela do patrimônio separado. A proteção do patrimônio destinado a um escopo pode ocorrer ainda que

²⁴⁸ A Lei n.º 12.441/2011 introduziu nova pessoa jurídica consistente na empresa individual de responsabilidade limitada, tendo alterado o art. 44 do Código Civil. O Brasil, portanto, adotou o modelo da personificação, não já o da separação patrimonial para regular a atividade do empresário individual e sua responsabilidade no exercício desta. De toda sorte, o exemplo continua válido, pois seria possível que, no lugar de atribuir autonomia patrimonial mediante a criação de nova pessoa jurídica, fosse permitida a constituição de patrimônio separado para a mesma finalidade.

contrariamente aos interesses de seu titular, que cede vez à promoção da finalidade caracterizadora da afetação. A titularidade, assim, não irá determinar o tipo de tutela a ser conferida ao patrimônio afetado, a qual será identificada, ao revés, a partir do fim a que se destina o patrimônio. Desta feita, não importa perquirir quem é o titular do patrimônio separado, mas a qual escopo se volta. A destinação a que se refere determina os interesses que promove e, por conseguinte, a proteção que necessita. A relação de pertença, portanto, não serve a individualizar a disciplina jurídica, a denotar a desimportância dos interesses do sujeito titular do patrimônio relativamente ao fim a que se destina.

Como decorrência da diversidade funcional da titularidade atribuída ao sujeito do patrimônio especial, este não se mostra livre para, relativamente aos direitos integrantes do patrimônio segregado, praticar os atos que bem entender, mas, ao revés, deve atentar para a finalidade da afetação e buscar promovê-la da melhor maneira possível.²⁴⁹ A finalidade unificadora da universalidade patrimonial segregada condiciona a conduta do sujeito que a titulariza, o qual tem o poder-dever de agir para promover o fim que unifica aludido patrimônio.²⁵⁰

2.1.3 O patrimônio separado apenas responde pelas dívidas que lhe são próprias. Separação patrimonial e limitação de responsabilidade. Autonomia patrimonial perfeita e imperfeita

2.1.3.1 Blindagem patrimonial

Com vistas a promover o escopo que o unifica sem interferências externas, o patrimônio separado é vocacionado a garantir, com exclusividade, as dívidas pertinentes ao fim que persegue.²⁵¹ Esse efeito da afetação patrimonial constitui eficiente mecanismo

²⁴⁹ V. Francesco Messineo, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, Milano: Giuffrè, 1957, p. 385; Augusto Pino, *Il Patrimonio Separato*, cit., p. 23-24.

²⁵⁰ “(...) il patrimonio separato non può essere distratto a fini diversi da quelli che gli sono propri (...)” (Francesco Messineo, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, cit., p. 385). “E d’altra parte sarebbe inutile la destinazione, se non si vietasse al soggetto di utilizzare la massa patrimoniale separata per soddisfare esigenze diverse da quelle prestabilite, anche perchè, diversamente, vi sarebbe una ingiustificata posizione di svantaggio nei creditori, i quali troverebbero limitata la loro garanzia, per rispettare una destinazione che il soggetto potrebbe non rispettare” (Augusto Pino, *Il Patrimonio Separato*, cit., p. 23-24).

²⁵¹ V. Augusto Pino, *Il Patrimonio Separato*, cit., p. 23; Aurelio Candian, *Nozioni Istituzionali di Diritto Privato*, Milano: Giuffrè, 1949, p. 232; Manuel A. Domingues de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. I, Coimbra: Almedina, 2003, p. 219-220; Ricardo de Santos Freitas, *Natureza Jurídica dos Fundos de*

jurídico para assegurar, da maneira mais plena possível, a realização da finalidade a que se dirige, pois tem como importante e fundamental consequência blindar o patrimônio separado das vicissitudes atinentes ao patrimônio geral.²⁵²

O patrimônio afetado, precisamente por traduzir universalidade de direito, pode ser objeto, em si mesmo, de relação jurídica. Da mesma forma que o patrimônio geral, o patrimônio separado serve de garantia aos credores relacionados com o fim a que se destina, de sorte que constitui objeto do direito de garantia destes. O escopo que reclama a unificação precisa, para ser alcançado com a máxima efetividade, que o patrimônio destacado sirva de garantia somente aos credores que guardem relação de pertinência com a afetação. Por esta razão, o patrimônio segregado responde apenas pelos débitos oriundos da promoção do fim, não já por dívidas estranhas ao escopo da separação.²⁵³

Ressalte-se, por oportuno, que a limitação da responsabilidade aos créditos ligados à afetação decorre da destinação do núcleo patrimonial a determinado fim, e não o contrário, ou seja, a separação patrimonial não advém da diversa responsabilidade.²⁵⁴ O fim justifica que apenas os credores dos negócios que lhe sejam pertinentes possam executar os bens do patrimônio separado. Observe-se, neste sentido, que o elemento que permite individualizar os vários núcleos patrimoniais autônomos pertencentes ao mesmo sujeito constitui a diversidade

Investimento, São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 145; Nelson Eizirik, Ariádna B. Gaal, Flávia Parente, Marcus de Freitas Henrique, *Mercado de Capitais: Regime Jurídico*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 225; Luiz Carlos Sturzenegger, *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, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 2001, p. 239.

²⁵² “La séparation qui est opérée entre les différents groupes de droits permet de garantir au bénéficiaire une autonomie complète entre les différentes universalités. Les droits n’étant pas confondus, les créanciers de l’un des patrimoines n’auront comme droit de gage qu’un seul patrimoine et non l’ensemble. Les droits composant le patrimoine fiduciaire ne doivent pas non plus faire partie de l’actif successoral. Cela n’est que l’expression de l’affectation des droits: la fiducie est composée de droits affectés à un but, ces droits ne doivent pas être utilisés à d’autres fins, ni être le droit de gage des créanciers personnels, ni revenir aux héritiers ou légataires du fiduciaire” (François Barrière, *La réception du trust au travers de la fiducie*, cit., p. 385-386).

²⁵³ “Cosicché quando una parte del patrimonio è destinata a soddisfare una esigenza determinata, la destinazione non può essere ottenuta giuridicamente se non limitando l’utilizzabilità di quella parte del patrimonio e, in modo correlativo, limitandone la pignorabilità da parte dei creditori. (...). Sarebbe praticamente inutile destinare una massa patrimoniale ad assolvere una particolare esigenza se ogni creditore potesse eseguire qualunque bene indipendentemente dal fine per il quale il debitore si è obbligato” (Augusto Pino, *Il Patrimonio Separato*, cit., p. 23). Cf. tb. Aurelio Candian, *Nozioni Istituzionali di Diritto Privato*, cit., p. 232.

²⁵⁴ Vale transcrever a arguta advertência de Augusto Pino: “Altri infine affermano che l’esigenza specifica che consente di individuare un patrimonio separato sia quella di limitare la garanzia dei creditori, confondendo così il problema della separazione con quello della limitazione della garanzia, ed incorrendo in un evidente errore di metodo, giacché la limitazione della garanzia è predisposta per il perseguimento di una funzione, ma non può costituire la funzione del patrimonio separato” (*Il Patrimonio Separato*, cit., p. 12-13). Cf. tb. Adolfo Di Majo, *Responsabilità e Patrimonio*, cit., p. 74.

do fim a que se destinam,²⁵⁵ não já a diversa responsabilidade por dívidas, vez que esta constitui efeito e não a causa da segregação patrimonial.

O fato de o patrimônio especial garantir com exclusividade os credores relacionados ao escopo que o unifica 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 proteger o patrimônio separado dos percalços concernentes ao 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.²⁵⁶

Na medida em que o *trust* tratado pela Convenção de Haia se vale da técnica da separação patrimonial,²⁵⁷ tem-se que as vicissitudes pessoais do *trustee* não alcançam os bens em *trust*. Os percalços financeiros do *settlor* também não têm o condão de atingir o patrimônio dado em *trust*, haja vista não mais ser este de sua titularidade. Finalmente, os credores dos beneficiários podem se valer dos proveitos econômicos a estes destinados oriundos do *trust*, sem a possibilidade, contudo, de executar diretamente os bens em *trust*, precisamente por serem de titularidade do *trustee*, não já dos beneficiários. Daí a blindagem promovida pela técnica da segregação patrimonial, a possibilitar que as situações ativas em *trust* estejam integralmente voltadas para a finalidade perseguida com a criação do *trust*.²⁵⁸

²⁵⁵ Na concepção de Augusto Pino: “Il patrimonio separato si differenzia dal rimanente patrimonio in quanto il primo assolve una funzione particolare a differenza del secondo: mancando tale particolarità manca la separazione. (...). La funzione appare dunque quasi una qualità, un modo di essere degli elementi patrimoniali separati, e questo è confermato dal fatto che i singoli patrimoni separati si distinguono tra loro, appunto per la diversa funzione cui sono giuridicamente destinati” (*Il Patrimonio Separato*, cit., p. 96).

²⁵⁶ “As dívidas próprias de um patrimônio autônomo, pelas quais ele responde nos precisos termos já definidos, são, naturalmente, as que estejam relacionadas com a função específica desse patrimônio, com a finalidade ou afectação especial em vista da qual ele foi autonomizado (unificado, erigido a universalidade). Pois é de notar que os patrimônios separados têm um destino particular, estão postos ao serviço de um escopo limitado e restrito, que pode ser até um mero escopo de liquidação (satisfação das dívidas que o oneram), ao passo que o patrimônio geral da pessoa se mantém à disposição dela para quaisquer outros fins ou necessidades suas” (Manuel A. Domingues de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. I, cit., p. 219-220).

²⁵⁷ “L'effetto principale dell'istituzione di un *trust* è la segregazione patrimoniale, in virtù della quale i beni conferiti in *trust* costituiscono un patrimonio separato rispetto al patrimonio del *trustee*, con l'effetto che non possono essere escussi dai creditori del *trustee*, del disponente o del beneficiario” (Cristiano Cicero, *Riflessioni su trust e categorie civilistiche*, cit.).

²⁵⁸ “Per effetto della costituzione del *trust* non viene ad esistenza alcun nuovo soggetto di diritto, ma quanto trasferito al *trustee* (...) diviene oggetto di un patrimonio separato — ovvero segregato — dal suo patrimonio personale, cioè inattaccabile 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” (Saverio Bartoli, *Il Trust*, cit., p. 86-87). Cf., ainda, Mario Petrulli e Francesco Rubino, *Il trust*, cit., p. 62-63; Pierre Lepaulle, *Traité Théorique et*

2.1.3.2 Diferenciação do objeto da garantia e não limitação de responsabilidade

Saliente-se, por oportuno, que não é dado confundir limitação de responsabilidade com segregação patrimonial.²⁵⁹ As hipóteses de limitação de responsabilidade são previstas em lei para afastar certos bens integrantes do patrimônio do devedor da ação executiva dos credores, como no caso do bem da família,²⁶⁰ ou dos bens impenhoráveis previstos no Código de Processo Civil.²⁶¹ O patrimônio afetado, por outro lado, surge com vistas à realização de determinado escopo, para cujo alcance serve de garantia somente aos credores pertinentes com a finalidade de sua unificação, de modo que se verifica diferenciação do objeto de garantia dos credores, não já limitação de responsabilidade atinente ao conteúdo deste objeto.

Dito diversamente, as hipóteses de limitação de responsabilidade visam a excluir, dentro da universalidade que serve de garantia aos credores, o poder de excussão sobre determinados bens, ao passo que os casos de segregação patrimonial se referem à criação de distintas universalidades, cada qual servindo de garantia a débitos próprios. Dessa forma, o fato de determinado patrimônio ser objeto de garantia de certos credores do devedor e não de outros, cujos créditos são garantidos por patrimônio diverso, não se confunde com os casos de limitação de responsabilidade, haja vista que estes visam a afastar do poder dos credores determinados bens que integram a universalidade que lhes serve de garantia. A rigor, ou há regime patrimonial próprio, vinculado a determinado escopo, ou simplesmente limitação de responsabilidade.

Com base no exposto, pode-se afirmar que as hipóteses de afetação patrimonial não representam exceção aos arts. 391 do Código Civil²⁶² e 591 do Código de Processo Civil.²⁶³ Com efeito, o sentido e o alcance dos arts. 391 do Código Civil e 591 do Código de Processo

Pratique des Trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international, Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1932, p. 303.

²⁵⁹ Nesta direção, cf. Jacques Ghestin e Gilles Goubeaux, *Traité de Droit Civil*, vol. I, Paris: L.G.D.J., 1977, p. 145.

²⁶⁰ Sobre o bem de família legal dispõe o art. 1º da Lei nº. 8.009/1990 que: “O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei”. O Código Civil cuida do bem de família instituído pela autonomia privada nos arts. 1.711 e ss. Confirma-se o que dispõe o *caput* do art. 1.711: “Podem os cônjuges, ou a entidade familiar, mediante escritura pública ou testamento, destinar parte de seu patrimônio para instituir bem de família, desde que não ultrapasse um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição, mantidas as regras sobre a impenhorabilidade do imóvel residencial estabelecida em lei especial”.

²⁶¹ O art. 649 do Código de Processo Civil cuida dos bens absolutamente impenhoráveis e o art. 650 trata dos bens relativamente impenhoráveis.

²⁶² Art. 391, Código Civil de 2002: “Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor”.

²⁶³ Art. 591, Código de Processo Civil: “O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei”.

Civil restringem-se à responsabilidade intra-patrimonial, vale dizer, ao funcionamento interno de cada patrimônio titularizado por uma pessoa, não já a todos os bens desta indistintamente, isto é, sem importar a qual massa patrimonial pertencem. Desta forma, referidos dispositivos se relacionam à limitação de responsabilidade do devedor, não guardando pertinência com a constituição de patrimônio segregado.²⁶⁴

2.1.3.3 Separação patrimonial perfeita e imperfeita

Ao propósito, destaque-se que a separação patrimonial pode ser perfeita ou absoluta e imperfeita ou relativa. Neste caso, se os bens do patrimônio especial não forem suficientes à satisfação dos credores que lhes são pertinentes, estes podem executar os direitos constantes do patrimônio geral. Os credores do patrimônio geral, por outro lado, não poderão se valer dos bens integrantes do patrimônio especial.²⁶⁵ Na separação patrimonial perfeita, a seu turno, o patrimônio geral não possui responsabilidade subsidiária. Ou seja, caso os direitos integrantes do núcleo patrimonial autônomo não forem suficientes à solução das dívidas existentes, os credores não poderão executar os direitos pertencentes ao patrimônio geral.²⁶⁶

Nos casos de separação imperfeita os débitos referentes à massa patrimonial autônoma gravam o patrimônio geral. Em tais hipóteses, o patrimônio geral figura como objeto subsidiário de garantia dos credores relacionados à persecução do fim que justifica a afetação patrimonial. Neste sentido, se os elementos da universalidade patrimonial separada não forem suficientes à satisfação de seus credores, podem ser executados os bens integrantes do patrimônio geral. Vê-se, assim, que somente os casos de segregação patrimonial perfeita blindam por completo o patrimônio geral das vicissitudes a que se sujeita o patrimônio especial, na medida em que os credores deste só podem buscar satisfação nos direitos contidos no núcleo patrimonial autônomo.

Portanto, 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, (ii) a flexibilidade oriunda da mutabilidade dos bens

²⁶⁴ Cf. Adolfo Di Majo, *Responsabilità e Patrimonio*, cit., p. 71.

²⁶⁵ João Gomes da Silva, *Herança e Sucessão por Morte*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2002, p. 146-147.

²⁶⁶ Luis Bustamante Salazar, *El patrimonio*, cit., p. 89. V. tb. João Gomes da Silva, *Herança e Sucessão por Morte*, cit., p. 146; Melhim Namem Chalhub, *Trust*, cit., p. 123; Manuel A. Domingues de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. I, cit., p. 218-220.

constantes da universalidade patrimonial, 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.

2.1.4 A segregação patrimonial depende de previsão legislativa

É de se ter presente que a unificação ideal de situações jurídicas ativas para a promoção de determinado escopo atrai regime jurídico específico que atinge não só os interesses de seu titular como os de terceiros. Isso porque tem como efeito necessário responderem tais situações somente por dívidas pertinentes à finalidade da unificação, a qual, além disso, serve de parâmetro para que se verifique a validade dos atos praticados pelo titular da massa patrimonial segregada. Por tal razão, à míngua de previsão legal não é possível a constituição de patrimônios de afetação pela iniciativa privada.²⁶⁷

Somente a lei, de fato, pode estipular as principais consequências jurídicas oriundas da separação patrimonial, haja vista que, em especial, a universalidade patrimonial autônoma (i) constitui, em si mesma, centro autônomo de imputação objetiva composto por situações jurídicas subjetivas ativas unificadas idealmente; (ii) condiciona a conduta de seu titular, o qual deve agir com diligência para a persecução do escopo que a unifica, de modo que a titularidade se encontra funcionalmente vinculada ao fim do patrimônio segregado, o qual serve de parâmetro aferidor da validade dos atos praticados pelo titular relativamente às situações ativas integrantes da massa patrimonial destacada; e (iii) serve de garantia somente aos credores relacionados ao fim que a unifica.

2.1.5 A experiência estrangeira. Incorporação dos principais efeitos do *trust* por meio da técnica da separação patrimonial

²⁶⁷ V., nesse sentido, Francesco Ferrara, *Trattato di Diritto Civile Italiano*, vol. I, Roma: Athenaeum, 1921, p. 876; Augusto Pino, *Il Patrimonio Separato*, cit., p. 28-29; Henri De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, Bruxelles: Émile Bruylant, 1941, p. 560; Francesco Messineo, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, cit., p. 385; Luis Bustamante Salazar, *El patrimonio*, cit., p. 88; Melhim Namem Chalhub, *Negócio Fiduciário*, cit., p. 72-74.

Importantes países, como Canadá,²⁶⁸ Luxemburgo,²⁶⁹ Panamá,²⁷⁰ México,²⁷¹ Porto Rico,²⁷² Argentina e França assimilaram os elementos fundamentais do *trust* a partir da ideia de patrimônio separado.

Cabe, por oportuno, passar em revista as experiências argentina e francesa no sentido da adoção, cada qual com suas especificidades, de modelo jurídico que, em consonância com a Convenção de Haia, organiza, de maneira ampla e flexível, o emprego das técnicas da separação patrimonial e da titularidade fiduciária.²⁷³

2.1.5.1 O fideicomisso argentino

A experiência da América Latina²⁷⁴ em relação ao *trust* pode ser de grande valia na compreensão do instituto e das possíveis formas pelas quais pode ser adaptado aos países de tradição romano-germânica por intermédio da noção de patrimônio separado.²⁷⁵

A Argentina incorporou os principais efeitos do *trust* por meio de instituto intitulado *fideicomiso*,²⁷⁶ regulamentado pela Lei nº. 24.441/1995,²⁷⁷ que tem como traço fundamental

²⁶⁸ V. Madeleine Cantin Cumyn, *Reflections regarding the diversity of ways in which the trust has been received or adapted in civil law countries*, cit., p. 22; Claudio M. Kiper e Silvio V. Lisoprawski, *Tratado de Fideicomiso*, cit., p. 165.

²⁶⁹ Cf. Lorenzo Sasso, *Trust e fiducie nella nuova legge lussemburghese*, in De Jure: Giuffrè, 2004 ; Philippe Hoss, *L'expérience luxembourgeoise*, in *La fiducie et ses applications dans plusieurs pays européens*, Colloque organisé par le Centre d'études juridiques françaises, 29 novembre 1990, Direction scientifique du colloque: Claudio Witz, Centre d'Études Juridiques Françaises, Université de la Sarre, p. 22.

²⁷⁰ Claudio M. Kiper e Silvio V. Lisoprawski, *Tratado de Fideicomiso*, cit., p. 148 e p. 165.

²⁷¹ Melhim Namem Chalhub, *Trust*, cit., p. 133; Claudio M. Kiper e Silvio V. Lisoprawski, *Tratado de Fideicomiso*, cit., p. 149.

²⁷² Exposé des motifs de loi instituant la fiducie, présentée par Philippe Marini, p. 1-2; Claudio M. Kiper e Silvio V. Lisoprawski, *Tratado de Fideicomiso*, cit., p. 165.

²⁷³ “Qualche interesse per la nostra ricerca presenta l'esame di alcuni ordinamenti, che, pur appartenendo al gruppo dei sistemi di *Civil law*, hanno, in tempi piuttosto recenti, introdotto degli istituti fiduciari destinati a svolgere funzioni analoghe a quelle che il *trust* esercita nei paesi di *Common law*” (Pier Giusto Jaeger, *La separazione del patrimonio fiduciario nel fallimento*, cit., p. 236).

²⁷⁴ “Il faut tourner les yeux vers l'Amérique Latine, dont les pays ont été formés dans le droit civil français mais qui ont reçu des influences enrichissantes du droit anglo-saxon” (Sergio Rodríguez-Azuero, *La fiducie en Amérique latine: une expérience étonnante*, cit., p. 107). E prossegue: “Pour commencer on pourrait soutenir la thèse suivante: étant donné que les pays d'Europe continentale commencent à introduire la figure de la fiducie comme un équivalent du *trust* anglo-saxon ou à ratifier la Convention de La Haye sur le *trust*, laquelle fut signée en 1985 et est en vigueur en 1992, ils devront tourner les yeux vers l'Amérique latine afin de bénéficier de l'expérience vécue par des pays, jusqu'à présent” (Sergio Rodríguez-Azuero, *La fiducie en Amérique latine: une expérience étonnante*, cit., p. 107).

²⁷⁵ Claudio M. Kiper e Silvio V. Lisoprawski, *Tratado de Fideicomiso*, cit., p. 162.

²⁷⁶ “Los países latinoamericanos adoptaron el modelo del *trust* anglosajón bajo la denominación de ‘fideicomiso’” (Nicolás Malumíán, Adrián G. Diplotti e Pablo Gutiérrez, *Fideicomiso y Securitización. Análisis Legal, Fiscal y Contable*, Buenos Aires: La Ley, 2006, p. 56). V. tb. Jorge Roberto Hayzus, *Fideicomiso*, cit., p. 28-30; Pedro F. Gutiérrez, *Los Fideicomisos y las Obligaciones Negociables*, Mendoza: Ediciones Jurídicas

o patrimônio separado.²⁷⁸ Trata-se, em linhas gerais, de negócio pelo qual o fiduciante transfere determinados bens ao fiduciário²⁷⁹ para que ele os administre em favor de um beneficiário.²⁸⁰

Tais bens formam patrimônio segregado,²⁸¹ insuscetível de ataque pelos credores pessoais, cônjuge ou herdeiros do fiduciário.²⁸² Os credores do fiduciante, da mesma forma, não podem excutir os direitos integrantes do patrimônio especial, vez que de titularidade do fiduciário.²⁸³ Finalmente, os credores do beneficiário²⁸⁴ podem se valer dos proventos

Cuyo, 2004, p. 37-38. Cf. tb. Sergio Rodríguez-Azuero, *La fiducie en Amérique latine: une expérience étonnante*, cit., p. 120, para quem o fideicomiso seria o equivalente funcional do *trust*.

²⁷⁷ “La realidad está evidenciando, a partir de la ley 24.441, que el fideicomiso latinoamericano ha sido recibido sin traumas en nuestro medio, en un amplio espectro de aplicaciones que van desde el fideicomiso financiero, en el mercado de capitales, viabilización de negocios inmobiliarios, configuración de garantías, fondos de inversión directa, privatización de las empresas del Estado (ley 23.696) hasta soluciones para bancos en crisis (art. 35 bis, LEF)” (Claudio M. Kiper e Silvio V. Lisoprawski, *Tratado de Fideicomiso*, cit., p. 37).

²⁷⁸ “(...) una de las peculiaridades más importantes, y sin duda la pieza clave del instituto, que contiene la ley 24.441 es la recepción legislativa del patrimonio separado (art. 14), como continente de los bienes fideicomitados de propiedad del fiduciario” (Claudio M. Kiper e Silvio V. Lisoprawski, *Tratado de Fideicomiso*, cit., p. 68).

²⁷⁹ Art. 5º da Lei nº. 24.441/1995: “El fiduciario podrá ser cualquier persona física o jurídica. Sólo podrán ofrecerse al público para actuar como fiduciarios las entidades financieras autorizadas a funcionar como tales sujetas a las disposiciones de la ley respectiva y las personas jurídicas que autorice la Comisión Nacional de Valores quien establecerá los requisitos que deban cumplir”.

²⁸⁰ 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 Nicolás Malumián, Adrián G. Diplotti e Pablo Gutiérrez: “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*, Buenos Aires: La Ley, 2006, p. 4).

²⁸¹ Artigo 14, Lei nº. 24.441/1995: “Los bienes fideicomitados constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante. (...)”. “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” (Nicolás Malumián, Adrián G. Diplotti e Pablo Gutiérrez, *Fideicomiso y Securitización. Análisis Legal, Fiscal y Contable*, Buenos Aires: La Ley, 2006, p. 63). “El fiduciario es propietario, pero de un patrimonio especial separado del resto de sus bienes de propiedad no fiduciaria, e incluso de otros patrimonios separados que corresponden al mismo fiduciario, pero en virtud de otros fideicomisos” (Claudio M. Kiper e Silvio V. Lisoprawski, *Tratado de Fideicomiso*, cit., p. 162).

²⁸² Claudio M. Kiper e Silvio V. Lisoprawski, *Tratado de Fideicomiso*, cit., p. 40.

²⁸³ “En cuanto a la afirmación de la propiedad en cabeza del fiduciario la legislación enfatiza el hecho de que, habiéndose desprendido el fiduciante de los bienes fideicomitados al transferirlos a aquél, ya no pueden ser atacados por sus acreedores” (Jorge Roberto Hayzus, *Fideicomiso*, cit., p. 55).

²⁸⁴ Acerca do beneficiário, Claudio M. Kiper e Silvio V. Lisoprawski aduzem que: “El derecho personal del beneficiario es temporario, pues dura tanto como el fideicomiso, y transmisible (por actos entre vivos o por causa de muerte), salvo disposición en contrario del fiduciante (art. 2º, cuarto párrafo). De ahí que en caso de muerte la ley autorice que en el contrato se designe un sustituto, con lo cual no se transmitiría el derecho a los herederos del beneficiario originario” (Claudio M. Kiper e Silvio V. Lisoprawski, *Tratado de Fideicomiso*, cit., p. 418). “No es un derecho exclusivo, ya que se puede designar a más de un beneficiario, ya sea en forma conjunta o sucesiva. En el primer caso, si nada se previó en el contrato, se beneficiará por igual; de lo contrario habrá que estar a lo dispuesto en el acto constitutivo” (Claudio M. Kiper e Silvio V. Lisoprawski, *Tratado de Fideicomiso*, cit., p. 418-419).

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.²⁸⁵

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.²⁸⁶ 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. 24.441/1995,²⁸⁷ a configurar hipótese de separação patrimonial perfeita.

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. 24.441/1995.²⁸⁸

O fideicomisso argentino, desse modo, por meio da técnica da afetação patrimonial, da qual resulta a titularidade fiduciária, incorpora os principais efeitos do *trust* contidos na

²⁸⁵ 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”. “El art. 14 – reiteramos – enuncia el principio: los bienes fideicomitados constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante. Como consecuencia de ello, los bienes fideicomitados quedarán exentos de la acción singular – individual – o colectiva – concurso, quiebra o liquidación – de los acreedores del fiduciario en relación a las deudas contraídas en función de su patrimonio personal o no fideicomitado (art. 15). Este último artículo añade dos aclaraciones que no son otra cosa que aplicación de las características comunes a todo dominio: la imposibilidad de agredir los bienes fideicomitados por los acreedores del constituyente o fiduciante, como asimismo los del beneficiario, como se desprende del mismo artículo, por la sencilla razón de que no son acreedores del fiduciario con motivo del fideicomiso” (Claudio M. Kiper e Silvio V. Lisoprawski, *Tratado de Fideicomiso*, cit., p. 163). “El derecho del beneficiario a los frutos es embargable por sus acreedores, quienes también pueden subrogarse en sus derechos” (Claudio M. Kiper e Silvio V. Lisoprawski, *Tratado de Fideicomiso*, cit., p. 419). “Asimismo, ni los beneficiarios ni sus respectivos acreedores pueden alcanzar los bienes en cuestión si no es en virtud de las disposiciones que el fiduciario adopte de acuerdo con el contrato, para entregárselos a los beneficiarios en tiempo y forma” (Jorge Roberto Hayzus, *Fideicomiso*, cit., p. 55. V. tb. p. 142-144).

²⁸⁶ Jorge Roberto Hayzus, *Fideicomiso*, cit., p. 16-17.

²⁸⁷ 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”. “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 (...)” (Pedro F. Gutiérrez, *Los Fideicomisos y las Obligaciones Negociables*, cit., p. 78-79).

²⁸⁸ 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”.

Convenção de Haia, que o tornam instrumento versátil e apto à promoção e tutela de múltiplos interesses.²⁸⁹

Repita-se ainda uma vez, o expediente do patrimônio separado 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, (ii) a flexibilidade oriunda da mutabilidade ínsita à universalidade patrimonial,²⁹⁰ bem como (iii) a titularidade funcionalizada à realização do escopo, na medida em que o titular do núcleo patrimonial autônomo deve agir não em benefício próprio, mas em atenção ao fim do patrimônio separado.²⁹¹

2.1.5.2 A fidúcia francesa

A incorporação dos efeitos do *trust* na França foi promovida, na última década, também com apoio na técnica da separação patrimonial.²⁹² Introduziu-se, no Código Civil, a disciplina da fidúcia,²⁹³ pela qual o constituinte transfere bens, direitos ou garantias, presentes ou futuros, ao fiduciário, com vistas à promoção de determinada finalidade, em proveito de

²⁸⁹ “(...) el fideicomiso define un esquema pero no un contenido” (Jorge Roberto Hayzus, *Fideicomiso*, cit., p. 77). “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” (Nicolás Malumián, Adrián G. Diploti e Pablo Gutiérrez, *Fideicomiso y Securitización: Análisis Legal, Fiscal y Contable*, Buenos Aires: La Ley, 2006, p. 24).

²⁹⁰ “Se percibe en cabeza del fiduciario un patrimonio separado, inmune por lo tanto a los ataques de sus acreedores, y susceptible de evolucionar durante la vigencia del contrato, por rentas, utilidades en la disposición de bienes, reinversión del producido, etcétera” (Jorge Roberto Hayzus, *Fideicomiso*, cit., p. 74).

²⁹¹ Art. 7º, Lei 24.441/1994: “El contrato no podrá dispensar al fiduciario de la obligación de rendir cuentas, la que podrá ser solicitada por el beneficiario conforme las previsiones contractuales ni de la culpa o dolo en que pudieren incurrir él o sus dependientes, ni de la prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitados. En todos los casos los fiduciarios deberán rendir cuentas a los beneficiarios con una periodicidad no mayor a un (1) año”.

²⁹² Laurent Aynès e Pierre Crocq, *Les sûretés – La publicité foncière*, Paris: Defrénois, 2008, p. 350-351.

²⁹³ A Lei nº. 211, promulgada em 19 de fevereiro de 2007, introduziu no Livro III do Código Civil francês, dedicado às diversas formas de aquisição da propriedade, o Capítulo IV sobre a fidúcia. A propósito dessa inovação, ressaltam Philippe Simler e Philippe Delebecque: “Après beaucoup d’hésitations, le législateur français s’est décidé à consacrer dans le Code civil le contrat de fiducie. Le droit français ne pouvait plus rester en marge des évolutions économiques, financières et commerciales, d’autant que les pays de *common law* ne cessaient de gagner des parts de marchés grâce aux techniques juridiques empruntées au trust et que de nombreux États de tradition civiliste avaient adopté la fiducie (Luxembourg, Italie, Liban, Québec...)” (*Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, Paris: Dalloz, 2009, p. 596). Quanto à introdução do contrato de fidúcia no direito francês, v. tb. Laurent Aynès e Pierre Crocq, *Les sûretés – La publicité foncière*, cit., p. 348-352; Michel Grimaldi e Reinhard Dammann, *La fiducie sur ordonnances*, in *Recueil Dalloz*, nº. 10, 2009, p. 670-677.

um ou mais beneficiários.²⁹⁴ Tais ativos formam patrimônio separado, que não se confunde com o patrimônio pessoal do fiduciário.²⁹⁵

Tanto a lei como o contrato podem estabelecer a relação fiduciária, devendo, neste último caso, o ato conter, sob pena de nulidade, a identificação (i) dos bens, direitos ou garantias²⁹⁶ transmitidos; (ii) da duração da transmissão, que não pode ser superior a 99 anos;²⁹⁷ (iii) dos constituintes; (iv) dos fiduciários; (v) dos beneficiários; e (vi) da finalidade a ser cumprida pelos fiduciários, bem como a extensão dos poderes de administração e disposição sobre os bens transmitidos fiduciariamente.²⁹⁸

Assim como o fideicomisso argentino, também a fidúcia francesa se baseia nas técnicas da titularidade fiduciária e da segregação patrimonial.²⁹⁹ A reunião dos bens transmitidos em um patrimônio separado constitui expediente fundamental para a efetividade da fidúcia. Como já se mencionou, a segregação patrimonial protege os ativos objeto da fidúcia das pretensões dos credores pessoais, cônjuge e herdeiros do fiduciário, evitando que a realização do escopo almejado seja comprometida pelas vicissitudes dos negócios pessoais

²⁹⁴ Confira-se, por oportuno, o art. 2011 do Código Civil francês: “La fiducie est l’opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d’un ou plusieurs bénéficiaires”.

²⁹⁵ Art. 12 da Lei 2007-211, de 19 de fevereiro de 2007, que instituiu a fidúcia na França: “Les éléments d’actif et de passif transférés dans le cadre de l’opération mentionnée à l’article 2011 du code civil forment un patrimoine d’affectation. Les opérations affectant ce dernier font l’objet d’une comptabilité autonome chez le fiduciaire”.

²⁹⁶ Laurent Aynès e Pierre Crocq esclarecem que o objetivo do legislador francês, ao mencionar especificamente a transmissão fiduciária de garantias, foi introduzir naquele direito a figura do “agente de garantias”, que corresponderia ao do *security trustee* da *Common Law*. E rematam: “L’objectif poursuivi ici est de permettre à une banque, chef de file d’un pool bancaire, de constituer, de gérer et, éventuellement, de réaliser des sûretés réelles en son nom mais pour le compte de l’ensemble des établissements de crédit membres d’un syndicat bancaire. L’avantage de ce système tient au fait que si les sûretés sont prises au nom du chef de file, aucune formalité de publicité n’est nécessaire en cas de modification de la composition du syndicat” (*Les sûretés – La publicité foncière*, cit., p. 354).

²⁹⁷ “En droit français comme en droit anglais, la règle est que les droits affectés ne peuvent l’être que pour une durée limitée. C’est ainsi, par exemple, que le projet de loi français instituant la fiducie a fixé comme durée maximale du contrat de fiducie 99 ans. En droit anglais, le principe est qu’un *trust* ne peut durer plus que soit la durée de la vie d’une personne (*life in being*) à laquelle on rajoute 21 ans, soit 80 ans” (François Barrière, *La réception du trust au travers de la fiducie*, cit., p. 392). “La règle de la limitation de durée limitée d’affectation des droits ne s’applique, toutefois, pas de façon absolue. C’est ainsi que les *charitable trusts* n’y sont pas soumis. (...) C’est le caractère philanthropique qui justifie la possibilité d’une durée de fiducie ou de *trust* illimitée” (François Barrière, *La réception du trust au travers de la fiducie*, cit., p. 393).

²⁹⁸ Nesse sentido, o art. 2018 do Código Civil francês: “Le contrat de fiducie détermine, à peine de nullité: 1° Les biens, droits ou sûretés transférés. S’ils sont futurs, ils doivent être déterminables; 2° La durée du transfert, qui ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans à compter de la signature du contrat; 3° L’identité du ou des constituants; 4° L’identité du ou des fiduciaires; 5° L’identité du ou des bénéficiaires ou, à défaut, les règles permettant leur désignation; 6° La mission du ou des fiduciaires et l’étendue de leurs pouvoirs d’administration et de disposition”.

²⁹⁹ V. Exposé des motifs de loi instituant la fiducie, présentée par Philippe Marini, p. 4.

deste.³⁰⁰ Dessa forma, os bens transmitidos fiduciariamente respondem apenas pelas dívidas contraídas pelo fiduciário que tenham pertinência com a execução da finalidade da fidúcia.³⁰¹

Em razão dos importantes efeitos que produz perante terceiros, especialmente os credores do fiduciário, a lei francesa preocupou-se em conferir à fidúcia um adequado regime de publicidade.³⁰² Destaque-se, a propósito, a regra contida no art. 2021 que exige do fiduciário que revele, nas suas relações com terceiros, se está agindo por conta da fidúcia.³⁰³

A lei francesa, ao não estabelecer as finalidades para as quais a fidúcia pode ser constituída, dota tal negócio de significativa versatilidade, vez que se presta à realização dos mais variados e legítimos interesses.³⁰⁴ Dessa maneira, ao organizar, em modelo geral, a utilização, pelos indivíduos, das técnicas da titularidade fiduciária e do patrimônio separado, a fidúcia francesa incorporou os principais efeitos do *trust* contidos na Convenção de Haia.

2.2 Estado atual da utilização conjugada da titularidade fiduciária e da separação patrimonial no direito brasileiro. A disciplina fragmentada do ordenamento pátrio

³⁰⁰ Exposé des motifs de loi instituant la fiducie, présentée par Philippe Marini, p. 6. Art. 2024, Código Civil francês: “L’ouverture d’une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire au profit du fiduciaire n’affecte pas le patrimoine fiduciaire”. Art. 2025, Código Civil francês: “Sans préjudice des droits des créanciers du constituant titulaires d’un droit de suite attaché à une sûreté publiée antérieurement au contrat de fiducie et hors les cas de fraude aux droits des créanciers du constituant, le patrimoine fiduciaire ne peut être saisi que par les titulaires de créances nées de la conservation ou de la gestion de ce patrimoine”.

³⁰¹ Segundo relatam Laurent Aynès e Pierre Crocq: “En effet, les biens donnés en fiducie ne se confondent pas avec les biens personnels du fiduciaire mais constituent un patrimoine autonome ce qui a pour conséquence que l’ouverture d’une procédure collective à l’encontre du fiduciaire n’affecte pas le patrimoine fiduciaire (C.civ. art. 2024) et que le patrimoine fiduciaire ne peut être saisi que par les titulaires de créances nées de la conservation ou de la gestion de ce patrimoine (C.civ. 2025, al. 1)” (*Les sûretés – La publicité foncière*, cit., p. 350-351).

³⁰² Art. 2019, Código Civil francês: “À peine de nullité, le contrat de fiducie et ses avenants sont enregistrés dans le délai d’un mois à compter de leur date au service des impôts du siège du fiduciaire ou au service des impôts des non-résidents si le fiduciaire n’est pas domicilié en France. Lorsqu’ils portent sur des immeubles ou des droits réels immobiliers, ils sont, sous la même sanction, publiés dans les conditions prévues aux articles 647 et 657 du code général des impôts. La transmission des droits résultant du contrat de fiducie et, si le bénéficiaire n’est pas désigné dans le contrat de fiducie, sa désignation ultérieure doivent, à peine de nullité, donner lieu à un acte écrit enregistré dans les mêmes conditions”. Art. 2020, Código Civil francês: “Un registre national des fiducies est constitué selon des modalités précisées par décret en Conseil d’Etat”.

³⁰³ Art. 2021, Código Civil francês: “Lorsque le fiduciaire agit pour le compte de la fiducie, il doit en faire expressément mention. De même, lorsque le patrimoine fiduciaire comprend des biens ou des droits dont la mutation est soumise à publicité, celle-ci doit mentionner le nom du fiduciaire ès qualités”.

³⁰⁴ Como destacam Philippe Simler e Philippe Delebecque: “La fiducie peut avoir plusieurs fonctions” (*Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, cit., p. 597). “L’introduction de la fiducie au Code civil pourrait se faire sans que fussent bouleversés les principes traditionnels du droit civil français. Elle permettrait de clarifier le droit positif, où l’on rencontre déjà aujourd’hui de nombreuses fiducies innommées. Elle attesterait de la capacité des systèmes de droit civil, non pas à recevoir le *trust* dans son ensemble, mais à concevoir un contrat qui permette de réaliser certaines des opérations que permet d’accomplir la plus célèbre institution de la *common law*” (Michel Grimaldi e François Barrière, *La fiducie en droit français*, in *La fiducie face au trust dans les rapports d’affaires*, Madeleine Cantin Cumyn (direction), Bruxelles: Bruylant, 1999, p. 263).

No direito brasileiro verifica-se a adoção episódica dos expedientes do patrimônio separado e da titularidade fiduciária, previstos especificamente para certas atividades. Exemplos de figuras que, no ordenamento pátrio, se valem da ideia norteadora do *trust* são os fundos de investimento imobiliário,³⁰⁵ a securitização de créditos imobiliários, a incorporação imobiliária, o consórcio, o sistema brasileiro de pagamento, o depósito centralizado de ativos financeiros e valores mobiliários, o fundo garantidor de parcerias público-privadas – FGP,³⁰⁶ os fundos de investimento constituídos por entidades abertas de previdência complementar e por sociedades seguradoras³⁰⁷ e o fundo financeiro privado da Caixa Econômica Federal para o Programa de Arrendamento Residencial.³⁰⁸

³⁰⁵ Vale, a título ilustrativo, transcrever a análise de Arnaldo Wald: “A situação do Fundo, no direito brasileiro do mercado de capitais, se explica, pela influência que o direito norte-americano exerceu sobre a nossa legislação do mercado de capitais, ensejando a consagração, tanto na lei das sociedades anônimas, como nas demais normas sobre mercado de capitais, de institutos novos, destacados do nosso direito civil e comercial tradicional, como são o Fundo e o agente fiduciário, e ensejando assim a entrada, na prática legislativa e regulamentar brasileira, de figuras análogas ao *trust* existente no direito anglo-saxão” (*Da natureza jurídica do fundo imobiliário*, in *Revista Forense*, vol. 309, 1990, p. 11).

³⁰⁶ “Por fim, digna de nota ainda é a Lei n. 11.079, de 30.12.2004, que disciplinou as parcerias público-privadas. Em seu art. 21, referida lei admitiu a constituição de patrimônio de afetação, para o fim de, segregando parcela do patrimônio do fundo garantidor previsto nos arts. 16 e seguintes da mesma lei, vincular aquela parcela segregada à garantia de um ou mais projetos específicos, em vez de constituir garantia genérica em favor de todos os beneficiários garantidos pelo fundo. Assim, o patrimônio de afetação constitui parcela incomunicável do patrimônio geral do fundo, servindo unicamente ao propósito que determinou sua afetação” (José Virgílio Lopes Enei, *Project Finance*, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 161-162). Eis o teor do art. 21 da Lei n.º 11.079/2004: “É facultada a constituição de patrimônio de afetação que não se comunicará com o restante do patrimônio do FGP, ficando vinculado exclusivamente à garantia em virtude da qual tiver sido constituído, não podendo ser objeto de penhora, arresto, seqüestro, busca e apreensão ou qualquer ato de constrição judicial decorrente de outras obrigações do FGP. Parágrafo único. A constituição do patrimônio de afetação será feita por registro em Cartório de Registro de Títulos e Documentos ou, no caso de bem imóvel, no Cartório de Registro Imobiliário correspondente”.

³⁰⁷ A Lei n.º 11.196, de 21 de novembro de 2005, autoriza, no art. 76, que as entidades abertas de previdência complementar e as sociedades seguradoras possam “constituir fundos de investimento, com patrimônio segregado, vinculados exclusivamente a planos de previdência complementar ou a seguros de vida com cláusula de cobertura por sobrevivência, estruturados na modalidade de contribuição variável, por elas comercializados e administrados”. V. art. 78 da Lei n.º 11.196/2005: “O patrimônio dos fundos de investimento de que trata o art. 76 desta Lei não se comunica com o das entidades abertas de previdência complementar ou das sociedades seguradoras que os constituírem, não respondendo, nem mesmo subsidiariamente, por dívidas destas. § 1º No caso de falência ou liquidação extrajudicial da entidade aberta de previdência complementar ou da sociedade seguradora, o patrimônio dos fundos não integrará a respectiva massa falida ou liquidanda. § 2º Os bens e direitos integrantes do patrimônio dos fundos não poderão ser penhorados, seqüestrados, arrestados ou objeto de qualquer outra forma de constrição judicial em decorrência de dívidas da entidade aberta de previdência complementar ou da sociedade seguradora”.

³⁰⁸ Art. 2º, Lei n.º 10.188/2001: “Para a operacionalização do Programa instituído nesta Lei, é a CEF autorizada a criar um fundo financeiro privado com o fim exclusivo de segregação patrimonial e contábil dos haveres financeiros e imobiliários destinados ao Programa. § 1º O fundo a que se refere o caput será subordinado à fiscalização do Banco Central do Brasil, devendo sua contabilidade sujeitar-se às normas do Plano Contábil das Instituições do Sistema Financeiro Nacional (Cosif), aos princípios gerais de contabilidade e, no que couber, às demais normas de contabilidade vigentes no País. § 2º O patrimônio do fundo a que se refere o caput será constituído: I – pelos bens e direitos adquiridos pela CEF no âmbito do Programa instituído nesta Lei; e II – pelos recursos advindos da integralização de cotas. § 3º Os bens e direitos integrantes do patrimônio do fundo a que se refere o caput, em especial os bens imóveis mantidos sob a propriedade fiduciária da CEF, bem como seus frutos e rendimentos, não se comunicam com o patrimônio desta, observadas, quanto a tais bens e direitos, as seguintes restrições: I - não integram o ativo da CEF; II - não respondem direta ou indiretamente por qualquer

Como se verificará a partir do exame de alguns desses exemplos, o legislador pátrio se vale das técnicas da titularidade fiduciária e da separação patrimonial para a promoção de ponderosos interesses. Todavia, tais expedientes são utilizados localizadamente, sem que o legislador tenha criado instituto que, mediante o preenchimento de certos pressupostos, facultasse aos indivíduos livremente se valerem dos aludidos instrumentos. Por isso que, a despeito de o ordenamento brasileiro trabalhar com as noções básicas do *trust* contido na Convenção de Haia, não há, no Brasil, instituto de efeitos análogos ao *trust*.³⁰⁹

2.2.1 Fundos de investimento imobiliário

O fundo de investimento imobiliário (FII) encontra-se regulado na Lei nº. 8.668, de 25 de junho de 1993, cujo art. 1º dispõe que o FII não tem personalidade jurídica e se caracteriza pela comunhão de recursos captados por meio do Sistema de Distribuição de Valores Mobiliários, na forma da Lei nº. 6.385, de 7 de dezembro de 1976, os quais devem ser destinados à aplicação em empreendimentos imobiliários.³¹⁰

obrigação da CEF; III - não compõem a lista de bens e direitos da CEF, para efeito de liquidação judicial ou extrajudicial; IV - não podem ser dados em garantia de débito de operação da CEF; V - não são passíveis de execução por quaisquer credores da CEF, por mais privilegiados que possam ser; VI - não podem ser constituídos quaisquer ônus reais sobre os imóveis. § 4º No título aquisitivo, a CEF fará constar as restrições enumeradas nos incisos I a VI e destacará que o bem adquirido constitui patrimônio do fundo a que se refere o caput. § 5º No registro de imóveis, serão averbadas as restrições e o destaque referido no parágrafo anterior. § 6º A CEF fica dispensada da apresentação de certidão negativa de débitos, expedida pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, e da Certidão Negativa de Tributos e Contribuições administradas pela Secretaria da Receita Federal, quando alienar imóveis integrantes do patrimônio do fundo a que se refere o caput. § 7º A alienação dos imóveis pertencentes ao patrimônio do fundo a que se refere o caput deste artigo será efetivada diretamente pela CEF, constituindo o instrumento de alienação documento hábil para cancelamento, perante o Cartório de Registro de Imóveis, das averbações pertinentes às restrições e ao destaque de que tratam os §§ 3º e 4º deste artigo, observando-se: I - o decurso do prazo contratual do Arrendamento Residencial; ou II - a critério do gestor do Fundo, o processo de desmobilização do fundo financeiro de que trata o caput deste artigo. § 8º Cabe à CEF a gestão do fundo a que se refere o caput e a proposição de seu regulamento para a aprovação da assembleia de cotistas”.

³⁰⁹ Diverso não é o olhar estrangeiro sobre o sistema brasileiro: “Pour sa part, le Brésil n’a pas une loi intégrale de fiducie mais il possède quelques institutions de ce type” (Sergio Rodríguez-Azuerro, *La fiducie en Amérique latine: une expérience étonnante*, cit., p. 109). “A diferencia de la solución adoptada por los demás países de Latino-américa en los cuales existe una regulación general del fideicomiso que permite su aplicación a distintos fines, la legislación brasileña fragmentó al fideicomiso en varios regímenes específicos, la mayoría de ellos fideicomisos de garantía” (Nicolás Malumián, Adrián G. Diploti e Pablo Gutiérrez, *Fideicomiso y Securitización. Análisis Legal, Fiscal y Contable*, Buenos Aires: La Ley, 2006, p. 469).

³¹⁰ O art. 2º da Instrução Normativa nº. 472, de 31 de outubro de 2008, da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), assim dispõe: “O FII é uma comunhão de recursos captados por meio do sistema de distribuição de valores mobiliários e destinados à aplicação em empreendimentos imobiliários. § 1º O fundo será constituído sob a forma de condomínio fechado e poderá ter prazo de duração indeterminado. § 2º A denominação do fundo deve incluir a designação ‘fundo de investimento imobiliário – FII’”.

O FII constitui instrumento de desenvolvimento do mercado imobiliário, vez que aloca recursos neste setor, além de viabilizar a participação de médios e pequenos investidores, que, de outra forma, não conseguiriam realizar investimentos imobiliários diretamente.³¹¹

Nos termos do art. 6º da Lei nº. 8.668/1993, o “patrimônio do Fundo será constituído pelos bens e direitos adquiridos pela instituição administradora, em caráter fiduciário”. A atividade empreendida pelo FII se vale, desta feita, da estrutura da titularidade fiduciária.³¹² Atribui-se à administradora³¹³ do fundo a titularidade fiduciária dos bens objeto do investimento para a realização dos negócios que lhe são pertinentes, de molde a viabilizar a eficiente administração dos recursos captados para o fundo. A gestão deve ser efetuada com vistas à obtenção dos melhores rendimentos ao patrimônio do fundo, além de ter de observar o regulamento deste, as normas da CVM e a legislação em vigor. Sublinhe-se que a circunstância de a administradora figurar como proprietária possibilita que promova as operações relativas à gestão – inclusive alienação de ativos –, com a agilidade exigida pela dinâmica do mercado, tutelando, assim, de forma mais eficiente os interesses dos investidores.³¹⁴

³¹¹ Nelson Eizirik, Ariádna B. Gaal, Flávia Parente e Marcus de Freitas Henrique, *Mercado de Capitais: Regime Jurídico*, cit., p. 102; Carlos Eduardo Castello Branco, Eliane de Mello Alves Rebouças Monteiro, *Um estudo sobre a indústria de Fundos de Investimentos Imobiliários no Brasil*, in *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 20, 2003, p. 278. Extrai-se do site da Comissão de Valores Mobiliários (CVM): “Como o investimento em bens imóveis normalmente envolve alto valor de aplicação, poucos são os investidores que possuem recursos suficientes para aplicar diretamente em empreendimentos dessa natureza. Esse foi um dos principais fatores que estimulou o surgimento no mercado do conceito de fundo de investimento imobiliário, regulamentado pela legislação brasileira a partir da década de 90, por meio da lei 8668/93 e da Instrução 205/94 da Comissão de Valores Mobiliários. Essa nova forma de investimento veio viabilizar o acesso de pequenos e médios investidores aos investimentos imobiliários. Os fundos passaram a juntar os recursos captados e investir em um ou mais empreendimentos imobiliários, que compõem sua carteira” (Disponível em <<http://www.cvm.gov.br/port/protin/caderno6.asp#1>>, último acesso em 23.5.2013, às 12h). V. tb. *Revolução Imobiliária*, in *Revista ABAMEC*, ano 31, nº. 5, julho 2003, p. 17; Fernando Schwarz Gaggini, *Fundos de Investimento no Direito Brasileiro*, São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2001, p. 17.

³¹² Nas palavras de autorizada doutrina: “Há rigorosa limitação dos poderes inerentes a essa modalidade de propriedade – os imóveis que constituirão a carteira de investimento são adquiridos em nome da sociedade administradora do fundo, mas sob forma de propriedade fiduciária; do registro da propriedade, no Registro de Imóveis, devem constar esse caráter peculiar da propriedade e as limitações decorrentes da fiduciaridade, salientando-se que, tornando-se proprietária fiduciária dos imóveis destinados ao fundo, a sociedade administradora poderá exercer os poderes típicos de proprietário, mas somente em proveito dos quotistas do fundo, para atender à finalidade do fundo, estando esses poderes limitados pelo que dispuser o respectivo regulamento, que é ato delimitador do exercício do direito de propriedade por parte da proprietária-fiduciária (administradora)” (Melhim Namem Chalhub, *Curso de Direito Civil: direitos reais*, in Sylvio Capanema de Souza (coord.), *Curso de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 156-157). Cf., ainda, J. A. Penalva Santos, *Obrigações e contratos na falência*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 320-321.

³¹³ Art. 5º, Lei nº. 8.668/1993: “Os Fundos de Investimento Imobiliário serão geridos por instituição administradora autorizada pela Comissão de Valores Mobiliários, que deverá ser, exclusivamente, banco múltiplo com carteira de investimento ou com carteira de crédito imobiliário, banco de investimento, sociedade de crédito imobiliário, sociedade corretora ou sociedade distribuidora de títulos e valores mobiliários, ou outras entidades legalmente equiparadas”.

³¹⁴ Art. 30, Instrução Normativa nº. 472, de 31 de outubro de 2008, da Comissão de Valores Mobiliários (CVM): “Compete ao administrador, observado o disposto no regulamento: I – realizar todas as operações e praticar

Os investidores são os quotistas, isto é, aqueles que, ao alocarem recursos no FII, adquirem, em contrapartida, cotas representativas do direito à participação na significação econômica do patrimônio do fundo.³¹⁵ Note-se que o quotista não tem direito a uma parte ideal de cada bem que compõe o patrimônio pertinente ao fundo,³¹⁶ haja vista se referir sua cota ao direito à expressão econômica do patrimônio em si considerado. Conseqüentemente, o resgate de cotas implica a entrega ao quotista de montante correspondente à proporção da sua cota relativamente ao valor do patrimônio do fundo. Em virtude disto, o administrador encontra-se livre para decidir de que forma dispor de parte ou de algum dos ativos do fundo para obter a significação econômica da cota do investidor que solicita o resgate.³¹⁷

Dito diversamente, no FII não há um condomínio dos quotistas em relação a cada bem integrante do patrimônio do fundo. Sequer há condomínio relativamente ao patrimônio do fundo, uma vez que este é titularizado, exclusivamente, pela administradora. As quotas, que são valores mobiliários, representam a parcela econômica atribuível a cada quotista em relação ao valor do patrimônio do fundo. Não há que se falar, assim, em direito dos quotistas aos bens integrantes do patrimônio do fundo, na medida em que o direito que possuem, traduzido em suas cotas, concerne à expressão pecuniária do patrimônio em si considerado. Cuida-se de direito à obtenção dos resultados oriundos da gestão do patrimônio na proporção representada pela cota.

Destaque-se, neste sentido, que o quotista do fundo de investimento imobiliário não é responsável por qualquer obrigação legal ou contratual no que concerne aos imóveis e empreendimentos integrantes do fundo, tendo, contudo, a obrigação de pagar o valor integral das cotas subscritas.³¹⁸

todos os atos que se relacionem com o objeto do fundo; II – exercer todos os direitos inerentes à propriedade dos bens e direitos integrantes do patrimônio do fundo, inclusive o de ações, recursos e exceções; III – abrir e movimentar contas bancárias; IV – adquirir e alienar livremente títulos pertencentes ao fundo; V – transigir; VI – representar o fundo em juízo e fora dele; e VII – solicitar, se for o caso, a admissão à negociação em mercado organizado das cotas do fundo”.

³¹⁵ V., sobre o tema, Fernando Schwarz Gaggini, *Fundos de Investimento no Direito Brasileiro*, cit., p. 18; Rachel Sztajn, *Quotas de Fundos Imobiliários – Novo Valor Mobiliário*, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº. 93, ano XXXIII, jan/mar 1994, p. 104 e 107; Nelson Eizirik, Ariádna B. Gaal, Flávia Parente e Marcus de Freitas Henrique, *Mercado de Capitais: Regime Jurídico*, cit., p. 122.

³¹⁶ O artigo 13, I, da Lei nº. 8.668/1993 dispõe, espancando quaisquer dúvidas neste sentido, que: “O titular das quotas do Fundo de Investimento Imobiliário: I – não poderá exercer qualquer direito real sobre os imóveis e empreendimentos integrantes do patrimônio do fundo”. V. tb. J. A. Penalva Santos, *Obrigações e contratos na falência*, cit., p. 318.

³¹⁷ Ricardo de Santos Freitas, *Natureza Jurídica dos Fundos de Investimento*, cit., p. 205.

³¹⁸ Artigo 13, II, Lei nº. 8.668/1993: “O titular das quotas do Fundo de Investimento Imobiliário: (...). II – não responde pessoalmente por qualquer obrigação legal ou contratual, relativamente aos imóveis e empreendimentos integrantes do fundo ou da administradora, salvo quanto à obrigação de pagamento do valor integral das quotas subscritas”.

O patrimônio, precisamente por constituir universalidade de direito, apresenta conteúdo variável, de tal sorte que o montante pecuniário atribuível a cada cota pode ser maior ou menor, dependendo de quantos e quais elementos integram o patrimônio do fundo em determinado momento.

Vale ressaltar que o patrimônio do fundo de investimento imobiliário, precisamente por traduzir patrimônio segregado titularizado pela administradora, não sofre as vicissitudes pertinentes ao patrimônio geral desta.³¹⁹ Oportuno, neste passo, transcrever o que dispõe o art. 7º da Lei nº. 8.668/1993:

Art. 7º Os bens e direitos integrantes do patrimônio do Fundo de Investimento Imobiliário, em especial os bens imóveis mantidos sob a propriedade fiduciária da instituição administradora, bem como seus frutos e rendimentos, não se comunicam com o patrimônio desta, observadas, quanto a tais bens e direitos, as seguintes restrições:

I – não integrem o ativo da administradora;

II – não respondam direta ou indiretamente por qualquer obrigação da instituição administradora;

III – não componham a lista de bens e direitos da administradora, para efeito de liquidação judicial ou extrajudicial;

IV – não possam ser dados em garantia de débito de operação da instituição administradora;

V – não sejam passíveis de execução por quaisquer credores da administradora, por mais privilegiados que possam ser;

VI – não possam ser constituídos quaisquer ônus reais sobre os imóveis.

1º No título aquisitivo, a instituição administradora fará constar as restrições enumeradas nos incisos I a VI e destacará que o bem adquirido constitui patrimônio do Fundo de Investimento Imobiliário.

2º No registro de imóveis serão averbadas as restrições e o destaque referido no parágrafo anterior.

3º A instituição administradora fica dispensada da apresentação de certidão negativa de débitos, expedida pelo Instituto Nacional da Seguridade Social, e da Certidão Negativa de Tributos e Contribuições, administrada pela Secretaria da Receita Federal, quando alienar imóveis integrantes do patrimônio do Fundo de Investimento Imobiliário.³²⁰

³¹⁹ Colhe-se do site da CVM: “O patrimônio de um Fundo de Investimento Imobiliário não se confunde com o patrimônio geral do Administrador, mas sim, trata-se de patrimônio especial, totalmente distinto e separado do primeiro, que abrange os direitos e obrigações relativos ao Fundo detidos pelo Administrador em caráter fiduciário. Os bens e direitos mantidos sob a propriedade fiduciária do Administrador, bem como seus frutos e rendimentos, não se comunicam com o seu patrimônio geral. Desta forma, tais bens e direitos não integram o ativo do Administrador, nem respondem por qualquer obrigação do Administrador. Além disso, não podem ser dados em garantia de débito, nem ser executados por qualquer credor do Administrador, nem são atingidos por sua liquidação extrajudicial. Caso o Administrador entre em liquidação, ou, por qualquer outro motivo, fique impedido de exercer suas funções, a assembleia dos quotistas elegerá outra instituição financeira para sucedê-lo. Em tais casos, a propriedade fiduciária dos bens pertencentes ao Fundo é transmitida à instituição financeira nomeada pela assembleia dos quotistas para suceder o Administrador” (Disponível em <<http://www.cvm.gov.br/port/protinv/caderno6.asp#I>>, último acesso em 23.5.2013, às 12h).

³²⁰ V. art. 32 da Instrução Normativa nº. 472, de 31 de outubro de 2008, da Comissão de Valores Mobiliários (CVM). Cf., ainda, Rachel Sztajn, *Quotas de Fundos Imobiliários – Novo Valor Mobiliário*, cit., p. 107.

Verifica-se que o legislador unificou as situações jurídicas ativas relativas ao fundo, criando nova universalidade de direito, que convive ao lado do patrimônio geral da administradora. Em atenção ao fato de que a titularidade do patrimônio separado é funcionalizada ao escopo que o unifica, o legislador, no art. 11, § 4º, da Lei nº. 8.668/1993, determinou que a “sucessão da propriedade fiduciária de bem imóvel integrante de patrimônio de Fundo de Investimento Imobiliário não constitui transferência de propriedade”. Não importa, com efeito, a quem cabe a titularidade, vez que esta é instrumental ao fim, de tal sorte que a mudança do sujeito de direito não atrai as normas de transmissão da propriedade, precisamente pela desimportância da mutação subjetiva. Por outras palavras, na medida em que a titularidade é para a realização do escopo e não para a promoção dos interesses do titular, a mudança deste não é relevante, haja vista o escopo permanecer inalterado.

A administradora responde, com seu patrimônio geral, por má gestão, gestão temerária, conflito de interesses, descumprimento do regulamento do fundo ou de determinação da assembleia de quotistas.³²¹ Tais ilícitos alcançam o patrimônio geral da administradora justamente por se referirem à sua conduta desidiosa, em contrariedade à finalidade da afetação, de modo que esta responsabilização constitui mecanismo de ressarcimento, pelo seu patrimônio geral, das perdas sofridas pelo fundo.

Observe-se, ainda, a preocupação do legislador em determinar a devida publicidade à constituição do patrimônio segregado, tendo em conta a necessária proteção dos credores, os quais devem conhecer o patrimônio que garante seus créditos, consoante se depreende dos §§ 1º e 2º do art. 7º da Lei nº. 8.668/1993, acima transcritos.

Portanto, no que tange aos fundos de investimento imobiliário, a técnica da segregação patrimonial salvaguarda os ativos abrangidos pelo fundo da responsabilidade pelas dívidas decorrentes dos demais negócios da administradora. Opera-se, assim, a blindagem do patrimônio do fundo, de modo que o retorno financeiro dos investimentos por seu intermédio realizados se sujeita somente aos riscos do empreendimento imobiliário em que houve o

³²¹ Confira-se o disposto no art. 8º da Lei nº. 8.668/1993, *in verbis*: “O fiduciário administrará os bens adquiridos em fidúcia e deles disporá na forma e para os fins estabelecidos no regulamento do fundo ou em assembleia de quotistas, respondendo em caso de má gestão, gestão temerária, conflito de interesses, descumprimento do regulamento do fundo ou de determinação da assembleia de quotistas”. V. arts. 33 a 35 da Instrução Normativa nº. 472, de 31 de outubro de 2008, da Comissão de Valores Mobiliários (CVM). Art. 12, Lei nº. 8.668/1993: “É vedado à instituição administradora, no exercício específico de suas funções e utilizando-se dos recursos do Fundo de Investimento Imobiliário: I – conceder empréstimos, adiantar rendas futuras aos quotistas ou abrir créditos sob qualquer modalidade; II – prestar fiança, aval, aceite ou coobrigar-se sob qualquer forma; III – aplicar no exterior recursos captados no País; IV – aplicar recursos na aquisição de quotas do próprio fundo; V – vender a prestação as quotas do fundo, admitida a divisão da emissão em séries; VI – prometer rendimento predeterminado aos quotistas; VII – realizar operações do fundo quando caracterizada situação de conflito de interesse entre o fundo e a instituição administradora, ou entre o fundo e o empreendedor”.

aporte de recursos, sem que haja qualquer abalo em razão de perdas financeiras resultantes de outras atividades da administradora. E a técnica da titularidade fiduciária vincula a administradora a agir conforme a finalidade a que se destina o patrimônio do fundo, devendo sua gestão promover, da melhor forma possível, o escopo que justificou a unificação da massa patrimonial autônoma.

2.2.2 Securitização de créditos imobiliários

A securitização de créditos imobiliários constitui a operação por meio da qual uma sociedade³²² emite e coloca no mercado títulos lastreados em créditos imobiliários que possui.³²³ Esta atividade não se confunde com a mera emissão de títulos efetuada por determinada sociedade, haja vista que na securitização a emissão se mostra qualificada precisamente pela vinculação do título emitido com os créditos imobiliários que lastreiam a emissão.³²⁴

A operação de securitização envolve três fases fundamentais, a saber: (i) aquele que possui créditos imobiliários³²⁵ cede-os a uma sociedade securitizadora; (ii) em seguida, esta sociedade emite títulos, denominados Certificados de Recebíveis Imobiliários,³²⁶ lastreados

³²² Art. 3º, *caput*, Lei nº. 9.514/1997: “As companhias securitizadoras de créditos imobiliários, instituições não financeiras constituídas sob a forma de sociedade por ações, terão por finalidade a aquisição e securitização desses créditos e a emissão e colocação, no mercado financeiro, de Certificados de Recebíveis Imobiliários, podendo emitir outros títulos de crédito, realizar negócios e prestar serviços compatíveis com as suas atividades”.

³²³ Melhim Namem Chalhub, *Curso de Direito Civil: direitos reais*, cit., p. 302. Cf. tb. Beatriz Pereira de Samuel Marques, Luiz Henrique de Oliveira Marques e José de Samuel Marques, *Os rumos da hipoteca diante do advento da Súmula 308 do Superior Tribunal de Justiça*, in *Revista de Direito Imobiliário*, n. 63, ano 30, jul./dez. 2007, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 17.

³²⁴ Art. 8º, *caput*, Lei nº. 9.514/1997: “A securitização de créditos imobiliários é a operação pela qual tais créditos são expressamente vinculados à emissão de uma série de títulos de crédito, mediante Termo de Securitização de Créditos, lavrado por uma companhia securitizadora (...)”. Na doutrina, v. Melhim Namem Chalhub, *Curso de Direito Civil: direitos reais*, cit., p. 302-303; Armino Saraiva Matias, *Titularização: um novo instrumento financeiro*, in *Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro*, vol. 112, ano XXXVI, out./dez. 1998, São Paulo: Malheiros Editores, p. 48.

³²⁵ V., sobre a noção de créditos imobiliários, Ricardo Pereira Lira, *Crédito imobiliário e sua conceptualização. A revogação da categoria dos bens imóveis por acessão intelectual pelo Código Civil brasileiro de 2002: conseqüências. As pertenças e seu regime jurídico. A securitização. Os recebíveis: Créditos Recebíveis Imobiliários (CRIs) e as Cédulas de Crédito Imobiliário (CCIs). O Continuum Imobiliário como lastro da emissão desses títulos imobiliários*, in *Revista Forense*, vol. 373, ano 100, maio/junho 2004, p. 207-209.

³²⁶ Art. 6º, Lei nº. 9.514/1997: “O Certificado de Recebíveis Imobiliários — CRI é título de crédito nominativo, de livre negociação, lastreado em créditos imobiliários e constitui promessa de pagamento em dinheiro. Parágrafo único. O CRI é de emissão exclusiva das companhias securitizadoras”. Vale transcrever a observação crítica de Rubens Requião: “O CRI, pela descrição de suas características, tem condições peculiares. Embora qualificado pela lei como título de crédito e constituindo promessa de pagamento em dinheiro, o que o

em tais créditos imobiliários; e, finalmente, (iii) a securitizadora distribui estes títulos no mercado.³²⁷ A securitização, dessa forma, traduz operação complexa, que se inicia com a constituição dos créditos imobiliários, os quais, posteriormente, são cedidos à sociedade securitizadora para emissão e posterior circulação de títulos neles lastreados.

Os créditos imobiliários, cedidos à sociedade securitizadora que emitiu os títulos neles lastreados, podem constituir patrimônio segregado se assim optar a referida sociedade, a qual deve instituir, para tanto, o regime fiduciário previsto em lei.³²⁸ Nos termos do art. 10 da Lei nº. 9.514, de 20 de novembro de 1997, o “regime fiduciário será instituído mediante declaração unilateral da companhia securitizadora no contexto do Termo de Securitização de Créditos”.³²⁹

Os créditos objeto do regime fiduciário, de acordo com o inciso I do art. 11 da Lei nº. 9.514/1997, “constituem patrimônio separado, que não se confunde com o da companhia securitizadora”.³³⁰ O art. 11 esclarece, ainda, a finalidade da afetação patrimonial, qual seja, “a liquidação dos títulos a que estiverem afetados” os créditos, bem como o “pagamento dos respectivos custos de administração e de obrigações fiscais”. Os créditos integrantes do patrimônio especial são insuscetíveis de sofrer, a teor do mesmo preceito, “qualquer ação ou

aproximaria da nota promissória, não tem natureza cambial, pois lhe falta: I — a literalidade, visto que terá forma escritural; II — a configuração da obrigação abstrata, pois está permanentemente vinculado ao termo de securitização de crédito imobiliário; III — a liberdade de circulação, embora a lei diga que é livre, visto que somente ocorrerá por sistema centralizado de custódia e liquidação financeira de títulos privados, descabendo, por isso, o endosso” (*Curso de Direito Comercial*, vol. II, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 584).

³²⁷ Melhim Namem Chalhub, *Curso de Direito Civil: direitos reais*, cit., p. 303.

³²⁸ Destaque-se, ao propósito, o disposto no art. 6º da Instrução Normativa nº. 414 da CVM, de 30 de dezembro de 2004: “A oferta pública de distribuição de CRI de valor nominal unitário inferior a R\$ 300.000,00 (trezentos mil Reais) somente será admitida para CRI lastreados em créditos sobre os quais haja sido instituído o regime fiduciário previsto no art. 9º da Lei nº 9.514/97, originados: I – de imóveis com ‘habite-se’ concedido pelo órgão administrativo competente; ou II – da aquisição ou da promessa de aquisição de unidades imobiliárias vinculadas a incorporações objeto de financiamento, desde que integrantes de patrimônio de afetação, constituído em conformidade com o disposto nos arts. 31-A e 31-B da Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964”.

³²⁹ Art. 10, Lei nº. 9.514/1997: “O regime fiduciário (...) submeter-se-á às seguintes condições: I – a constituição do regime fiduciário sobre os créditos que lastreiem a emissão; II – a constituição de patrimônio separado, integrado pela totalidade dos créditos submetidos ao regime fiduciário que lastreiem a emissão; III – a afetação dos créditos como lastro da emissão da respectiva série de títulos; IV – a nomeação do agente fiduciário, com a definição de seus deveres, responsabilidades e remuneração, bem como as hipóteses, condições e forma de sua destituição ou substituição e as demais condições de sua atuação; V – a forma de liquidação do patrimônio separado”.

³³⁰ “Ao emitir títulos para colocar no mercado, a companhia securitizadora formula um ‘Termo de Securitização’, no qual fixa as características dos títulos emitidos – valor, vencimento, juros, lastro etc. Se resolver segregar no seu patrimônio os créditos que constituem o lastro daquela emissão, a companhia securitizadora, por declaração unilateral no contexto do ‘Termo de Securitização’, instituirá a titularidade fiduciária sobre esses créditos, destacando-os no seu patrimônio e constituindo com eles um patrimônio separado; assim segregados, esses créditos passam a constituir um ‘patrimônio de afetação’, que tem autonomia em relação ao patrimônio geral da securitizadora, com a destinação específica e exclusiva de satisfazer os direitos dos investidores que tiverem adquirido os títulos a que se refere aquele ‘Termo de Securitização’” (Melhim Namem Chalhub, *Curso de Direito Civil: direitos reais*, cit., p. 157-158).

execução pelos credores da companhia securitizadora”, como decorrência necessária da segregação patrimonial.

Também em virtude da separação patrimonial, “a insolvência da companhia securitizadora não afetará os patrimônios separados que tenha constituído” (art. 15, parágrafo único da Lei nº. 9.514/1997). Desta forma, por meio da segregação patrimonial promove-se a blindagem dos créditos imobiliários, que lastreiam os títulos postos em circulação, de percalços financeiros que porventura venham a atingir a companhia securitizadora.³³¹

A securitização de créditos imobiliários, assim, pode contar com o regime da segregação patrimonial, aliado ao da titularidade fiduciária, oponível ao titular do patrimônio, aos seus credores e aos terceiros, que devem respeitar a finalidade a que se destina a massa patrimonial autônoma.

2.2.3 Incorporação imobiliária

A incorporação imobiliária constitui, nos termos do parágrafo único do art. 28 da Lei nº 4.591 de 16 de dezembro de 1964, atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas.³³²

A atividade de incorporação imobiliária capta recursos dos consumidores, de modo que envolve interesses da economia popular. Os adquirentes das futuras unidades autônomas se encontram em posição de desvantagem técnica e econômica em face do incorporador, ao qual entregam, não raro, valor que traduz poupança de anos de trabalho, a denotar o forte cunho social da atividade de incorporação.³³³

³³¹ Cf. Manoel Justino Bezerra Filho, *Da fidúcia à securitização*, Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 143.

³³² “(...) o objeto do contrato de incorporação é promover a alienação de frações ideais de terreno, vinculadas às unidades autônomas, promovendo e realizando a construção de edificações ou conjunto de edificações a serem construídas ou em construção sob regime condominial” (Caio Mário da Silva Pereira, *Incorporação Imobiliária*, in *Revista Forense*, vol. 265, ano 75, jan./fev./mar. 1979, p. 20). V. tb. Orlando Gomes, *Contrato de Incorporação Imobiliária*, in *Revista dos Tribunais*, vol. 461, ano 63, São Paulo: Revista dos Tribunais, março de 1974, p. 11; João Nascimento Franco, *Incorporações Imobiliárias*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 15; Pedro Elias Avvad e Rafael Augusto de Mendonça Lima, *Direito Imobiliário*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 398; Everaldo Augusto Cambler, *Incorporação Imobiliária*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 202; Rodrigo Azevedo Toscano de Brito, *Incorporação Imobiliária à Luz do CDC*, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 198.

³³³ Melhim Namem Chalhub, *Da Incorporação Imobiliária*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 66. Cf. tb. Rodrigo Azevedo Toscano de Brito, *Incorporação Imobiliária à Luz do CDC*, cit., p. 344.

Em virtude disto, a Lei nº 4.591/1964 buscou tutelar especialmente a posição jurídica dos adquirentes, valendo ressaltar, a título ilustrativo, que: (i) exige, antes da negociação das unidades autônomas, o arquivamento do Memorial de Incorporação no cartório competente de Registro de Imóveis (art. 32); (ii) possibilita aos adquirentes substituírem o incorporador (art. 43, VI); e (iii) determina que os créditos dos adquirentes serão privilegiados no caso de falência do incorporador, “respondendo subsidiariamente os bens pessoais deste”, caso à maioria dos adquirentes não seja possível prosseguir na construção (art. 43, III).

Todavia, tais expedientes protetivos criados pelo legislador não salvaguardam, da maneira mais eficaz possível, os interesses dos adquirentes das futuras unidades autônomas em hipótese de desequilíbrio financeiro do incorporador. No caso de falência, os adquirentes concorrem com os demais credores do incorporador, ainda que nenhuma pertinência tenham com o empreendimento, conferindo a lei, tão-somente, privilégio aos créditos dos adquirentes. Com isso, a poupança de anos de trabalho pode virar pó sem que os adquirentes nada possam fazer para evitar esta situação, haja vista o desequilíbrio financeiro comprometer todo o patrimônio do incorporador, no qual se inserem os ativos relacionados ao empreendimento.³³⁴

Ainda que os adquirentes resolvessem, nos termos do art. 43, III, da Lei nº 4.591/1964, prosseguir com a construção, esta escolha suscitaria uma série de dúvidas e inconvenientes, tais como, exemplificativamente, o que fazer com as unidades autônomas em estoque, isto é, ainda não alienadas pela incorporadora, bem como com as unidades dos adquirentes que não optassem pela continuação da construção.

A rigor, as unidades em estoque deveriam ser recolhidas à massa falida, haja vista pertencerem à incorporadora, e as unidades dos adquirentes que escolhessem não continuar — admitindo-se essa possibilidade — também, na medida em que tal representa desfazimento do negócio com o retorno ao *status quo ante*, de sorte que aludidos adquirentes deveriam ingressar no concurso de credores para reaver da massa falida o que despenderam.³³⁵ O

³³⁴ “Em suma, embora a construção seja, em regra, erigida em grande parte com recursos dos adquirentes, estes não têm nenhuma preferência sobre esse ativo, nem mesmo um eventual direito de indenização ou retenção por benfeitorias. É possível, assim, que, em caso de falência da empresa incorporadora, o produto da venda da construção executada em parte com investimentos dos adquirentes seja desfrutado por outros credores, muitos dos quais não terão dado nenhuma contribuição para a construção; os adquirentes só poderão apropriar-se da sobra, depois de satisfeitos os credores que lhe antecedem, na ordem legal de preferências, mesmo que tais créditos preferenciais sejam estranhos à obra. Risco idêntico sofre o financiador da incorporação, pois os recursos que tiver aportado à obra, convertidos em pedra e cal, serão também submetidos a concurso, para rateio entre todos os credores cujas preferências antecederem à sua, mesmo aqueles credores que não tenham contribuído para a execução das acessões levantadas no terreno. Em síntese, em ambos os casos, outros credores, não vinculados à obra, mas que tenham preferência sobre os adquirentes e o financiador, se apropriarão da construção realizada com recursos dos adquirentes e do financiador da obra, deixando para esses a sobra, se houver” (Melhim Namem Chalhub, *Da Incorporação Imobiliária*, cit., p. 69).

³³⁵ Cf. Miguel Ângelo S. Cançado, Marco Antônio Caldas e Rodrigo O. Caldas, *A propriedade imobiliária em*

inconveniente destas consequências reside na dificuldade financeira que os adquirentes possivelmente terão para continuar a obra. Isso porque as unidades em estoque bem como aquelas dos não aderentes podem representar cifra significativa, de forma a comprometer o andamento da construção a cargo dos demais adquirentes. Daí a dificuldade prática de efetividade do dispositivo.

Caso eloquente se deu com a falência da Construtora Encol, no final da década de 1990. Apesar de os ativos do empreendimento integrarem o patrimônio da incorporadora, a solução conferida atendeu aos interesses dos adquirentes, tendo o Judiciário sustentado pertencerem ao condomínio, não já à incorporadora, a propriedade das unidades imobiliárias em estoque.³³⁶ Tal decisão buscou conferir efetividade prática ao preceito contido no art. 43, III da Lei nº 4.591/ 1964, embora tenha, para tanto, adotado questionáveis posicionamentos.

A ausência de efetiva proteção dos adquirentes no que concerne ao risco de desequilíbrio financeiro do incorporador se deve ao fato de os ativos pertinentes a cada empreendimento pertencerem ao seu patrimônio geral, de modo a servir de garantia a todos os seus credores, indistintamente. Assim, os direitos decorrentes de cada empreendimento se sujeitam às vicissitudes pertinentes ao patrimônio geral do incorporador, ainda que gerencialmente haja separação dos diversos empreendimentos.³³⁷

A falta de afetação patrimonial referente aos ativos de cada empreendimento traz como inelutável consequência a possibilidade de quaisquer credores do incorporador executarem os direitos oriundos da atividade de incorporação, de sorte que os promitentes compradores podem ter seus interesses irremediavelmente prejudicados.

Consoante já se teve oportunidade de destacar, a afetação patrimonial decorre de lei, por meio da qual nasce novo objeto de direito, isto é, universalidade patrimonial destinada a um escopo que a unifica. Não basta, para a limitação dos riscos do empreendimento, que a

construção e a falência, in *Revista da OAB Goiás*, ano XIV, no 50, 2002, disponível em <http://www.oabgo.org.br/Revistas/50/juridico2.htm>, último acesso em 20.5.2013, às 21h.

³³⁶ V. Melhim Namem Chalhub, *Da Incorporação Imobiliária*, cit., p. 74; Miguel Ângelo S. Cançado, Marco Antônio Caldas e Rodrigo O. Caldas, *A propriedade imobiliária em construção e a falência*, cit., disponível em <http://www.oab-go.org.br/Revistas/50/juridico2.htm>, último acesso em 20.5.2013, às 21h; <http://www.uj.com.br/online/noticias/default.asp?action=noticia&idnoticia=5977>, último acesso em 23.2.2013, às 15h e <http://www.uj.com.br/online/noticias/default.asp?action=noticia&idnoticia=6841>, último acesso em 10.2.2013, às 16h.

³³⁷ Segundo doutrina especializada: “Disso resulta que, a despeito de o memorial de incorporação fixar os limites orçamentários de cada incorporação, a verdade é que, não havendo segregação patrimonial do acervo de cada incorporação, os bens e direitos integrantes de cada um deles podem responder pelas mais diversas dívidas e obrigações do incorporador; é que, reunidos no patrimônio geral do incorporador, esses bens e direitos formam, com as correspondentes obrigações, uma unidade coesa, sem qualquer destaque ou afetação e, portanto, podem vir a responder por obrigações vinculadas a qualquer das incorporações de que seja titular a empresa incorporadora, por força do princípio segundo o qual o patrimônio é a garantia geral dos credores” (Melhim Namem Chalhub, *Da Incorporação Imobiliária*, cit., p. 68).

incorporadora, por ato próprio, à míngua de previsão legal, resolva apartar os diversos empreendimentos, vez que tal se afigura inoponível aos credores, sendo, por isso mesmo, desprovido de eficácia jurídica para fins de exclusão de responsabilidade. Vale dizer, ainda que a incorporadora trate cada empreendimento como absolutamente autônomos e incomunicáveis, tal não é oponível aos seus credores, na medida em que, juridicamente, só há um patrimônio, não já núcleos patrimoniais autônomos pertinentes a cada incorporação. Inexistindo, desta feita, segregação patrimonial, os promitentes compradores sujeitam-se aos riscos oriundos do desequilíbrio financeiro da incorporadora.

Depreende-se, assim, que apesar dos expedientes protetivos constantes na Lei nº 4.591/1964 e, posteriormente, no Código de Defesa do Consumidor, até a promulgação da Lei nº 10.931/2004 não havia mecanismo de segregação patrimonial que delimitasse os riscos dos adquirentes. Ou seja, até o advento da Lei nº 10.931/2004, não havia possibilidade de formação de patrimônio separado atinente a cada empreendimento, de modo a limitar os riscos dos adquirentes ao sucesso de determinada incorporação, blindando-a dos problemas financeiros pelos quais possa passar a incorporadora.³³⁸

A Lei nº 10.931/2004 acrescentou os arts. 31-A a 31-F à Lei nº 4.591/1964, estipulando as condições para a segregação patrimonial nos negócios de incorporação imobiliária, com vistas a atender às demandas sociais de proteção dos adquirentes das unidades autônomas a serem construídas ou em construção.

O legislador, contudo, deixou ao alvedrio do incorporador a segregação patrimonial dos ativos de cada empreendimento,³³⁹ de tal sorte que a afetação do patrimônio nos negócios de incorporação imobiliária constitui faculdade atribuída ao incorporador, o qual, se exercê-la, pode optar por regime tributário especial.³⁴⁰

De todo modo, ainda que sujeita à discricionariedade do incorporador, a possibilidade de segregação patrimonial prevista na Lei nº 10.931/2004 representa significativo avanço

³³⁸ Melhim Namem Chalhub, *Da Incorporação Imobiliária*, cit., p. 69. Sobre as vantagens da afetação patrimonial na incorporação imobiliária, cf. J. A. Penalva Santos, *Obrigações e contratos na falência*, cit., p. 226-227.

³³⁹ Vale, neste passo, transcrever a crítica de Melhim Namem Chalhub à lei: “A despeito do grande alcance econômico e social desse mecanismo no contexto das incorporações imobiliárias, a parte inicial do art. 31A peca por deixar os adquirentes à mercê dos incorporadores, pois, ao invés de estabelecer a afetação como regra geral, compulsória, deixa sua adoção a critério do incorporador. (...). Nada justifica que esse instrumento seja manejado a critério do incorporador, pois a proteção da economia popular não pode ser objeto de conveniência particular, mas, ao contrário, é matéria de interesse público (...)” (*Da Incorporação Imobiliária*, cit., p. 90). Cf. tb. Hércules Aghiarian, *Patrimônio de Afetação*, in *ADCOAS*, n. 3, 1ª quinzena, fev. 2005, ano VIII, p. 55.

³⁴⁰ Art. 31-A, Lei nº. 4.591/1964: “Art. 31-A. A critério do incorporador, a incorporação poderá ser submetida ao regime da afetação, pelo qual o terreno e as acessões objeto de incorporação imobiliária, bem como os demais bens e direitos a ela vinculados, manter-se-ão apartados do patrimônio do incorporador e constituirão patrimônio de afetação, destinado à consecução da incorporação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes”. Sobre o regime tributário especial, v. arts. 1º a 10 da Lei nº. 10.931/2004.

técnico no que concerne aos expedientes protetivos existentes em favor dos adquirentes. Com efeito, promove, repita-se ainda uma vez, a limitação da álea a que se sujeitam os adquirentes, restringindo-a ao sucesso de determinado empreendimento, de molde a blindá-lo dos percalços financeiros atinentes aos outros negócios da incorporadora.

Consoante se aludiu, o titular do patrimônio afetado deve geri-lo em atenção ao escopo a que se destina, não tendo plena liberdade na sua administração. Ou seja, o sujeito do núcleo patrimonial autônomo não pode se desviar da finalidade que o unifica, devendo, ao revés, administrá-lo diligentemente com vistas à sua realização.³⁴¹ Nesta direção, o § 2º do art. 31-A preceitua que o “incorporador responde pelos prejuízos que causar ao patrimônio de afetação”. A administração do titular do núcleo patrimonial autônomo, portanto, deve ser diligente e em consonância com a finalidade da segregação, sob pena de a incorporadora responder, com seu patrimônio geral, pelos prejuízos a que der causa.

Nessa esteira, a incorporadora não pode desviar recursos de um patrimônio especial para outro.³⁴² Por isso, o patrimônio separado traduz medida salutar “para evitar o que o mercado apelidou de ‘bicicleta’ – o ciclo vicioso de uma incorporadora canalizar recursos de um empreendimento para cobrir outro anterior e assim sucessivamente ‘até a correia quebrar’”³⁴³.

Note-se que a técnica da afetação patrimonial permite que se alcance o mesmo resultado pretendido pelo Judiciário quando da apreciação do caso Encol, sem, todavia,

³⁴¹ “De outra parte, a constituição da afetação não impede o incorporador-proprietário de extrair de sua propriedade o proveito econômico próprio do negócio; apenas restringe o modo de exercício dos seus poderes, condicionando-o à consecução da incorporação, nos termos programados, pois a afetação atribui ao incorporador um poder-dever sobre a propriedade objeto da incorporação, segundo a finalidade econômica e social do negócio incorporativo. Vale dizer: o incorporador é o titular do resultado econômico decorrente da exploração da sua propriedade, mas, desde que a destinou para a incorporação, passa a ter o dever de exercer seus poderes estritamente no sentido de consumir essa destinação” (Melhim Namem Chalhub, *Da Incorporação Imobiliária*, cit., p. 83).

³⁴² A plena vinculação dos bens integrantes do patrimônio de afetação à realização da correspondente incorporação constitui preocupação primordial do legislador. Nesse sentido, o § 1º do art. 31-A da aludida Lei determina que “o patrimônio de afetação não se comunica com os demais bens, direitos e obrigações do patrimônio geral do incorporador ou de outros patrimônios de afetação por ele constituídos e só responde por dívidas e obrigações vinculadas à incorporação respectiva”. Ainda nessa direção, o § 3º do mesmo dispositivo estabelece que “os bens e direitos integrantes do patrimônio de afetação somente poderão ser objeto de garantia real em operação de crédito cujo produto seja integralmente destinado à consecução da edificação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes.” Por sua vez, o § 6º prescrever que “os recursos financeiros integrantes do patrimônio de afetação serão utilizados para pagamento ou reembolso das despesas inerentes à incorporação”.

³⁴³ Aldo Dórea Mattos, *O patrimônio de afetação vai vingar no mercado imobiliário?*, in *Jus Navigandi*, <http://jus.com.br>, último acesso em 15.7.2013, às 19h. E remata: “o Patrimônio de Afetação representa uma segurança ao comprador ao restringir a condição de o incorporador de adquirir bens – dando, por exemplo, unidades em permuta – porque o produto da alienação tem necessariamente que ser aplicado na execução do empreendimento. É sem dúvida uma limitação na gestão do caixa da empresa. Como se nota, o regime de afetação aumenta a garantia do comprador restringindo a liberdade de ação do incorporador, como se houvesse uma correspondência biunívoca entre as duas atitudes” (Aldo Dórea Mattos, *O patrimônio de afetação vai vingar no mercado imobiliário?*, cit.).

suscitar os mesmos questionamentos jurídicos. Isso porque, a despeito de as unidades em estoque pertencerem à incorporadora, não serão arrecadadas à massa, tendo em vista estarem afetadas à incorporação.

Vale dizer, na hipótese de falência da incorporadora, a massa falida não poderá arrecadar as unidades em estoque, muito embora sejam de propriedade da incorporadora, já que, uma vez constituído o patrimônio especial relativo a determinado empreendimento, os ativos que o integram ficam funcionalmente vinculados ao escopo da unificação, não podendo servir a fins outros, como ocorreria caso fossem arrecadados pela massa falida. Protegem-se, assim, de maneira bastante eficaz, os interesses dos adquirentes, haja vista ficar o empreendimento invulnerável à falência da incorporadora.

Os adquirentes podem optar por continuar as obras e prosseguir no empreendimento, ou liquidar o patrimônio segregado. Para assegurar as medidas necessárias ao prosseguimento das obras ou à liquidação do patrimônio de afetação, o § 14 do art. 31-F determina que a Comissão de Representantes promoverá, em leilão público, a venda das frações ideais e respectivas acessões ainda não alienadas pela incorporadora. O arrematante, nos termos do § 15 do mesmo dispositivo, fica sub-rogado, na proporção atribuível à fração e acessões adquiridas, nos direitos e nas obrigações relativas ao empreendimento. Depreende-se, do exposto, que com a técnica da segregação patrimonial não mais surgem os inconvenientes anteriormente indicados advindos da opção pela continuação das obras. Isso porque todos os ativos pertinentes ao empreendimento, por integrarem núcleo patrimonial autônomo, encontram-se destinados à consecução da finalidade deste, não podendo ser desviados ou atingidos pelas vicissitudes financeiras da incorporadora.

Destaque-se, ainda, que a separação patrimonial é imperfeita, de modo que o patrimônio geral do incorporador responde subsidiariamente pelos créditos dos adquirentes não satisfeitos com o patrimônio segregado.³⁴⁴

Desse modo, o atual ordenamento prevê a possibilidade de segregação patrimonial na atividade de incorporação imobiliária, expediente que assegura especial proteção aos credores

³⁴⁴ Nessa direção, o art. 43, inciso VII, da Lei n.º. 4.591/1965, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º. 10.931/2004, estabelece que “em caso de insolvência do incorporador que tiver optado pelo regime da afetação e não sendo possível à maioria prosseguir na construção, a assembleia geral poderá, pelo voto de 2/3 (dois terços) dos adquirentes, deliberar pela venda do terreno, das acessões e demais bens e direitos integrantes do patrimônio de afetação, mediante leilão ou outra forma que estabelecer, distribuindo entre si, na proporção dos recursos que comprovadamente tiverem aportado, o resultado líquido da venda, depois de pagas as dívidas do patrimônio de afetação e deduzido e entregue ao proprietário do terreno a quantia que lhe couber, nos termos do art. 40; não se obtendo, na venda, a reposição dos aportes efetivados pelos adquirentes, reajustada na forma da lei e de acordo com os critérios do contrato celebrado com o incorporador, os adquirentes serão credores privilegiados pelos valores da diferença não reembolsada, respondendo subsidiariamente os bens pessoais do incorporador”.

do empreendimento, haja vista limitar seus riscos ao sucesso da atividade empreendida, precisamente por blindar os ativos da incorporação de vicissitudes referentes a outros negócios levados a cabo pela incorporadora. Caso esta opte pela segregação patrimonial, ainda que posteriormente venha a falir, o patrimônio afetado para a consecução do empreendimento permanece inatacável, não ingressando no processo falimentar senão aquilo que eventualmente sobejar uma vez realizada a incorporação ou liquidado o patrimônio especial.

2.2.4 O sistema de pagamento brasileiro

Com vistas a conferir mais segurança ao complexo sistema de pagamento, essencial para as relações econômicas, a Lei nº. 10.214/2001, na esteira da Medida Provisória nº. 2.115-16/2001, se valeu da separação patrimonial para os sistemas em que o volume e a natureza dos negócios, a critério do Banco Central do Brasil, sejam capazes de oferecer risco à solidez e ao normal funcionamento do sistema financeiro.³⁴⁵ Confirmam-se os arts. 5º e 6º da Lei nº. 10.214/2001:

Art. 5º Sem prejuízo do disposto no § 3º do artigo anterior, as câmaras e os prestadores de serviços de compensação e de liquidação responsáveis por um ou mais ambientes sistemicamente importantes deverão, obedecida a regulamentação baixada pelo Banco Central do Brasil, separar patrimônio especial, formado por

³⁴⁵ Art. 4º, Lei nº. 10.214/2001: “Nos sistemas em que o volume e a natureza dos negócios, a critério do Banco Central do Brasil, forem capazes de oferecer risco à solidez e ao normal funcionamento do sistema financeiro, as câmaras e os prestadores de serviços de compensação e de liquidação assumirão, sem prejuízo de obrigações decorrentes de lei, regulamento ou contrato, em relação a cada participante, a posição de parte contratante, para fins de liquidação das obrigações, realizada por intermédio da câmara ou prestador de serviços. § 1º As câmaras e os prestadores de serviços de compensação e de liquidação não respondem pelo adimplemento das obrigações originárias do emissor, de resgatar o principal e os acessórios de seus títulos e valores mobiliários objeto de compensação e de liquidação. § 2º Os sistemas de que trata o *caput* deverão contar com mecanismos e salvaguardas que permitam às câmaras e aos prestadores de serviços de compensação e de liquidação assegurar a certeza da liquidação das operações neles compensadas e liquidadas. § 3º Os mecanismos e as salvaguardas de que trata o parágrafo anterior compreendem, dentre outros, dispositivos de segurança adequados e regras de controle de riscos, de contingências, de compartilhamento de perdas entre os participantes e de execução direta de posições em custódia, de contratos e de garantias aportadas pelos participantes”. Art. 7º, Lei nº. 10.214/2001: “Os regimes de insolvência civil, concordata, intervenção, falência ou liquidação extrajudicial, a que seja submetido qualquer participante, não afetarão o adimplemento de suas obrigações, assumidas no âmbito das câmaras ou prestadores de serviços de compensação e de liquidação, que serão ultimadas e liquidadas pela câmara ou prestador de serviços, na forma de seus regulamentos. Parágrafo único. O produto da realização das garantias prestadas pelo participante submetido aos regimes de que trata o *caput*, assim como os títulos, valores mobiliários e quaisquer outros seus ativos, objeto de compensação ou liquidação, serão destinados à liquidação das obrigações assumidas no âmbito das câmaras ou prestadores de serviços”.

bens e direitos necessários a garantir exclusivamente o cumprimento das obrigações existentes em cada um dos sistemas que estiverem operando.

§ 1º Os bens e direitos integrantes do patrimônio especial de que trata o *caput*, bem como seus frutos e rendimentos, não se comunicarão com o patrimônio geral ou outros patrimônios especiais da mesma câmara ou prestador de serviços de compensação e de liquidação, e não poderão ser utilizados para realizar ou garantir o cumprimento de qualquer obrigação assumida pela câmara ou prestador de serviços de compensação e de liquidação em sistema estranho àquele ao qual se vinculam.

§ 2º Os atos de constituição do patrimônio separado, com a respectiva destinação, serão objeto de averbação ou registro, na forma da lei ou do regulamento.

Art. 6º Os bens e direitos integrantes do patrimônio especial, bem como aqueles oferecidos em garantia pelos participantes, são impenhoráveis, e não poderão ser objeto de arresto, seqüestro, busca e apreensão ou qualquer outro ato de constrição judicial, exceto para o cumprimento das obrigações assumidas pela própria câmara ou prestador de serviços de compensação e de liquidação na qualidade de parte contratante, nos termos do disposto no *caput* do art. 4º desta Lei.

O objetivo da lei é justamente confinar os riscos dentro de cada sistema, sem que ocorra a contaminação para outros setores, o que poderia ameaçar as operações de pagamento de uma maneira geral.³⁴⁶

Registre-se, ao propósito, que as câmaras de compensação e liquidação³⁴⁷ são responsáveis por honrar as operações levadas ao ambiente de liquidação, assegurando aos participantes que suas obrigações sejam fielmente executadas, nos termos contratados.³⁴⁸ Tais

³⁴⁶ “Na medida em que a pedra de toque do novo sistema de pagamentos é a regra que confina em cada um dos subsistemas os problemas nele gerados, parece nítida a incompatibilidade desse sistema com a possibilidade de que riscos inerentes a um específico ambiente estejam a perturbar outros ambientes. O problema, sob esta ótica, deixa de ser um problema dos sócios e participantes da *clearing* para se transformar num problema de segurança do próprio sistema. Ora, se a filosofia básica do novo sistema é a segregação de riscos, e se o fato gerador do problema que aqui se põe é o fato de que um mesmo patrimônio deve responder por problemas localizados em diferentes ambientes, torna-se imperioso destacar, do conjunto de bens do patrimônio da *clearing house*, um ou mais subconjuntos – dependendo do número de ambientes de atuação dessa *clearing* –, cuja destinação última será garantir a certeza da liquidação das operações em cada um desses ambientes. (...). Com essa afetação, atingir-se-iam os objetivos da segregação dos riscos inerentes a cada um dos ambientes em que a *clearing* esteja a atuar, evitando-se a possibilidade de contaminação de ambientes sadios por problemas gerados em ambientes problemáticos” (Luiz Carlos Sturzenegger, *A doutrina do ‘patrimônio de afetação’ e o novo sistema de pagamento brasileiro*, cit., p. 244).

³⁴⁷ “Atualmente, as atividades de compensação e liquidação estão, na maioria dos países, a cargo de pessoas jurídicas constituídas com esta específica finalidade. São as chamadas câmaras de compensação e liquidação, ou caixas de liquidação, em língua inglesa, *clearing houses* ou, simplesmente, *clearing*. As *clearings* desempenham este papel fundamental de garantir a boa liquidação das operações realizadas nas bolsas e demais recintos ou sistemas organizados de negociação, sempre com o objetivo de garantir o bom curso das operações. As *clearings* também desempenham outras funções como o gerenciamento de risco e, em determinados casos, a custódia de ativos. No caso do Brasil, a importância das *clearings* se acentuou devido à reestruturação do Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB). Esta reestruturação objetivou transferir o risco do mercado, antes concentrado no Banco Central do Brasil (Bacen), para o setor privado” (Valdir Carlos Pereira Filho, *Clearing houses: aspectos jurídicos relevantes e seu papel no mercado de capitais e no sistema de pagamentos brasileiro*, in *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*, vol. 27, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 65).

³⁴⁸ “No ambiente de negociação duas partes celebram um contrato. A partir do momento em que este negócio jurídico passa para o ambiente de liquidação, a relação contratual se desdobra e surgem dois contratos distintos e independentes, e a *clearing* surge como uma nova parte. O comprador passa a ter obrigação de pagamento perante a *clearing* e não mais perante o vendedor original e a *clearing* deverá entregar os títulos ao comprador. De maneira correspondente, o vendedor deverá entregar os títulos e valores mobiliários à *clearing* e não mais ao comprador original e esta última deverá lhe efetuar o pagamento pelos títulos objeto do contrato. A vantagem

câmaras podem ser responsáveis por mais de um ambiente sistemicamente relevante, de maneira que é de todo conveniente evitar o “efeito dominó”, que colocaria em risco a estabilidade do sistema financeiro.³⁴⁹ Por isso é que a Lei n.º. 10.214/2001 estipulou que as câmaras de compensação e liquidação devem manter patrimônios separados relativos a cada sistema em que atuam, de forma a não haver contaminação entre os diversos ambientes.

Os arts. 5º e 6º da Lei n.º. 10.214/2001 elucidam, nesse sentido, que o patrimônio especial apenas responde pelas dívidas que lhe são pertinentes, o que garante a blindagem dos riscos relativos a outros sistemas. Confira-se, por oportuno, trecho da exposição de motivos da reedição da Medida Provisória n.º. 2.040-12/2000:

Quanto às alterações de cunho substancial, devo dizer a Vossa Excelência que se buscou acrescentar às novas regras sobre o sistema de pagamentos brasileiro normas que afastam o princípio da universalidade e indivisibilidade do patrimônio das câmaras e dos prestadores de serviços de compensação, aplicando-se, em seu lugar, a regra do patrimônio destinado a um fim, ou patrimônio de afetação, pelo que se separam patrimônios especiais, segregados do patrimônio geral para finalidades específicas.³⁵⁰

deste desdobramento do contrato inicial celebrado no ambiente de negociação é a certeza de liquidação. Uma vez que daquele contrato derivam outros dois, tendo a *clearing* como parte, a inadimplência de uma parte da negociação original não atinge a outra. Caso o vendedor não entregue os valores mobiliários, o comprador não será atingido, porque é a *clearing* que deverá lhe entregar os valores mobiliários e sua obrigação passou a ser frente à mesma. A situação inversa também é verdadeira, se o comprador não efetuar o pagamento, o vendedor não ficará com sua pretensão de entregar os ativos e receber numerário frustrada, porque é a *clearing* que lhe efetuará o pagamento correspondente à entrega dos ativos à mesma. A interposição da *clearing* e o consequente desdobramento dos contratos originalmente constituídos no ambiente de negociação são a garantia de liquidação. Esta é a função principal da *clearing*: assegurar aos investidores que suas operações serão fielmente executadas, nos estritos termos contratados. A *clearing* constitui-se, então, contraparte de todos os contratos celebrados. Ela é a vendedora de todos os compradores e, consequentemente, a compradora de todos os vendedores, figurando como contraparte central e garantindo a liquidação das operações” (Valdir Carlos Pereira Filho, *Clearing houses: aspectos jurídicos relevantes e seu papel no mercado de capitais e no sistema de pagamentos brasileiro*, cit., p. 72). “Por esta razão é que as *clearings* contam com forte estrutura e mecanismo de controle de risco e sua solidez é fundamental para a segurança e estabilidade no mercado, pois atuam como contraparte de todos que efetuarão negócios nos ambientes para os quais ela presta serviços de liquidação, devendo garantir a boa execução das operações e honrar as obrigações assumidas” (Valdir Carlos Pereira Filho, *Clearing houses: aspectos jurídicos relevantes e seu papel no mercado de capitais e no sistema de pagamentos brasileiro*, cit., p. 74).

³⁴⁹ “Há, no entanto, outro tipo de preocupação, localizada no fato de que, na realidade do sistema de pagamentos brasileiro, uma mesma *clearing house* é responsável por mais de um ambiente sistemicamente relevante. Dado o princípio geral, assente no direito brasileiro, de que o patrimônio do devedor responde indistintamente por todas as suas obrigações perante todos os seus credores, e diante da imposição legal de que as *clearing houses* assegurem a certeza da liquidação das operações compensadas e liquidadas por seu intermédio, pode surgir aqui o que chamaríamos de risco inter-sistemas, ou seja, riscos de que problemas de solvência e de liquidez localizados em um ambiente possam vir a contaminar outros ambientes sistemicamente relevantes. (...). Diante de tal quadro, o fim último de *segregação de riscos* – que é da essência dos negócios cursados em ambientes de *clearings* – passa, lógica e necessariamente, pelo caminho da *segregação de patrimônio*” (Luiz Carlos Sturzenegger, *A doutrina do ‘patrimônio de afetação’ e o novo sistema de pagamento brasileiro*, cit., p. 230).

³⁵⁰ Fls. 3 da E.M. n.º. 827/MF, de 13 de dezembro de 2000. Mais adiante: “Com a noção de afetação patrimonial, evidencia-se uma maior possibilidade de atingimento dos objetivos de segregação dos riscos inerentes a cada um dos ambientes em que a câmara ou o prestador de serviços de compensação e de liquidação venha a atuar, o que, ao fim e ao cabo, e sem prejuízo de outros mecanismos e salvaguardas, torna mais eficaz a contenção de riscos potencialmente sistêmicos” (Fls. 3 da E.M. n.º. 827/MF, de 13 de dezembro de 2000).

Como se vê, a técnica do patrimônio de afetação foi utilizada aqui para oferecer maior segurança aos mercados financeiros, de maneira que os riscos sistêmicos não se propaguem, mas fiquem adstritos ao ambiente ao qual se relacionam, sem contaminar setores sadios.

2.2.5 Depósito centralizado de ativos financeiros e valores mobiliários

O legislador se utilizou da titularidade fiduciária e do patrimônio separado na atividade de depósito centralizado de ativos financeiros³⁵¹ e valores mobiliários.³⁵² O art. 24 da Lei nº. 12.810/2013 estabelece que “os ativos financeiros e valores mobiliários, em forma física ou eletrônica, serão transferidos no regime de titularidade fiduciária para o depositário central”. Por sua vez, o § 3º desse mesmo dispositivo determina que tais ativos e valores “não se comunicarão com o patrimônio geral ou com outros patrimônios especiais das entidades qualificadas como depositário central e (...) não são passíveis de constituição de garantia pelas entidades qualificadas como depositários centrais e não respondem pelas suas obrigações.” Dessa maneira, o legislador procurou estender para todos os ativos financeiros o regime legal³⁵³ até então aplicável apenas aos valores mobiliários,³⁵⁴ a que se refere o art. 2º da Lei

³⁵¹ A expressão “ativo financeiro” é empregada da maneira ampla para designar qualquer bem negociável nos mercados sujeitos à regulamentação específica das autoridades administrativas brasileiras (Conselho Monetário Nacional, Banco Central do Brasil e Comissão de Valores Mobiliários). Corrobora a extensão do significado do termo o disposto no § 1º do art. 2º da Instrução CVM nº. 409/2004, que determina em quais ativos financeiros os fundos de investimento podem aplicar seus recursos. Após elencar diversos exemplos, o inciso VIII do aludido parágrafo estabelece que também são ativos financeiros “quaisquer outros créditos, títulos, contratos e modalidades operacionais desde que expressamente previstos no regulamento” do fundo de investimento. Sobre o ponto, confira-se o voto proferido pelo Diretor da CVM Otavio Yazbek no Processo Administrativo CVM nº RJ 2009/6346, apreciado pelo Colegiado daquela Autarquia em 7.7.2009 (disponível em www.cvm.gov.br).

³⁵² Art. 2º, Lei nº. 6.385/1976: “São valores mobiliários sujeitos ao regime desta Lei: I - as ações, debêntures e bônus de subscrição; II - os cupons, direitos, recibos de subscrição e certificados de desdobramento relativos aos valores mobiliários referidos no inciso II; III - os certificados de depósito de valores mobiliários; IV - as cédulas de debêntures; V - as cotas de fundos de investimento em valores mobiliários ou de clubes de investimento em quaisquer ativos; VI - as notas comerciais; VII - os contratos futuros, de opções e outros derivativos, cujos ativos subjacentes sejam valores mobiliários; VIII - outros contratos derivativos, independentemente dos ativos subjacentes; e IX - quando ofertados publicamente, quaisquer outros títulos ou contratos de investimento coletivo, que gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros”.

³⁵³ Tal regime decorre do disposto nos arts. 41 e 42 da Lei nº. 6.404/1976. Art. 41: “A instituição autorizada pela Comissão de Valores Mobiliários a prestar serviços de custódia de ações fungíveis pode contratar custódia em que as ações de cada espécie e classe da companhia sejam recebidas em depósito como valores fungíveis, adquirindo a instituição depositária a propriedade fiduciária das ações. § 1º A instituição depositária não pode dispor das ações e fica obrigada a devolver ao depositante a quantidade de ações recebidas, com as modificações resultantes de alterações no capital social ou no número de ações da companhia emissora, independentemente do número de ordem das ações ou dos certificados recebidos em depósito. § 2º Aplica-se o disposto neste artigo, no que couber, aos demais valores mobiliários. § 3º A instituição depositária ficará obrigada a comunicar à companhia emissora: I – imediatamente, o nome do proprietário efetivo quando houver qualquer evento

nº. 6.385/1976, elucidando, ainda, existir patrimônio separado composto pelos ativos objeto de depósito.

A atividade de depósito centralizado constitui peça fundamental na infraestrutura dos mercados financeiros, promovendo eficiência e segurança na compensação e liquidação das operações realizadas naqueles ambientes. Procura reduzir os riscos geralmente associados às transações de compra e venda, assegurando a existência do ativo negociado e, ainda, que o alienante seja o seu efetivo titular.³⁵⁵ Para esse fim, todos os ativos negociados no mercado são transferidos a uma única entidade que, por isso mesmo, é denominada “depositária central”.

Desta feita, os ativos passam a ser titularizados por esta última, que, em contrapartida, mantém sistema escritural de contas de depósito em nome dos investidores, de modo a controlar quem tem direitos sobre tais bens.³⁵⁶ Assim, quando uma transação é efetuada no mercado, a depositária central debita o ativo negociado da conta do alienante e o credita na conta do adquirente. Ou seja, a movimentação do ativo se reflete exclusivamente nas contas de depósito, permanecendo a titularidade, invariavelmente, em nome da depositária.³⁵⁷ Por isso, costuma-se dizer que o depósito centralizado opera a “imobilização” do ativo.³⁵⁸

societário que exija a sua identificação; e II – no prazo de até 10 (dez) dias, a contratação da custódia e a criação de ônus ou gravames sobre as ações. § 4º A propriedade das ações em custódia fungível será provada pelo contrato firmado entre o proprietário das ações e a instituição depositária. § 5º A instituição tem as obrigações de depositária e responde perante o acionista e terceiros pelo descumprimento de suas obrigações”. Art. 42: “A instituição financeira representa, perante a companhia, os titulares das ações recebidas em custódia nos termos do artigo 41, para receber dividendos e ações bonificadas e exercer direito de preferência para subscrição de ações. § 1º Sempre que houver distribuição de dividendos ou bonificação de ações e, em qualquer caso, ao menos uma vez por ano, a instituição financeira fornecerá à companhia a lista dos depositantes de ações recebidas nos termos deste artigo, assim como a quantidade de ações de cada um. § 2º O depositante pode, a qualquer tempo, extinguir a custódia e pedir a devolução dos certificados de suas ações. § 3º A companhia não responde perante o acionista nem terceiros pelos atos da instituição depositária das ações”.

³⁵⁴ O regime estabelecido nos arts. 41 e 42, inicialmente aplicável apenas às ações, foi estendido para todos os valores mobiliários, com a promulgação da Lei nº. 10.303/2001, que introduziu o § 2º do art. 41, segundo o qual “aplica-se o disposto neste artigo, no que couber, aos demais valores mobiliários”. Sobre o ponto, confira-se Julian Chediak, *A propriedade fiduciária de valores mobiliários*, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 39, Rio de Janeiro: Padma, 2009, p. 262.

³⁵⁵ Confira-se nessa direção o edital de audiência pública sobre a minuta de instrução que a Comissão de Valores Mobiliários pretende promulgar para regulamentar, na sua esfera de competências, a Lei nº. 12.810/2013. Ali se ressalta a importância do depósito central para a estabilidade do sistema financeiro, destacando-se o seu papel para a garantia “da existência dos ativos negociados e, mais recentemente, dos lastros desses ativos, inclusive como suporte a uma segura liquidação das operações” (Disponível em www.cvm.gov.br, último acesso em 3.8.2013, às 15h).

³⁵⁶ Nos termos do § 3º, inciso II, do art. 24 da Lei nº. 12.810/2013, os ativos financeiros e valores mobiliários “devem permanecer nas contas de depósito centralizado em nome do respectivo titular efetivo ou, quando admitido pela regulamentação pertinente, de seu representante, até que sejam resgatados, retirados de circulação ou restituídos aos seus titulares efetivos”. Ainda de acordo com o art. 25: “A titularidade efetiva dos ativos financeiros e dos valores mobiliários objeto de depósito centralizado se presume pelos controles de titularidade mantidos pelo depositário central.”

³⁵⁷ “Para viabilizar a boa liquidação das operações, as *clearings* são responsáveis pela custódia dos ativos negociados nos sistemas em que são responsáveis pela liquidação. A *clearing*, ao custodiar os ativos, exerce o

Sublinhe-se que, por força do depósito central, os valores mobiliários são transferidos pelo depositante, em caráter fiduciário,³⁵⁹ à titularidade da instituição depositária. Opera-se, desse modo, verdadeira transmissão de titularidade, funcionalizada, contudo, ao atendimento dos interesses do investidor,³⁶⁰ e exigida por lei para a promoção da estabilidade do sistema financeiro. Desse modo, os poderes da depositária central sobre os ativos são estritamente moldados para a realização do escopo que justifica a atribuição de titularidade.³⁶¹ Nessa direção, art. 24, § 4º, da Lei nº. 12.810/2013 prescreve que:

O depositário central não pode dispor dos ativos financeiros e dos valores mobiliários recebidos em titularidade fiduciária e fica obrigado a restituí-los ao seu titular efetivo ou, quando admitido pela regulamentação pertinente, ao seu representante, com todos os direitos e ônus que lhes tiverem sido atribuídos enquanto mantidos em depósito centralizado.³⁶²

papel de central depositária, ou seja, recebe em depósito os ativos, no regime de propriedade fiduciária, a fim de administrá-los e guardá-los. A vantagem é segurança e maior rapidez na liquidação. A custódia fica centralizada e a *clearing*, como proprietária fiduciária, transfere, em seus registros, a titularidade do comprador para o vendedor (ao que se chama, em língua inglesa, de *book entry transfer*). O mecanismo *book entry transfer* é possível porque a companhia emissora dos títulos e valores mobiliários lançou em seus registros a *clearing* como proprietária fiduciária. Logo, não há necessidade de, sendo realizado qualquer negócio, averbar o Livro de Registro de Ações da Companhia para que se efetive a transferência de titularidade. A qualquer momento, a *clearing* informa a empresa emissora quem são os titulares dos títulos e valores mobiliários que se encontram em custódia” (Valdir Carlos Pereira Filho, *Clearing houses: aspectos jurídicos relevantes e seu papel no mercado de capitais e no sistema de pagamentos brasileiro*, cit., p. 67).

³⁵⁸ Veja-se novamente o edital de audiência pública sobre a minuta de instrução que a Comissão de Valores Mobiliários pretende promulgar para regulamentar, na sua esfera de competências, a Lei nº. 12.810/2013. Esclarece o edital que “tal imobilização se dá pelo depósito dos ativos em um depositário central, uma entidade que se encarrega, basicamente, de prestar serviços de custódia centralizada daqueles ativos” (Disponível em www.cvm.gov.br, último acesso em 3.8.2013, às 15h).

³⁵⁹ Acerca do regime estabelecido pelos arts. 41 e 42 da Lei nº. 6.404/1976, e retomado pela Lei nº. 12.810/2013, confirmam-se Fábio Ulhoa Coelho, *Curso de Direito Comercial*, vol. II, cit., p. 134-135; Arnaldo Rizzardo, *Direito de empresa: Lei nº 10.406, de 10.01.2002*, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 337; Mônica Gusmão, *Lições de Direito Empresarial*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 306; José Waldecy Lucena, *Das Sociedades Anônimas*, vol. I, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 425-427; Luiz Leonardo Cantidiano, *Reforma da Lei das S.A. comentada*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 93; Modesto Carvalhosa, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, vol. I, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 380-382; Marcelo Fortes Barbosa Filho, *Sociedade Anônima Atual: comentários e anotações às inovações trazidas pela Lei n. 10.303/01 ao texto da Lei n. 6.404/76*, São Paulo: Atlas, 2004, p. 79-80.

³⁶⁰ Cf. Modesto Carvalhosa, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, vol. I, cit., p. 380-382; Nelson Eizirik, *A Lei das S/A comentada*, vol. I, São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 268.

³⁶¹ “Se houver a transferência fiduciária das ações, esta se exercerá nos termos e para os fins que lhe são próprios. Assim, não caberá à instituição financeira dispor das ações nem exercer o direito de voto, circunstância que deverá constar dos livros de registro. Os dividendos recebidos serão desde logo repassados ao acionista depositante (art. 205, § 2º). Para fins de imposto de renda, as ações serão tidas como de propriedade do depositante. A instituição financeira não poderá dispor das ações, as quais se destinam exclusivamente ao indiscriminado atendimento dos depositantes” (José Edwaldo Tavares Borba, *Direito Societário*, Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 279).

³⁶² Nos termos do parágrafo único do art. 25 da Lei nº. 12.810/2013, a transferência dos ativos de uma conta de depósito para outra pode ser efetuada somente para a liquidação de operações, de acordo com as instruções recebidas dos investidores.

Dessa forma, juntamente com a titularidade fiduciária, o legislador instituiu a separação patrimonial dos ativos e valores inscritos na conta de cada investidor, de modo a blindá-los integralmente das pretensões dos credores pessoais da instituição depositária. Protege-se o investidor, assim, dos percalços financeiros pelos quais possa passar aludida instituição. O legislador, como se vê, a fim de garantir a necessária segurança das operações, bem como proteger o depositante, se utilizou uma vez mais dos expedientes da titularidade fiduciária e do patrimônio separado.

2.2.6 O sistema de consórcio

A Lei nº. 11.795, de 8 de outubro de 2008, regulamenta o sistema de consórcio, por meio do qual há a criação de patrimônio coletivo separado,³⁶³ de titularidade dos consorciados,³⁶⁴ gerido e representado por uma administradora,³⁶⁵ destinado à finalidade determinada em lei.³⁶⁶

A gestão do patrimônio separado deve ocorrer de maneira a promover a sua finalidade, de sorte que a administradora responderá, com seu patrimônio pessoal, pelas perdas e danos

³⁶³ Art. 3º, Lei nº. 11.795/2008: “(...) § 3º O grupo de consórcio é autônomo em relação aos demais e possui patrimônio próprio, que não se confunde com o de outro grupo, nem com o da própria administradora. § 4º Os recursos dos grupos geridos pela administradora de consórcio serão contabilizados separadamente”.

³⁶⁴ Art. 2º, Lei nº. 11.795/2008: “Consórcio é a reunião de pessoas naturais e jurídicas em grupo, com prazo de duração e número de cotas previamente determinados, promovida por administradora de consórcio, com a finalidade de propiciar a seus integrantes, de forma isonômica, a aquisição de bens ou serviços, por meio de autofinanciamento”. Art. 3º, *caput*, Lei nº. 11.795/2008: “Grupo de consórcio é uma sociedade não personificada constituída por consorciados para os fins estabelecidos no art. 2º”. Art. 4º, Lei nº. 11.795/2008: “Consoiciado é a pessoa natural ou jurídica que integra o grupo e assume a obrigação de contribuir para o cumprimento integral de seus objetivos, observado o disposto no art. 2º”.

³⁶⁵ Art. 3º, Lei nº. 11.795/2008: “§ 1º O grupo de consórcio será representado por sua administradora, em caráter irrevogável e irretatável, ativa ou passivamente, em juízo ou fora dele, na defesa dos direitos e interesses coletivamente considerados e para a execução do contrato de participação em grupo de consórcio, por adesão. § 2º O interesse do grupo de consórcio prevalece sobre o interesse individual do consorciado”. Art. 5º, Lei nº. 11.795/2008: “A administradora de consórcios é a pessoa jurídica prestadora de serviços com objeto social principal voltado à administração de grupos de consórcio, constituída sob a forma de sociedade limitada ou sociedade anônima, nos termos do art. 7º, inciso I. § 1º A administradora de consórcio deve figurar no contrato de participação em grupo de consórcio, por adesão, na qualidade de gestora dos negócios dos grupos e de mandatária de seus interesses e direitos”.

³⁶⁶ Art. 1º, Lei nº. 11.795/2008: “O Sistema de Consórcios, instrumento de progresso social que se destina a propiciar o acesso ao consumo de bens e serviços, constituído por administradoras de consórcio e grupos de consórcio, será regulado por esta Lei”.

que advierem da sua má-gestão. Os consorciados, diante disto, podem fiscalizar sua atuação, nos termos do art. 17 da Lei n.º 11.795/2008.³⁶⁷

O patrimônio relativo a determinado grupo de consorciados apenas responde pelas dívidas que lhe são próprias, isto é, por aquelas que se vinculam à persecução da sua finalidade. Por isso mesmo, a eventual liquidação da administradora, ou adversidades financeiras pessoais atinentes a cada consorciado, não tem o condão de prejudicar a atividade a que se refere o consórcio.³⁶⁸ Nessa esteira, a Lei n.º 11.795/2008 determina, em seu art. 5º, que:

(...). § 5º Os bens e direitos adquiridos pela administradora em nome do grupo de consórcio, inclusive os decorrentes de garantia, bem como seus frutos e rendimentos, não se comunicam com o seu patrimônio, observado que: I – não integram o ativo da administradora; II – não respondem direta ou indiretamente por qualquer obrigação da administradora; III – não compõem o elenco de bens e direitos da administradora, para efeito de liquidação judicial ou extrajudicial; IV – não podem ser dados em garantia de débito da administradora. § 6º A administradora estará desobrigada de apresentar certidão negativa de débitos, expedida pelo Instituto Nacional da Seguridade Social, e Certidão Negativa de Tributos e Contribuições, expedida pela Secretaria da Receita Federal, relativamente à própria empresa, quando alienar imóvel integrante do patrimônio do grupo de consórcio. § 7º No caso de o bem recebido ser um imóvel, as restrições enumeradas nos incisos II a IV do § 5º deste artigo deverão ser averbadas no registro de imóveis competente.

De maneira a recrudescer a tutela dos interesses do consorciado, estabelece o § 2º do art. 5º da aludida lei que:

Os diretores, gerentes, prepostos e sócios com função de gestão na administradora de consórcio são depositários, para todos os efeitos, das quantias que a administradora receber dos consorciados na sua gestão, até o cumprimento da obrigação assumida no contrato de participação em grupo de consórcio, por adesão, respondendo pessoal e solidariamente, independentemente da verificação de culpa, pelas obrigações perante os consorciados.

Dessa forma, os ativos relativos ao consórcio consubstanciam patrimônio separado, unificado idealmente com vistas a propiciar a aquisição de bens ou serviços por meio de

³⁶⁷ Art. 17, Lei n.º 11.795/2008: “O grupo deve escolher, na primeira assembléia geral ordinária, até 3 (três) consorciados, que o representarão perante a administradora com a finalidade de acompanhar a regularidade de sua gestão, com mandato igual à duração do grupo, facultada a substituição por decisão da maioria dos consorciados em assembléia geral. Parágrafo único. No exercício de sua função, os representantes terão, a qualquer tempo, acesso a todos os documentos e demonstrativos pertinentes às operações do grupo, podendo solicitar informações e representar contra a administradora na defesa dos interesses do grupo, perante o órgão regulador e fiscalizador”.

³⁶⁸ Art. 40. (...) § 4º, Lei n.º 11.795/2008: “Os recursos pertencentes aos grupos de consórcio, administrados por empresa submetida aos regimes especial temporário ou de liquidação extrajudicial, serão obrigatória e exclusivamente destinados ao atendimento dos objetivos dos contratos de participação em grupo de consórcio, por adesão”.

autofinanciamento. O patrimônio afetado a tal finalidade responde apenas e tão somente pelas dívidas relacionadas ao fim perseguido.³⁶⁹ O núcleo patrimonial autônomo, segundo já se destacou, para que possa alcançar o escopo que o unifica sem interferências externas, é vocacionado a garantir exclusivamente as dívidas pertinentes ao fim que persegue.

Assim como na incorporação imobiliária, o consórcio envolve captação de recursos da economia popular, a demandar, como forma de proteger os envolvidos, a técnica da separação patrimonial, que assegura a blindagem de riscos, de maneira que as vicissitudes patrimoniais da administradora ou de outros grupos de consórcio não possam afetar o patrimônio autônomo constituído. Nas palavras do Professor Gustavo Tepedino:

Não fosse assim, centenas de milhares de consorciados estariam permanentemente ameaçados pela atividade econômica de seus administradores, decretando-se o fim da atividade econômica de aquisição de bens mediante autofinanciamento; não fosse assim, não haveria qualquer valor de alienação de tais ativos, comprometidos pelas dívidas de seus antigos administradores, máxime se em liquidação extrajudicial, sepultando-se a recuperação econômica da atividade autônoma, constituída mediante a economia popular.³⁷⁰

Em definitivo, o consórcio traduz patrimônio separado, que não se confunde com o patrimônio da pessoa física ou jurídica que compõe o consórcio, nem com o da administradora. Tendo em conta, consoante já se aludiu, a instrumentalidade da titularidade para o alcance do escopo unificador da massa patrimonial autônoma, o titular do patrimônio separado, ou quem o administre,³⁷¹ não se mostra livre para, relativamente aos direitos integrantes do patrimônio segregado, praticar os atos que bem entender, mas, ao revés, deve atentar para a finalidade da afetação e buscar promovê-la da melhor maneira possível. Dessa forma, a finalidade unificadora da universalidade patrimonial segregada condiciona a conduta do sujeito que a titulariza, ou daquele que a administra, o qual tem o poder-dever de agir para promover o fim que unifica aludido patrimônio.

³⁶⁹ “O consórcio pode ser entendido como um método, um sistema, um meio, alternativo de circulação de riquezas que permite a aquisição de bens e/ou serviços de consumo a partir da coleta e administração de recursos financeiros de terceiros (os consorciados), com a formação de uma poupança antecipada e que será atribuída, por vez, a cada um dos consorciados envolvidos, mediante sorteio ou contemplação. Pode-se dizer que o objetivo imediato de um grupo de consórcios é formar uma riqueza total que, a partir da contribuição de todos os consorciados, permita adquirir um único bem que será atribuído a um dos consorciados pelo sorteio ou por contemplação. Por isso, trata-se de uma ‘poupança programada’ formada com recursos originados de diversos consorciados” (Felipe Fernandes Ribeiro Maia, *O sistema de consórcio financeiro na Lei 11.795/2008*, in *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, n. 47, Revista dos Tribunais, 2010, p. 69).

³⁷⁰ Parecer sobre o *Sistema de Consórcio*, 2011, original gentilmente cedido pelo autor.

³⁷¹ Cf. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. V, Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 379.

2.3 Possibilidade de introdução legislativa no direito brasileiro de modelo geral de negócio fiduciário com patrimônio separado: o negócio de fidúcia

Já existiram tentativas, no Brasil, de se instituir normativa geral que regulamentasse a criação de patrimônio separado e, conseqüentemente, de titularidade fiduciária, pela autonomia privada, sob a justificativa de que tal possibilitaria a absorção dos principais efeitos do *trust* que o tornariam instituto tão versátil. É de se destacar, neste sentido, o Projeto de Lei nº. 3.362, de 1957, que buscava instituir o fideicomisso *inter vivos*. Eis a justificativa do aludido Projeto:

O nosso Código Civil prevê o fideicomisso em caso de morte, por testamento, e trata das fundações, mas estas não constituem instrumento apropriado para certas finalidades altruísticas, que, para serem melhor amparadas, precisam da instituição do fideicomisso inter-vivos, como segue o anexo Projeto de Lei, redigido pelo douto Consultor Jurídico do Ministério da Justiça e Negócios Interiores, Dr. Anor Butler Maciel. A instituição, tal como está delineada, foi colhida do direito anglo saxão. Dela disse Lepaulle – é o anjo da guarda do anglo-saxão; está na sua escola e em sua associação desportiva; segue-o de manhã à sua oficina; pela tarde no seu clube; está a seu lado aos domingos, seja na igreja, seja no comitê do seu grupo político; sustentará a sua velhice, até o último dia; valerá, depois, ao pé do seu túmulo, e projetará, sobre os seus netos, a sombra protetora das suas asas. (...). A excelência comprovada nos países anglo-saxões de um instituto dessa índole, para a realização de obras de assistência, aconselha a adoção do Projeto.³⁷²

Posteriormente, o Projeto de Código das Obrigações, de 1965, previu o Contrato de Fidúcia,³⁷³ apresentando em sua justificativa que:

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. (...). Por este contrato, uma pessoa recebendo de outra bens móveis ou imóveis presentes ou futuros, assume o encargo de administrá-los em proveito do instituidor ou de terceiro, mas com a livre disposição sem prejuízo do direito do beneficiário (art. 672). Requer forma escrita (art. 673), sendo obrigatório o instrumento público se recair em imóvel (art. 674). Falecido o fiduciário ou afastado da fidúcia, o imóvel inscrito em seu nome passa ao substituto. Para o bom desempenho do contrato, constituem patrimônio separado os bens dados em fidúcia, e serão administrados segundo as instruções do instituidor e, na falta destas, com a diligência do homem de negócios leal e honesto (art. 675). Responde o fiduciário pelos prejuízos que causar por negligência ou administração temerária, e, sendo mais de um, solidariamente (art. 677). O juiz destituirá o que faltar à fidelidade ou se incompatibilizar para a fidúcia pela defesa de

³⁷² Diário do Congresso Nacional, Seção I, Outubro de 1957.

³⁷³ “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” (Orlando Gomes, *Contrato de Fidúcia* ('trust'), cit., p. 12-13).

interesses opostos aos da administração ou do beneficiário (art. 678). Também ao juiz cabe designar o substituto do fiduciário, se o instituidor ou o sucessor deste não o fizer (art. 679). A administração fiduciária presume-se remunerada (art. 680), sendo lícito às instituições financeiras manter esse serviço, mediante aprovação dos órgãos competentes (art. 681). Extinta a fidúcia por revogação, vencimento do prazo, renúncia ou morte do fiduciário os bens reverterem de pleno direito ao instituidor ou seus sucessores, salvo se o contrato houver disposto, para a hipótese, a consolidação da propriedade no patrimônio do beneficiário (art. 683).³⁷⁴

O Anteprojeto de Código Civil (Orlando Gomes, 1963) previu a possibilidade de separação patrimonial nos seguintes termos:

Seção VI. Das coisas singulares e coletivas. Art. 348 – Patrimônio separado – Do patrimônio de uma pessoa pode ser separado um conjunto de bens ou direitos vinculados a um fim determinado, seja por mandamento legal, seja por destinação do titular.

O Anteprojeto revisto, de 1964, manteve a previsão:

Livro III. Do direito das coisas. Título I. Dos bens. Capítulo I. Das espécies de bens. Art. 332 – Patrimônio separado – Do patrimônio pode ser separado um conjunto de bens ou direitos vinculados a fim determinado, assim por mandamento legal como por destinação do titular.

Além disso, mais recentemente, Melhim Namem Chalhub apresentou anteprojeto de lei que busca regulamentar o contrato de fidúcia, com vistas a tentar incorporar, com apoio nos mecanismos da segregação patrimonial e da titularidade fiduciária, importantes efeitos do *trust*.³⁷⁵

No entanto, a despeito do prestígio de seus autores, nenhuma das propostas foi acolhida pelo legislador, de modo que se perpetua até hoje o já aludido quadro normativo fragmentado, no qual se verifica a adoção episódica do patrimônio separado e da titularidade

³⁷⁴ *Projeto de Código de Obrigações*, in *Comissão de Estudos Legislativos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores*, Serviço de Reforma de Códigos, 1965, p. XXII-XXIII.

³⁷⁵ Extraí-se da justificação do Projeto de Lei nº. 4.809/1998 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, 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”.

fiduciária, previstos especificamente para certas atividades, sem que sua criação pelos particulares goze de previsão geral.

Tendo em vista esse quadro fragmentado, mostra-se conveniente, com vistas não apenas a auxiliar uma melhor sistematização,³⁷⁶ como também para extrair as máximas potencialidades técnicas do patrimônio separado e da titularidade fiduciária, a introdução, no direito brasileiro, de instituto que, inspirado nos efeitos do *trust* referidos na Convenção de Haia, autorize, como fizeram outros ordenamentos da *civil law*, a criação, pelos particulares, de patrimônio separado para as mais diversas finalidades.

Neste trabalho, privilegia-se o termo *fidúcia* para designar o modelo legislativo que permite a criação, pelos indivíduos, de negócio fiduciário com patrimônio separado, a fim de se evitar qualquer confusão com a substituição fideicomissária prevista no âmbito do direito das sucessões.

A fidúcia assim concebida mostra-se perfeitamente compatível com o sistema jurídico pátrio que, de resto, já prevê institutos que se valem de seus principais efeitos. Por isso, se o legislador reputar oportuno, pode, aos moldes de outros ordenamentos, regulamentar a criação, pelos particulares, da titularidade fiduciária e do patrimônio separado, de modo a promover interesses valorados positivamente para os quais o ordenamento pátrio não reserva adequada tutela.³⁷⁷

2.3.1 O negócio de fidúcia

O negócio de fidúcia permitirá, mediante regulamentação legal, que os indivíduos criem hipóteses de titularidade fiduciária com patrimônio separado para a promoção de inúmeras finalidades. Além disso, as aplicações episódicas previstas em lei da titularidade

³⁷⁶ “Nessa matéria, nosso legislador enfrenta o que poderíamos chamar de um ‘problema de sinédoque’. Afinal, sem preocupações de sistematizar o instituto que se propôs a introduzir no direito brasileiro e movido pelo seu natural casuísmo (a busca de soluções para situações específicas e não para deficiências sistêmicas), tem-se perdido reiteradas oportunidades de conferir ao tema um tratamento adequado e fundado em valores e aspectos que são comuns às suas diversas espécies. Isto, por certo, em prol da segurança jurídica e da máxima efetividade social do instituto. Como resultado, perdeu-se um pouco em relação à compreensão de sua natureza jurídica e, mais importante, da sua dinâmica na vida social” (Raphael Manhães Martins, *A propriedade fiduciária no direito brasileiro: uma proposta para a construção dogmática do modelo*, in *Revista da Emerj*, vol. 13, n.º. 51, 2010, p. 132).

³⁷⁷ Cf. Orlando Gomes, *Contrato de Fidúcia ('trust')*, cit., p. 11; Melhim Namem Chalhub, *Trust: breves considerações sobre sua adaptação aos sistemas jurídicos de tradição romana*, in *Revista dos Tribunais*, vol. 790, agosto de 2001, p. 105-107.

fiduciária com patrimônio separado se reconduziriam ao negócio de fidúcia, do qual irradiaria a disciplina geral.

Nessa direção, a seguir se examinam os efeitos essenciais do negócio de fidúcia, que o tornam o equivalente funcional do *trust* previsto na Convenção de Haia, presentes em todas as hipóteses hoje casuisticamente previstas em lei.

2.3.1.1 Poderes e deveres do fiduciário

O fiduciário deve respeitar e promover o fim a que se destina o direito que titulariza.³⁷⁸ Por isso, possui o dever de, a partir dos poderes próprios da titularidade, perseguir o escopo para o qual o direito se encontra voltado. O sujeito não se mostra livre para praticar os atos que bem entender, mas, ao revés, deve atentar para a finalidade da afetação e buscar promovê-la da melhor maneira possível.³⁷⁹

Rememore-se que a finalidade unificadora da universalidade patrimonial segregada condiciona a conduta do sujeito que a titulariza, vez que, vale repisar, a titularidade não é, aqui, atribuída em atenção aos interesses do sujeito, mas para que seja alcançado o escopo do patrimônio especial.³⁸⁰ Tem o sujeito do patrimônio afetado, portanto, o poder-dever de agir para promover o fim que unifica aludido patrimônio. O poder decorre da atribuição da

³⁷⁸ “(...) il patrimonio separato non può essere distratto a fini diversi da quelli che gli sono propri (...)” (Francesco Messineo, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, cit., p. 385). V. tb. Augusto Pino, *Il Patrimonio Separato*, cit., p. 23-24.

³⁷⁹ Em relação ao fideicomisso argentino, acentua Jorge Roberto Hayzus que: “Con respecto a los deberes del fiduciario, las normas enfatizan un nivel de responsabilidad personal referido a un estándar especial – el de la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios –, llamado a asumir y cumplir de buena fe la misión encomendada, dentro de las circunstancias propias del contrato” (*Fideicomiso*, cit., p. 55).

³⁸⁰ “Les biens mis en fiducie sont en principe administrés dans un intérêt distinct de celui de la personne à qui ils se trouvent transmis. Aussi relèvent-ils d’un statut patrimonial un peu particulier, dans la mesure où ils constituent un patrimoine d’affectation séparé du patrimoine personnel du fiduciaire. La notion de patrimoine d’affectation recouvre deux éléments fondamentaux: un but, qui fonde l’affectation du patrimoine, et un maître, le droit français s’accommodant mal d’un droit sans titulaire. Toute la difficulté consiste à faire en sorte que les biens transférés au fiduciaire entrent dans son patrimoine sans qu’il considère pour autant qu’ils lui appartiennent définitivement, puisqu’il devra les restituer après les avoir conservés et gérés. Plutôt que de recourir à la technique sociétaire, consistant à créer une personne morale spécifiquement dévolue à la gestion d’un patrimoine fiduciaire, la plupart des pays qui ont adopté un régime de fiducie a choisi, pour lever cette difficulté, une organisation reposant sur la séparation des patrimoines du fiduciaire. Cette organisation présente un double avantage pour le bénéficiaire de la fiducie: d’une part, elle protège ses intérêts en évitant une confusion au sein du patrimoine du fiduciaire et, d’autre part, elle met l’actif fiduciaire à l’écart des revendications des créanciers personnels des parties au contrat de fiducie” (Assemblée Nationale, Rapport fait au nom de la Commission des Lois Constitutionnelles, de la Législation et de l’Administration Générale de la République sur la proposition de loi (n. 3385), adopté par le Sénat, instituant la fiducie, par Xavier de Roux, p. 6).

titularidade e o dever da funcionalização desta à realização do escopo do núcleo patrimonial autônomo.

Neste sentido, o titular do patrimônio afetado deve manter apartados os direitos que o integram dos seus bens pessoais. Há de abrir, a título ilustrativo, conta bancária própria para movimentar os recusos referentes à massa patrimonial autônoma.³⁸¹ Além disso, o fiduciário apenas pode dispor dos bens objeto da fidúcia se a alienação for pertinente ao fim a que se vincula.³⁸² Ou seja, os atos constitutivos, modificativos ou extintivos levados a cabo pelo titular do patrimônio especial só serão admitidos se voltados à realização da finalidade a que se destina tal patrimônio.

O objetivo da fidúcia é a realização da finalidade pretendida pelo fiduciante, 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 fiduciante, não há limitação apriorística à disposição dos bens, que deverá ser feita na medida necessária à promoção do fim. 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 objeto da fidúcia.

Vale salientar que o fiduciário é proprietário pleno, de maneira que se aliena o bem que titulariza fiduciariamente o terceiro adquire a propriedade plena, não limitada.³⁸³ O

³⁸¹ “Par conséquent, le *trustee* ne doit pas confondre les biens détenus en *trust* avec ses biens personnels. Semblablement, le fiduciaire ne peut mélanger ses biens propres de ceux dépendant de la fiducie. Les deux catégories de droits ne doivent pas être confondues, pas plus que des droits de différents patrimoines fiduciaires ne devraient être confondus entre eux. Le fiduciaire devra procéder à la mise en œuvre de tous moyens permettant d’empêcher une confusion entre les différents droits. Le fiduciaire pourra au besoin procéder à l’identification ou même à l’individualisation des différents types de droits selon le patrimoine duquel ils dépendent” (François Barrière, *La réception du trust au travers de la fiducie*, cit., p. 382).

³⁸² Melhim Namem Chalhub, *Negócio Fiduciário*, cit., p. 71-72; Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. V, cit., p. 379-380; João Gomes da Silva, *Herança e Sucessão por Morte*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2002, p. 147; Augusto Pino, *Il Patrimonio Separato*, cit., p. 115.

³⁸³ “Se cuestiona que el dominio fiduciario sea un verdadero derecho de dominio teniendo en cuenta que el fiduciario puede ser removido, que debe obrar en beneficio de otra persona, que percibe una retribución, que sus facultades para disponer de la cosa se encuentran restringidas, que los bienes fideicomitidos no pasan a sus herederos, etc. Se propone dotar de personalidad jurídica al patrimonio fideicomitado. Sin embargo, lo cierto es que la propia ley 24.441 le asigna ese carácter (dominio). Además, prescindiendo de las denominaciones legales, que no siempre son exactas, no puede soslayarse que el fiduciario puede disponer de la cosa (art. 17, ley 24.441); más aún, hará adquirir a los terceros el dominio pleno y no restringido, lo que revela sua condición de dueño. Justamente, gozar de esta facultad es lo que distingue al dominio de los demás derechos reales” (Claudio M. Kiper e Silvio V. Lisoprawski, *Tratado de Fideicomiso*, cit., p. 40). “No se transmite ‘la propiedad fiduciaria de bienes determinados’, que es lo que el fiduciario recibió, pues la calificación ‘fiduciaria’ de la propiedad está en cabeza de quien la tiene a los efectos del contrato. Los destinatarios finales de los bienes han de recibirlos en propiedad plena, dado que el fiduciante así lo quiso al designarlos beneficiarios. Éstos adquieren lo que les corresponde sin restricción ni limitación alguna. Tampoco serán los ‘bienes determinados’, pues éstos pueden haber cambiado por la propia evolución del activo fideicomitado, o pueden no estar más por haber sido distribuidos a los beneficiarios sobre la marcha” (Jorge Roberto Hayzus, *Fideicomiso*, cit., p. 52). E remata: “Sin desconocer la clasificación del Código Civil, que contempla el dominio desde otro ángulo, cabe afirmar que la

fiduciário, dessa forma, é proprietário de seus bens assim como dos bens objeto da fidúcia, de modo que é pleno titular do seu patrimônio particular e do patrimônio separado.³⁸⁴ Embora os poderes relativos à propriedade não se alterem, sendo estruturalmente os mesmos,³⁸⁵ o fiduciário deve exercer a propriedade dos direitos em fidúcia para promover a finalidade da afetação.

O patrimônio separado objeto da fidúcia, a despeito de ser titularizado pelo fiduciário, fica blindado das pretensões que não se relacionam com o fim a que se destina. Por tal razão, os credores pessoais, cônjuge e herdeiros do fiduciário não têm qualquer pretensão sobre aludido patrimônio de afetação. Retira-se por completo, assim, o foco subjetivista da relação de pertença, em prol da análise objetivista do fim a que se destina a universalidade patrimonial autônoma.³⁸⁶

2.3.1.2 Sucessão de fiduciários. Relevância do fim e não da mutação subjetiva. O exemplo do Fundo de Investimento Imobiliário

O fiduciário deve servir, conforme se ressaltou, ao fim a que se destina o direito que lhe foi atribuído fiduciariamente. Dessa maneira, a substituição do fiduciário, salvo se assim

propiedad ‘a título fiduciario’ no es en modo alguno ‘imperfecta’, pues debe ser respectada por el fiduciante, por el beneficiario y por los terceros” (Jorge Roberto Hayzus, *Fideicomiso*, cit., p. 55).

³⁸⁴ “In a Scottish trust there is separation of patrimony without separation of personality; and from this fundamental idea many of the consequences of trust flow. In a trust, assets are held by a trustee for the benefit of a beneficiary. By ‘held’ is meant owned: the only real right encountered in trusts is the real right of ownership which is vested in the trustee. A trustee therefore has assets of two distinct types. On the one hand there are his private assets, the assets to which he is beneficially entitled; and on the other hand there are the assets which are held in trust. Two sets of assets means two separate patrimonies (or ‘estates’, to use the word more commonly found in the legal literature of Scotland). But both patrimonies are held by the same person, and from the point of view of property law the ownership of the trust assets is no different from the ownership of the private assets. Each patrimony forms a separate and exclusive fund. A creditor of one patrimony has no claim against assets which form part of the other patrimony. If an asset is sold or exchanged, the proceeds of the sale or exchange are allocated to the patrimony from which the asset was taken” (K.G.C. Reid, *National report for Scotland*, in D.J. Hayton, S.C.J.J. Kortmann, H.L.E. Verhagen, *Principles of European trust law*, vol. 1, Kluwer Law International, 1999, p. 68).

³⁸⁵ “Toujours, selon la doctrine majoritaire, le fiduciaire est le véritable et seul titulaire du droit patrimonial transféré, aussi bien sur le plan formel que matériel. Le fait que, dans la fiducie-gestion, le fiduciaire soit investi d’une titularité dont il ne tire aucun avantage direct, n’atténue en rien le caractère plein et entier de cette titularité, que ce soit à l’égard des tiers, qui peuvent et doivent le considérer comme seul propriétaire, créancier ou actionnaire, ou à l’égard du fiduciant lui-même. Le fiduciaire a ainsi le pouvoir de disposer de la chose et peut l’aliéner valablement ou la grever de droits réels limités, par exemple la constituer en nantissement. Peu importe en principe que l’acquéreur connaisse ou non l’existence du rapport fiduciaire” (Jean-Philippe Dunand, *Le transfert fiduciaire: donner pour reprendre*, cit., p. 22).

³⁸⁶ Augusto Pino, *Il Patrimonio Separato*, cit., p. 56.

se determinar, não impacta a função a ser desempenhada pelo patrimônio especial e, por isso mesmo, não repercute na disciplina aplicável à concreta situação de afetação.³⁸⁷

A título ilustrativo, cabe destacar o fundo de investimento imobiliário, regulado pela Lei nº. 8.668, de 25 de junho de 1993, do qual se tratou no item 2.2.1 deste capítulo. Como se destacou, atribui-se à administradora do fundo a propriedade fiduciária³⁸⁸ dos bens objeto do investimento, de forma a viabilizar a eficiente administração dos recursos captados para o fundo.

Em atenção ao fato de que a titularidade do patrimônio separado por parte da administradora do fundo é funcionalizada ao escopo que o unifica, o legislador, no art. 11, § 4º, da Lei nº. 8.668/1993, determinou que a “sucessão da propriedade fiduciária de bem imóvel integrante de patrimônio de Fundo de Investimento Imobiliário não constitui transferência de propriedade”.

Não importa, com efeito, quem é o titular, vez que este é instrumental ao fim, de sorte que a mudança do sujeito de direito não atrai as normas de transmissão da propriedade, precisamente pela desimportância da mutação subjetiva. Por outras palavras, na medida em que a titularidade é para a realização do escopo e não para a promoção dos interesses do

³⁸⁷ “(...) 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*” (Maurizio Lupoi, *Il trust nel diritto civile*, cit., p. 242). “If a trustee dies, his private patrimony passes to his heirs and is broken up, while the trust patrimony lives on, in the hands of a new trustee” (K.G.C. Reid, *National report for Scotland*, cit., p. 69). V. tb. Andrea Mazzieri, Gianfranco Napolitano, Diego Napoletano, *Il ‘Project Financing’*, cit., p. 87; Joaquín de Arespachaga, *El trust, la fiducia y figuras afines*, cit., p. 33. No âmbito do direito argentino, Claudio M. Kiper e Silvio V. Lisoprawski ensinam que: “La ley 24.441, con el propósito de proteger los bienes fideicomitidos para el cumplimiento de la finalidad del fideicomiso, estructura un sistema que gira en torno a varios ejes: la posibilidad de sustituir al fiduciario sin que se extinga el contrato de fideicomiso sino que continúe por medio de un fiduciario sustituto, el tratamiento de los bienes fideicomitidos como patrimonio separado y la exclusión del fideicomiso del régimen general de la quiebra (art. 16), previendo un régimen de liquidación particular que trataremos más adelante” (*Tratado de Fideicomiso*, cit., p. 161). V. tb. Jorge Roberto Hayzus, *Fideicomiso*, cit., p. 183. Ao propósito, cf. o art. 10 da lei argentina 24.441/1994: “Producida una causa de cesación del fiduciario, será reemplazado por el sustituto designado en el contrato o de acuerdo al procedimiento previsto por él. Si no lo hubiere o no aceptare, el juez designará como fiduciario a una de las entidades autorizadas de acuerdo a lo previsto en el artículo 19. Los bienes fideicomitidos serán transmitidos al nuevo fiduciario”. No direito francês, cf. o art. 2027 do Código Civil: “En l'absence de stipulations contractuelles prévoyant les conditions de son remplacement, si le fiduciaire manque à ses devoirs ou met en péril les intérêts qui lui sont confiés ou encore s'il fait l'objet d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, le constituant, le bénéficiaire ou le tiers désigné en application de l'article 2017 peut demander en justice la nomination d'un fiduciaire provisoire ou solliciter le remplacement du fiduciaire. La décision judiciaire faisant droit à la demande emporte de plein droit dessaisissement du fiduciaire originaire et transfert du patrimoine fiduciaire en faveur de son remplaçant”.

³⁸⁸ Cabe, neste passo, transcrever a seguinte lição de Melhim Namem Chalhub: “(...) a transmissão da propriedade, quando se faz em caráter fiduciário, não tem como causa a troca de uma coisa pelo seu equivalente em dinheiro, mas apenas constitui um veículo para consecução de outros negócios de natureza fiduciária, como é o caso da propriedade fiduciária dos bens das carteiras dos fundos de investimento imobiliário, no direito brasileiro” (*Trust*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 106).

titular, a mudança deste não é relevante, haja vista o escopo permanecer inalterado. O fim assume papel proeminente na qualificação jurídica e na individuação da disciplina aplicável.

Por derradeiro, oportuno notar que, em razão da importância do escopo, não raro o fiduciário atua “em nome” da massa patrimonial que administra, de modo a ressaltar que sua atuação está vinculada a um dado fim, não já uma indevida personificação dos bens afetados.³⁸⁹

2.3.1.3 Oponibilidade da fidúcia

Percebe-se uma progressiva atribuição de eficácia ao negócio fiduciário, que pode ser protegido no âmbito da disciplina do inadimplemento das obrigações, pode ser tutelado de maneira *erga omnes* quando presente condição resolutiva e, ainda, pode contar com a técnica da separação patrimonial, que segrega os bens objeto do negócio fiduciário do patrimônio particular do fiduciário. Nesta última hipótese, configura-se a fidúcia.

2.3.1.3.1 Em relação aos credores pessoais do fiduciário

Os credores pessoais do fiduciário apenas podem executar os bens que integram o patrimônio geral deste. Com efeito, na medida em que os bens em fidúcia formam patrimônio separado, apenas as dívidas que se relacionam ao escopo da afetação podem ter como garantia os elementos que o integram, sob pena de se desvirtuar a finalidade que o unifica.

2.3.1.3.2 Em relação aos herdeiros do fiduciário

³⁸⁹ “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* ‘Rockefeller’, a meno che uno debba stipulare un contratto con essi: in questi casi, i *trustee* mutano nel tempo, è il patrimonio che rimane” (Maurizio Lupoi, *Il trust nel diritto civile*, cit., p. 244). V. tb. Pierre Lepaulle, *Traité Théorique et Pratique des Trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, cit., p. 50; Sergio Rodríguez-Azuero, *La fiducie en Amérique latine: une expérience étonnante*, cit., p. 115.

Os herdeiros do fiduciário, da mesma forma, não têm qualquer pretensão, pela mera condição de herdeiros, aos bens integrantes de patrimônio separado objeto da fidúcia. Diferentemente do que ocorre com o negócio fiduciário sem patrimônio de afetação, os bens objeto da fidúcia sequer integrarão a herança, permanecendo apartados do patrimônio geral do *de cuius* e, por conseguinte, alheios aos trâmites próprios do processo de inventário.

2.3.1.3.3 Em relação ao cônjuge do fiduciário

Da mesma forma que os herdeiros, o cônjuge, independentemente do regime de bens, não pode ter qualquer pretensão sobre o patrimônio segregado objeto da fidúcia, nem tampouco se afigura necessária sua anuência para os atos de disposição levados a cabo pelo fiduciário. Cuida-se de bens que, por não integrarem o patrimônio geral do fiduciário, não se sujeitam a qualquer pretensão do seu cônjuge e muito menos às regras protetivas do patrimônio da família, que apenas se justificam para o patrimônio particular do fiduciário.

2.3.1.3.4 Em relação aos terceiros de má-fé

Os terceiros a que aludem este e o próximo item são aqueles com quem o fiduciário, nesta qualidade, entabula negócios jurídicos relativos ao objeto da fidúcia.

No que concerne aos terceiros de má-fé valem as mesmas observações efetuadas para o negócio fiduciário tal como hoje configurado no ordenamento brasileiro (v. item 1.4.5 do capítulo 1).

2.3.1.3.5 Em relação aos terceiros de boa-fé

O fiduciário, vale repisar, tem, salvo estipulação em contrário do constituinte, plena discricionariedade e liberdade na gestão empreendida, sempre com vistas a promover o

escopo da afetação patrimonial. Pode, nesta esteira, alienar os bens em fidúcia quando reputar conveniente para alcançar os fins colimados.

Todavia, o fiduciário pode violar seus deveres e praticar um ato de disposição contrário ao escopo da fidúcia ou às restrições estabelecidas pelo fiduciante. Neste caso, em razão de sua condição de proprietário pleno,³⁹⁰ não pode o terceiro de boa-fé sofrer as consequências da invalidação do ato.³⁹¹ O negócio dispositivo, assim, mantém-se hígido, devendo, contudo, o fiduciário arcar com as perdas e danos decorrentes do indevido negócio celebrado.³⁹²

2.3.1.4 Natureza dos direitos do beneficiário.

Em virtude do tipo de tutela conferida pela *equity* aos beneficiários,³⁹³ parte da doutrina atribuiu ao instituto do *trust* a característica de ocasionar um desmembramento do

³⁹⁰ “Las obligaciones primordiales del fiduciario consisten en obrar de conformidad con los fines del fideicomiso y ejercer con prudencia las facultades que le han sido otorgadas. A él le incumbe decidir qué hacer y hasta dónde llegar en sus relaciones con terceros. Ante éstos, el fiduciario se manifiesta como dueño, por lo cual no necesita justificar la congruencia de sus actos con el contrato que le confirió ese carácter, pero sí debe manifestar en todo momento que está obrando como fiduciario” (Jorge Roberto Hayzus, *Fideicomiso*, cit., p. 176-177).

³⁹¹ “Le fiduciaire est réputé, vis-à-vis des tiers de bonne foi, disposer des pouvoirs les plus étendus sur les biens transférés. La seule connaissance de la fiducie ne suffira pas à mettre en cause l’étendue de cette présomption de pouvoirs; des éléments supplémentaires seront nécessaires. Cette règle permettra de protéger les tiers qui traiteront avec le fiduciaire” (Exposé des motifs de loi instituant la fiducie, présentée par Philippe Marini, p. 9). “Es importante afirmar la validez de los actos del fiduciario, para que los terceros no se sientan inhibidos de tratar con él por recelo a la institución del fideicomiso. En principio, aquéllos están protegidos respecto de la eventual impugnación de los actos celebrados por el fiduciario en su carácter de tal, pues el contrato es *res inter alios acta* y los únicos que pueden alegar su incumplimiento son el fiduciante y los beneficiarios, a quien sólo les asiste el derecho de reclamar daños y perjuicios al fiduciario, salvo que el tercero haya participado con mala fe en el acto impugnado” (Jorge Roberto Hayzus, *Fideicomiso*, cit., p. 178).

³⁹² “(...) para la ley hay un único dueño y ése es – por todo el tiempo de duración del contrato – el fiduciario. Los beneficiarios demandan de él cierto comportamiento y ciertas prestaciones que involucran a los bienes fideicomitados, pero sus derechos respecto de éstos se definen estrictamente en términos de lo que dispone el contrato acerca de cuándo y cómo los han de recibir. Por consiguiente, los beneficiarios carecen de ‘acción real’ en defensa de su interés. Pueden reclamar daños y perjuicios pero no pueden reivindicar una cosa enajenada por el fiduciario en violación de sus deberes” (Jorge Roberto Hayzus, *Fideicomiso*, cit., p. 143-144).

³⁹³ “O Chanceler, diante da carência da *common law*, foi solicitado para intervir, quando o *trustee* não agia segundo a confiança que nele havia sido depositada pelo constituinte do *trust* e quando, contrariamente à consciência, não explorava os bens no interesse dos *cestuis que trust*. O Chanceler deu, neste caso, ao *trustee* a ordem de respeitar os compromissos previstos no ato constitutivo do *trust* de agir desta ou daquela maneira, prescrita pelo tribunal, sob ameaça de uma sanção: o *trustee* será preso, ou os seus bens serão colocados sob penhora, se não obedecer à ordem que lhe foi dada pelo Chanceler. De fato, a ameaça desta sanção será efetiva, e o *trustee* agirá como o Tribunal da Chancelaria lhe tiver prescrito para agir. Não está, entretanto, reduzido à condição de um representante. *Equity follows the law*: o *trustee* continua, na concepção inglesa, a ser um proprietário. Esta qualidade surge claramente se se considerar a extensão dos poderes que lhe pertencem nos bens constituídos em *trust*: estes poderes não são apenas de administração, são plenos poderes de disposição. O *trustee* pode vender ou mesmo dar os bens constituídos em *trust*; estes atos de disposição são, em direito,

domínio em formal e substancial, de tal sorte que a propriedade formal ficaria a cargo do *trustee* ao passo que o domínio substancial seria atribuído aos beneficiários.³⁹⁴

O desmembramento do domínio em formal e substancial mostra-se, contudo, incompatível com o princípio da exclusividade da propriedade, basilar em países da tradição romano-germânica,³⁹⁵ de modo que esta leitura do *trust* dificulta sobremaneira — senão impossibilita de todo — a tentativa de sua incorporação pelos ordenamentos da *civil law*.³⁹⁶

plenamente válidos; a propriedade dos bens é por eles transmitida ao adquirente. Contudo, a *equity*, no caso de alienação dos bens constituídos em *trust*, intervém de dupla maneira, tornando efetivo um princípio de sub-rogação, ora real, ora pessoal. Se o *trustee* alienou a título oneroso os bens constituídos em *trust*, o que recebe em contrapartida é sub-rogado a esses bens; o *trustee* será, de futuro, considerado como *trustee* das somas provenientes da sua venda, ou dos bens adquiridos com o produto dessa venda. Em segundo lugar, se o terceiro adquirente dos bens os adquiriu a título gratuito ou se é um adquirente de má fé (ele sabia ou devia saber que o *trustee* não devia, segundo o ato constitutivo do *trust*, dispor dos bens como o fez), esta circunstância não impede que a propriedade dos bens passe para o adquirente; mas considerar-se-á que o adquirente, tornado proprietário legal (*at law*) dos bens, é ao mesmo tempo o *trustee* e deve, por sua vez, explorá-los no interesse dos beneficiários do *trust*” (René David, *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, cit., p. 317). V. tb. Mario Petrucci e Francesco Rubino, *Il trust*, cit., p. 18.

³⁹⁴ Cf., no sentido de que o *trust* encerra divisão do direito de propriedade: “O ‘trust’ (...) implica uma divisão do direito de propriedade, da qual surge a titularidade legal, atribuída ao ‘trustee’, e a titularidade eqüitativa ou beneficiária (‘beneficial’ ou ‘equitable ownership’), tocando ao beneficiário” (Eduardo Salomão Neto, *O trust e o direito brasileiro*, cit., p. 79). “Jurídicamente, la institución del *trust* descansó desde sus orígenes en un desdoblamiento de la titularidad del bien, separando la propiedad legal o formal de la propiedad material o bonitaria, como hemos visto. Esta segregación se fundamentó en la originaria dualidad del ordenamiento inglés que distingue entre el Derecho del *Common Law* y el Derecho de equidad (*equity law*), de tal manera que la propiedad legal o formal estuvo sometida al *Common Law*, mientras que la material o de goce se amparaba en la *equity*. Esto, en términos prácticos, implicaba que la titularidad del fiduciario se protegía por los tribunales del *Common Law*, mientras que el derecho de propiedad del beneficiario (‘Cestui que trust’) se sometía a los tribunales de equidad, conviviendo estas dos jurisdicciones paralelas y, a su vez, complementarias” (Joaquín de Arespachoga, *El trust, la fiducia y figuras afines*, cit., p. 29-30). V. tb. Judith H. Martins Costa, *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; Arnoldo Wald, *Algumas considerações a respeito da utilização do ‘trust’ no direito brasileiro*, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 99, ano XXXIV, julho-setembro 1995, p. 110; J. Renato Corrêa Freire, *Negócio Jurídico Fiduciário — Fidúcia: uma forma brasileira de ‘trust’?*, in *Revista dos Tribunais*, vol. 411, ano 59, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 27; Nicolás Malumián, Adrián G. Diplotti e Pablo Gutiérrez, *Fideicomiso y Securitización. Análisis Legal, Fiscal y Contable*, cit., p. 12; Sizino Rodrigues, *Os ‘trusts’ em face do direito brasileiro*, cit., p. 45; César Fiúza, *Alienação Fiduciária em Garantia*, Rio de Janeiro: AIDE, 2000, p. 23-25; Orlando Gomes, *Contrato de Fidúcia (‘trust’)*, in *Revista Forense*, vol. 211, ano 62, julho-agosto-setembro de 1965, p. 12.

³⁹⁵ Na lição de Darcy Bessone: “Indica-se, como nota característica da propriedade, também, a *exclusividade*, no sentido de que não pode haver incidência de dois domínios sobre a mesma coisa. Não se concebe que se exercitem, simultaneamente, dois direitos diversos de propriedade sobre a mesma coisa. Não seria possível a conciliação de interesses nesse dualismo. A propriedade é, pois, exclusiva” (*Direitos Reais*, cit., p. 77). De maneira expressiva, ressalta Miguel Maria de Serpa Lopes: “A própria intuição mostra o rigor lógico dessa regra: sobre a mesma coisa não pode haver mais de um domínio. Já N. S. Jesus Cristo dizia no Evangelho: *ninguém pode servir a dois senhores*. Assim, na propriedade” (*Curso de Direito Civil: direito das coisas: princípios gerais, posse, domínio e propriedade imóvel*, vol. VI, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001, p. 309).

³⁹⁶ V. Saverio Bartoli, *Il Trust*, cit., p. 97. “Y a-t-il un obstacle d’ordre absolument général qui interdise, soit la constitution de *trusts* en France, soit la reconnaissance des *trusts* constitués à l’étranger? On l’a soutenu en disant que l’essence du *trust* est une distinction entre le ‘legal title’ et ‘l’equitable title’, ce qui constitue une forme de propriété inconnue chez nous, et par conséquent inadmissible en vertu de l’article 543 du code civil. (...). L’argument en effet pêche par la base: l’essence du *trust* n’est pas, nous croyons l’avoir démontré, une forme nouvelle de propriété: c’est l’affection à un but déterminé. La véritable et la seule question qui se pose est donc de savoir si la notion de patrimoine affecté est, en soi, contraire à nos principes juridiques. Nous avons, semble-t-il, prouvé non seulement que rien ne s’oppose à l’admission de cette notion dans notre droit mais encore qu’elle y

O propagado desmembramento do domínio em formal e substancial não capta a essência do fenômeno. Com efeito, o *trustee* pode, desde que para atender ao fim do *trust*, alienar livremente os bens que lhe foram confiados, sem que os beneficiários possam se opor a tal alienação ou perseguir os bens transmitidos. Fossem os beneficiários proprietários substanciais, já não poderia o *trustee* transferir a propriedade plena sem sua anuência. Não é, todavia, isso o que ocorre, a corroborar a inexistência de qualquer pretensão real por parte dos beneficiários.³⁹⁷ A dinâmica de funcionamento do *trust*, aliada à tutela conferida aos beneficiários, denota que o direito destes é pessoal.³⁹⁸

A execução específica assegurada aos beneficiários na *common law* diante de terceiro de má-fé ou a título gratuito³⁹⁹ não pode ser confundida com direito real. Fosse direito real, pouco importaria a fé do terceiro ou a natureza gratuita do ato.⁴⁰⁰

est effectivement admise. Il semble donc que rien ne s'oppose même à la constitution d'un *trust* en France, entre Français" (Pierre Lepaulle, *Traité Théorique et Pratique des Trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, cit., p. 353-354).

³⁹⁷ "The fact that assets can be alienated free from the trust is fully consistent with with the idea of the trust right as a personal right" (K.G.C. Reid, *National report for Scotland*, cit., p. 73). Ainda em suas palavras: "The trustee really does own the property. The restriction imposed by the trust is obligatory only" (K.G.C. Reid, *National report for Scotland*, cit., p. 72).

³⁹⁸ Neste sentido, v. Saverio Bartoli, *Il Trust*, cit., p. 98-104; Mario Petrulli e Francesco Rubino, *Il trust*, cit., p. 63; Giacomo Porcelli, *Successioni e Trust*, cit., p. 114-115; Maurizio Lupoi, *Il trust nel diritto civile*, cit., p. 20-21; Roberta Montinaro, *Trust e negozio di destinazione allo scopo*, cit., p. 132-134; Jacques Beaulne, *Droit des fiducies*, Montréal: Wilson & Lafleur, 2005, p. 226; Exposé des motifs de loi instituant la fiducie, présentée par Philippe Marini, p. 4; Jorge Roberto Hayzus, *Fideicomiso*, cit., 143-144; François Barrière, *La réception du trust au travers de la fiducie*, cit., p. 487; George Gretton, *Scotland: the evolution of the trust in a semi-civilian system*, in *Itinera Fiduciae*, edited by Richard Helmholz e Reinhard Zimmermann, Berlin: Duncker & Humblot, p. 509-510. "On accepte que le bénéficiaire n'a pas un nouveau droit réel à exercer, qu'il n'a que des droits personnels contre le fiduciaire" (Sergio Rodríguez-Azuero, *La fiducie en Amérique latine: une expérience étonnante*, cit., p. 114). "In the civil law trust used in Scotland the rith of a beneficiary is characterized as a personal right only" (K.G.C. Reid, *National report for Scotland*, cit., p. 69). "El referido derecho a los beneficios de una cosa es un derecho personal, no un derecho real, pues la ley no le ha dado este carácter. La posesión y el dominio de la cosa los tiene el fiduciario. No hay aquí desmembración alguna del derecho de propiedad" (Claudio M. Kiper e Silvio V. Lisoprawski, *Tratado de Fideicomiso*, cit., p. 418). "Par la conclusion du contrat fiduciaire, le constituant transfère les droits et les choses mobilières au fiduciaire, qui en acquiert la pleine titularité. S'il transmet ces mêmes droits à un tiers, même à titre gratuit, ce dernier devient alors à son tour propriétaire. Par voie de conséquence, le constituant et le bénéficiaire ne peuvent exciper que de droits de nature personnelle, sous forme d'une créance de restitution" (Assemblée Nationale, Rapport fait au nom de la Commission des Lois Constitutionnelles, de la Législation et de l'Administration Générale de la République sur la proposition de loi (n. 3385), adoptée par le Sénat, instituant la fiducie, par Xavier de Roux, p. 6).

³⁹⁹ "When part of the trust fund is wrongly transferred by the trustee to a third party, who is a donee or who is not an acquirer for value in good faith, then the dedication of such property for the benefit of particular beneficiaries or for furthering particular purposes may be recognized by the transferee being ordered in some jurisdictions to pay compensation for the value received. However, a common law jurisdiction will go further and compel such a transferee to hold the property or any property representing such property for the benefit of the particular beneficiaries or purposes: it regards such transferee as always having owned such property as a trust fund that was never part of his private patrimony" (D.J. Hayton, S.C.J.J. Kortmann, H.L.E. Verhagen, *Principles of European trust law*, vol. 1, Kluwer Law International, 1999, p. 42). "Le suivi (*tracing*) n'est cependant pas permis en toutes hypothèses. Le *tracing* n'est pas permis contre un tiers-aquéreur de bonne foi" (François Barrière, *La réception du trust au travers de la fiducie*, cit., p. 489).

⁴⁰⁰ "Le principal argument tiré au soutien de la nature réelle des droits du *cestui que trust* est notamment la possibilité pour le *cestui que trust* de 'suivre' (*trace*) les choses transmises par le *trustee* à un tiers. Le droit de

Neste passo, cabe destacar que há doutrinadores que divergem da perspectiva segundo a qual o *trust* acarreta divisão da propriedade em formal e substancial, sustentando, ao revés, que o *trust* tem como elemento essencial a segregação patrimonial, não já o desmembramento do domínio.⁴⁰¹

Tal entendimento, que vai ao encontro do estabelecido na Convenção de Haia, afigura-se animador na busca pela incorporação, ainda que parcial, dos principais efeitos do *trust* pelo Brasil, pois o mecanismo da segregação patrimonial não é incompatível com nenhum princípio basilar do ordenamento pátrio. Ao contrário, o legislador brasileiro tem cada vez mais se utilizado do patrimônio separado para a promoção de inúmeros interesses. Confira-se a lição da doutrina especializada:

“(…) a essência do *trust* não é (…) uma nova forma de propriedade: é a afetação a um fim determinado”.⁴⁰²

suite étant un attribut du droit réel, il en est déduit la nature réelle du droit du *cestui que trust*. Ce raisonnement est sujet à au moins deux critiques. Premièrement, il se fonde sur le régime pour obtenir une qualification, alors que c'est la qualification qui doit entraîner le régime. Deuxièmement, le droit réel est opposable *erga omnes*. Or, ce n'est pas le cas du droit du *cestui que trust*. En effet, le tiers qui acquiert le droit, moyennant contrepartie et sans avoir eu connaissance de l'existence d'un *trust*, ne peut se voir opposer un quelconque droit de suite. Le tiers acquéreur à titre onéreux et de bonne foi reçoit la propriété légale (*legal ownership*), non grevée d'une propriété équitable (*equitable ownership*) ou sujette à un éventuel droit de suite. Les droits en *equity* ne sont opposables qu'au *trustee* originaire, à l'acquéreur à titre gratuit, et contre ceux qui acquièrent en connaissance du *trust*. Cette liste est exhaustive” (François Barrière, *La réception du trust au travers de la fiducie*, cit., p. 478). No Brasil, pacificou-se o entendimento de que a boa-fé não pode ser oposta ao proprietário em caso de alienação a *non domino*, daí a grande diferença entre o pagamento indevido (feito pelo dono) e a transmissão a *non domino*. Confira-se autorizada doutrina: “O terceiro de boa fé, que, confiado nos assentos do registro imobiliário, contrata a título oneroso ou gratuito, sobre a aquisição de um imóvel ou de direito real sobre ele, não adquire, com a sua transcrição ou inscrição, o domínio ou o direito real, se o alienante, que figura, ali, como titular, não é na realidade: a aparência do registro cede passo à verdadeira situação jurídica” (José Soriano de Souza Neto, *Publicidade material do registro imobiliário: efeitos da transcrição*, Recife, 1940, p. 201). Cf. tb. João Carlos Pestana de Aguiar Silva, *Registro de Imóveis*, in *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara*, n. 22, Rio de Janeiro, 1970, p. 84-85. V. tb. STF, RE 85223, 1ª Turma, Rel. Min. Soares Muñoz, julg. 9.10.1979. O Código Civil em vigor acolheu inequivocamente tal orientação ao prescrever, no parágrafo único do art. 1.247, que, uma vez cancelado o registro do título da alienação a *non domino*, “poderá o proprietário reivindicar o imóvel, independentemente da boa-fé ou do título do terceiro adquirente”. Em comentário a tal dispositivo, a doutrina destaca que “a proteção do terceiro de boa-fé foi tema de extensa discussão doutrinária, que se consolidou no afastamento da proteção, ao menos com eficácia real, ao terceiro adquirente em vendas a *non domino*, efetuadas com base nas informações, posteriormente demonstradas incorretas, fornecidas pelo Cartório de Registro de Imóveis, a despeito da sua fé pública” (Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes *et al.*, *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*, vol. III, Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 540).

⁴⁰¹ “Nous croyons en effet avoir démontré que le *trust* se définit en fonction de la notion de patrimoine et non de celle de propriété” (Pierre Lepaulle, *Traité Théorique et Pratique des Trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, cit., p. 146).

⁴⁰² No original: “(…) l'essence du *trust* n'est pas (...) une forme nouvelle de propriété: c'est l'affection à un but déterminé” (Pierre Lepaulle, *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*” (Pierre Lepaulle, *Traité Théorique et Pratique des Trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, cit., p. 213).

(...) toda definição do *trust* como repartição de direitos entre *trustee* e *cestui* ou como uma relação jurídica *trustee-cestui-settlor* é certamente falsa, já que não se pode definir a essência de uma instituição como uma série de relações entre três pessoas, quando nenhuma delas é essencial à sua existência. Com efeito, o *settlor* jamais existe no *constructive trust*; o *trustee* pode não ter sido designado, sem que tal omissão prejudique a existência ou a validade do *trust*; em inúmeros *trusts* não há beneficiários. (...). A única maneira de abordar o problema consiste evidentemente em procurar os elementos essenciais à formação e à vida do *trust*. Ora, tais elementos são dois: um patrimônio distinto e uma afetação.⁴⁰³

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 retransferir; 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 primeiro 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. (...). Um sujeito recebe uma quantia que não lhe compete: a quantia lhe pertence, mas não ‘beneficially’. Um sujeito deposita uma quantia para quem, após entendimento entre os dois, deverá destiná-la para um determinado escopo (que se demonstrará impossível): o segundo sujeito torna-se proprietário da quantia, mas não ‘beneficially’. O que vê o Equity que o direito comum não vê? Em ambos os casos é óbvio que a soma deverá ser restituída, tanto no direito inglês, quanto no italiano; nos dois casos e nos dois ordenamentos, porém, a obrigação de restituição pode tornar-se praticamente incoercível, e é neste momento que intervém o ponto de vista do Equity. O obrigado à restituição pode falir, a soma pode ser agredida por qualquer outro dos seus credores, ele poderia ser credor do outro sujeito e portanto operar uma compensação legal; e por aí vai. Aos olhos do Equity todas estas possibilidades são contrárias às normas de consciência: confundir as somas no patrimônio de quem as recebeu nas supracitadas circunstâncias significa subverter a hierarquia dos interesses a serem protegidos. (...) Do bem infungível ao bem fungível, do direito real ao direito de crédito, o Equity não põe os direitos do ‘proprietário equitativo’ no âmbito real (para usar uma terminologia civilística): o objeto do direito pertence ao sujeito obrigado, está no seu patrimônio, mas ali fica

⁴⁰³ No original: “(...) toute définition du *trust* comme une répartition de droits entre *trustee* et *cestui*, ou comme une relation juridique *trustee-cestui-settlor* est certainement fautive, car on ne peut pas définir l’essence d’une institution comme une série de rapports entre trois personnes, alors qu’aucune des trois n’est essentielle à son existence. En effet, le *settlor* n’existe jamais dans le *constructive trust*; le *trustee* peut n’avoir point été désigné sans que cette omission nuise ni à l’existence, ni à validité du *trust*; quant au bénéficiaire, il n’existe pas dans très nombreux *trusts*. (...) La seule façon d’aborder le problème consiste évidemment à rechercher quels sont les éléments essentiels à la formation et à la vie du *trust*. Or ces éléments sont au nombre de deux: un patrimoine distinct et une affectation” (Pierre Lepaulle, *Traité Théorique et Pratique des Trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, cit., p. 25-26). “Le *trustee* est évidemment essentiel au fonctionnement du *trust* puisqu’il faut bien qu’une volonté exerce les droits qui constituent le patrimoine affecté, mais il n’est pas nécessaire à sa validité: si aucun *trustee* n’a été désigné dans l’acte constitutif ou si celui qui a été choisi ne peut pas, pour une raison quelconque, remplir sa mission, le tribunal se contentera d’en nommer un. C’est normal, puisque affectation et patrimoine sont les seuls éléments essentiels au *trust* et que la volonté du *trustee*, indispensable à l’exercice des droits, n’est nullement nécessaire à leur existence” (Pierre Lepaulle, *Traité Théorique et Pratique des Trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, cit., p. 181).

protegido de qualquer pretensão conflitante à espera que ele, espontaneamente ou em observância de uma ordem de justiça, o transfira ou re-transfira para aquele ao qual é devido (...). Colocar o ‘proprietário equitativo’ no nível de ‘proprietário’ (uso ainda uma terminologia civilística) nasce, portanto, de um erro de perspectiva: ‘proprietary’ é o efeito, não o objeto da tutela.⁴⁰⁴

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.⁴⁰⁵

⁴⁰⁴ 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. (...) Un soggetto riceve una somma che non gli spetta: la somma gli appartiene, ma non “beneficially”. Un soggetto versa una somma a chi, per intesa fra i due, dovrà destinarla a un certo scopo (che si paleserà impossibile): il secondo soggetto diviene proprietario della somma, ma non “beneficially”. Cosa vede l’Equity che il diritto comune non vede? In entrambe le fattispecie è ovvio che la somma dovrà essere restituita, tanto in diritto inglese che in diritto italiano; in entrambe le fattispecie e in entrambe gli ordinamenti, però, l’obbligazione di restituzione può divenire praticamente incoercibile ed è qui che interviene il punto di vista dell’Equity. L’obbligato alla restituzione può fallire, la somma può essere aggredita da un qualsiasi suo altro creditore, egli potrebbe essere creditore dell’altro soggetto e quindi operare una compensazione legale; e così via. Agli occhi dell’Equity tutte queste evenienze sono contrarie alle norme di coscienza: confondere le somme nel patrimonio di chi le ha ricevute nelle anzidette circostanze significa sovvertire la scada degli interessi da proteggere. (...) Dal bene infungibile al bene fungibile, dal diritto reale al diritto di credito l’Equity non pone i diritti del “proprietario equitativo” al livello reale (per impiegare una terminologia civilistica): l’oggetto del diritto appartiene al soggetto obbligato, è nel suo patrimonio, ma rimane ivi protetto da qualsiasi pretesa confliggente in attesa che egli, spontaneamente o in ottemperanza a un ordine di giustizia, lo trasferisca o ritrasferisca a colui al quale è dovuto (...). Porre il “proprietario equitativo” al livello “proprietario” (impiego ancora una terminologia civilistica) nasce, dunque, da un errore di prospettiva: “proprietary” è l’effetto, non l’oggetto, della tutela” (Maurizio Lupoi, *Il trust nel diritto civile*, cit., p. 20-22). V. tb. sobre o ponto Michele Graziadei, Ugo Mattei, Lionel Smith, *Commercial Trusts in European Private Law: the interest and scope of the enquiry*, in *Commercial Trusts in European Private Law*, Michele Graziadei; Ugo Mattei; Lionel Smith (coord.), Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 18-19.

⁴⁰⁵ 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” (Maurizio Lupoi, *Il trust nel diritto civile*, cit., p. 242). Ainda em suas palavras: “Qualsiasi *trust* svolge una funzione di protezione patrimoniale in senso generico, dato che l’atto dispositivo comporta la perdita, per il disponente, di una posizione soggettiva e la sua segregazione nel patrimonio del *trustee*. La protezione riguarda allora lo scopo del *trust* e impedisce che vicende esterne a quelle del *trust* ne frustrino il raggiungimento. Nei *trust* di protezione patrimoniale in senso proprio, tuttavia, la protezione sembra coincidere con lo scopo” (Maurizio Lupoi, *Il trust nel diritto civile*, cit., p. 323). “Per quanto riguarda invece l’aspetto tecnico bisogna precisare che lo schema del *trust* non realizza assolutamente, com’è stato ritenuto in dottrina, una doppia proprietà, quella c.d. ‘legale’, in capo al trustee, e quella equitativa in capo ai beneficiari, bensì una sola situazione di dominio che è quella di cui titolare risulta essere il *trustee*. La questione secondo la quale tale situazione di dominio si presenti in forma segregata, in quanto vincolata alla realizzazione delle finalità proprie del *trust*, non rappresenta un serio ostacolo per la sua configurabilità nel nostro ordinamento. (...) La conseguenza è che il diritto di proprietà può benissimo esprimersi con la consapevole volontà di non goderne affatto, oppure essere accompagnato anche da obblighi e vincoli di gestione (...) posto che è nozione comune che la proprietà è una situazione giuridica che attribuisce non solo poteri e facoltà, ma anche obblighi” (Mario Petrucci e Francesco Rubino, *Il trust*, cit., p. 80). No sentido de que no *trust*

Note-se, na esteira da observação crítica de tais doutrinadores, que, para haver a divisão do domínio em formal e substancial, tanto a figura do proprietário legal como a do material deveriam ser tidas como essenciais. Como, então, se qualificariam os *trusts* desprovidos de beneficiário?⁴⁰⁶ Com efeito, nem todos os tipos de *trust* contam com tal personagem,⁴⁰⁷ 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*.⁴⁰⁸ 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. Tal elemento essencial, que é vital⁴⁰⁹ para o *trust*, constitui precisamente a destinação patrimonial a determinado escopo.⁴¹⁰

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*.⁴¹¹

não há desmembramento da propriedade, v., também no direito italiano, Giacomo Porcelli, *Successioni e Trust*, cit., p. 108-113; Mirzia Bianca, *Giornata di Studio sul Trust*, cit., p. 335; Saverio Bartoli, *Il Trust*, cit., p. 96-98; Marco Eugenio Di Giandomenico e Davide Festa, *Consorti, fondazioni e trust*, cit., p. 21.

⁴⁰⁶ Pierre Lepaulle, *Traité Théorique et Pratique des Trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, cit., 25.

⁴⁰⁷ Os *charitable trusts* são considerados *trusts* sem beneficiários. Neste sentido, v. Saverio Bartoli, *Il Trust*, cit., p. 272; Maurizio Lupoi, *Il trust nel diritto civile*, cit., p. 22-23; Andrea Mazzieri, Gianfranco Napolitano, Diego Napolitano, *Il 'Project Financing'*, cit., p. 68.

⁴⁰⁸ “Vengono designati come *trusts* ‘discrezionali’ (...) quelli nei quali è 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 equitabile 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 equitabile dei beneficiari di un *trust* siffatto è quello a veder correttamente esercitata la discrezionalità del *trustee* e correttamente amministrato il *trust fund*” (Saverio Bartoli, *Il Trust*, cit., p. 278-280). V., ainda, Andrea Mazzieri, Gianfranco Napolitano, Diego Napolitano, *Il 'Project Financing'*, cit., p. 68.

⁴⁰⁹ “The vital elements of a trust are a segregated fund of assets and good faith” (Donovan Waters, *The Hague Trusts Convention twenty years on*, cit., p. 59).

⁴¹⁰ Pierre Lepaulle, *Traité Théorique et Pratique des Trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, cit., 25-26.

⁴¹¹ “It is a familiar feature of trusts that the claim of a beneficiary is preferred to the claims of the personal creditors of the trustee. This means that if the trustee becomes insolvent, the beneficiary can obtain the relevant trust asset free from the claims of the personal creditors. A right which prevails against other creditors has the appearance of a real right. But here appearances mislead. The beneficiary’s preference is based, not on real right, but on separation of patrimony. The personal creditors have a claim against the private patrimony of the trustee. The beneficiary has a claim against the trust patrimony. Neither claim is affected by the other. If the private patrimony is insolvent, the personal creditors must go without. They cannot claim from the trust patrimony. But the same is not true, in reverse, if the trust patrimony becomes insolvent. The beneficiary is not protected against

Além disso, os percalços financeiros do *settlor* também não têm o condão de atingir o patrimônio dado em *trust*, haja vista não mais ser este de titularidade do *settlor* — tendo em conta sua transmissão ao *trustee* — impossibilitando, desta feita, a excussão por seus credores. Estes podem fazer uso dos remédios legais caso a conduta do *settlor* tenha violado alguma norma protetiva de seus direitos, como na hipótese de fraude contra credores.⁴¹²

Finalmente, os credores dos beneficiários podem se valer dos proveitos econômicos a estes destinados oriundos do *trust*, sem a possibilidade, contudo, de executar diretamente os bens em *trust*, precisamente por serem de titularidade do *trustee*, não já dos beneficiários.⁴¹³ Daí a blindagem promovida pela técnica da segregação patrimonial, a possibilitar que as situações ativas em *trust* estejam integralmente voltadas para a finalidade perseguida com a criação do *trust*.

Considerar como elemento essencial do *trust* a segregação patrimonial, não já a divisão do domínio em formal e substancial, traz como consequência necessária figurar o *trustee* como titular único dos direitos conferidos em *trust*, a possibilitar que administre, com máximos poderes, no interesse dos beneficiários, o patrimônio especial. O direito dos beneficiários, assim, consiste na gestão proba e eficiente, por parte do *trustee*, do patrimônio em *trust*, a qual reverterá, nos termos estabelecidos pelo *settlor*, em proveitos para os beneficiários.⁴¹⁴

2.3.2 Do negócio fiduciário à fidúcia

A despeito das dificuldades de ordem teórica concernentes à importação do *trust*, esta categoria desperta vivo interesse, haja vista sua aptidão para desempenhar múltiplas funções.

the creditors of the trust. Quite the contrary. If the trust patrimony has been administered unwisely and has incurred indebtedness, the claim of the beneficiary is postponed to the claims of the other unsecured creditors. For a beneficiary's right is residual in character. He receives what is left of the trust patrimony once all other trust creditors have been paid. If there is nothing left, a beneficiary receives nothing" (K.G.C. Reid, *National report for Scotland*, cit., p. 70).

⁴¹² Mario Petrulli e Francesco Rubino, *Il trust*, cit., p. 66; Marco Eugenio Di Giandomenico e Davide Festa, *Consorti, fondazioni e trust*, cit., p. 18; Joaquín de Arespachaga, *El trust, la fidúcia y figuras afines*, cit., p. 61; Melhim Namem Chalhub, *Trust*, cit., p. 53.

⁴¹³ Cf. Pierre Lepaule, *Traité Théorique et Pratique des Trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, cit., p. 303.

⁴¹⁴ V. Cristiano Cicero, *Riflessioni su trust e categorie civilistiche*, cit.

A figura do *trust*, com efeito, caracteriza-se por sua notável flexibilidade,⁴¹⁵ o que a torna tão atrativa.

Uma vez sendo possível, conforme se examinou no decorrer deste capítulo, incorporar os principais efeitos do *trust* previstos na Convenção de Haia por intermédio da técnica da segregação patrimonial, o legislador pátrio pode absorver as características do *trust* que o tornam expediente seguro e flexível.

Para tanto, precisa estipular as condições para que os particulares possam agregar aos negócios fiduciários que já entabulam a técnica do patrimônio de afetação, que garantiria a formação de nova universalidade de direito, destinada a inúmeras finalidades.⁴¹⁶ Haveria, assim, a incorporação do negócio de fidúcia, aos moldes já propostos por juristas de escol. Do negócio fiduciário sem patrimônio separado se passaria à fidúcia, instrumento hábil a produzir os efeitos do *trust* contidos na Convenção de Haia em razão da técnica da separação patrimonial.⁴¹⁷

Diante disso, oportuno analisar, no próximo capítulo, quais as vantagens que poderiam advir por meio da incorporação da fidúcia no direito brasileiro, não apenas sob a perspectiva de novos negócios a serem criados pela autonomia privada, como também para examinar em que medida a fidúcia poderia se unir a institutos já existentes, potencializando seus efeitos.

⁴¹⁵ “La migliore dottrina parla di ‘trust’ al plurale, in ragione del polimorfismo che ne contraddistingue la figura (...), posto che l’espressione suddetta designa l’estrema flessibilità di uno strumento giuridico suscettibile di utilizzo al fine di perseguire differenti finalità — con conseguente preclusione di un’aprioristica determinazione del profilo causale della stessa — dovendosi e potendosi procedere alla sua connotazione (rectius: colorazione) in senso funzionale solo all’esito della valutazione degli scopi concretamente prefigurati dai protagonisti della vicenda negoziale” (Andrea Mazzieri, Gianfranco Napolitano, Diego Napoletano, *Il ‘Project Financing’*, cit., p. 66-67). Cf. tb. Saverio Bartoli, *Il Trust*, cit., p. 310.

⁴¹⁶ “What are the trusts used for? One might almost as well ask what are contracts used for. The strength of the trust lies in its flexibility. Like the contract, the trust can be put to innumerable, and diverse, uses” (K.G.C. Reid, *National report for Scotland*, cit., p. 77).

⁴¹⁷ “X can transfer property to the ownership of Y and contract with Y that Y will administer it in such-and-such way. That is simple contract. If X asks Y to administer for Z, then Z can be given title to sue by the stipulation in favorem tertii. Is this trust? It could be so called, but it can be built up solely from the bricks of the law of voluntary obligations. (...). For a distinctive institution, something more than contract is needed. That something more is the separation of Y’s estate into an ordinary patrimony and a trust patrimony. (The word ‘patrimony’ is better than ‘estate’, but none the less ‘estate’ is the word commonly used). The effect of this is wonderful: because of the separation ordinary assets are (in general) immune to creditors of the trustee as trustee while, even more important, trusts assets are (in general) immune to the creditor of the trustee as an individual. Those immunities could not be achieved merely by contract. Moreover, since the trust property forms a distinct patrimony, real subrogation takes place, so that is a thing is sold, the price forms parts of the patrimony, and vice versa for purchases with trust money” (George Gretton, *Scotland: the evolution of the trust in a semi-civilian system*, cit., p. 510-511).

3 GARANTIA DAS OBRIGAÇÕES E GESTÃO PATRIMONIAL. UTILIDADE EM SE INTRODUIR A FIDÚCIA NO DIREITO BRASILEIRO

Muito embora já se tenha tentado incorporar, no direito pátrio, a fidúcia – isto é, o negócio fiduciário com patrimônio separado, concebido como categoria negocial ampla posta à disposição dos particulares – todas as tentativas nesse sentido restaram frustradas (v. item 2.3 do capítulo 2). Há basicamente duas ordens de resistência na absorção desta figura, quais sejam, (i) sua real necessidade no ordenamento brasileiro e (ii) o risco de ser utilizada como instrumento propiciador de fraudes e abusos.

No que tange ao primeiro aspecto, isto é, à conveniência de se introduzir a fidúcia no Brasil, há de se investigar não apenas a ausência de instrumentos para a promoção de interesses valorados positivamente, como também a possível otimização de sua proteção com o auxílio da fidúcia. Dessa forma, a análise não deve se limitar a identificar uma lacuna, uma zona de não tutela, mas é necessário também apurar a eficiência desta tutela nas diversas situações que se apresentam. Há de se cotejar, neste sentido, a atual proteção de determinados interesses com a forma pela qual esses mesmos interesses poderiam ser promovidos a partir da incorporação da fidúcia.

A Argentina⁴¹⁸ e a França⁴¹⁹ introduziram a fidúcia (ou fideicomisso, na nomenclatura argentina) ao constatarem que contribuiria não só para tutelar novas situações como também para potencializar a promoção de interesses que já contavam com proteção legal, mas à qual se poderia somar a fidúcia, como mais um instrumento a ser utilizado pelos indivíduos quando lhes aprouvesse.⁴²⁰

Como se depreende da exposição de motivos da lei que introduziu, em 2007, a fidúcia na França, verificou-se naquele país a necessidade, notadamente para fins de competitividade internacional, da absorção de instrumento versátil e seguro, que pudesse dotar o direito francês da necessária agilidade para certos negócios. Observou-se que, na falta da fidúcia, as

⁴¹⁸ Acerca do fideicomisso argentino, v. item 2.1.5.1 do Capítulo 2.

⁴¹⁹ Sobre a fidúcia francesa, cf. item 2.1.5.2 do Capítulo 2.

⁴²⁰ “Afirmar que el fideicomiso de garantía es innecesario o que está condenado al fracaso es ignorar la realidad. Desde hace tiempo, se realizan muchos negocios de esta clase sin inconvenientes y sin que hasta ahora hayan generado litigios judiciales. Se trata de una herramienta más. Las partes elegirán en cada caso la que crean conveniente o que se ajusta mejor a sus necesidades. Si pensamos que las figuras conocidas siempre alcanzan, difícilmente evolucionaría la ciencia del derecho buscando otras alternativas que se adapten a la realidad social imperante” (Claudio M. Kiper e Silvio V. Lisoprawski, *Tratado de Fideicomiso*, cit., p. 473). “Le recours à la fiducie permettra bien souvent d’éviter de recourir à des institutions juridiques plus formalistes ou à des montages complexes et fragiles” (Exposé des motifs de loi instituant la fiducie, présentée par Philippe Marini, p. 7).

empresas francesas eram levadas a buscar, no exterior, os instrumentos de que necessitavam para impulsionar seus negócios e aumentar sua competitividade.⁴²¹

Na Argentina, da mesma forma, concluiu-se que o sistema jurídico se enriqueceria com a introdução de mecanismo que possibilitaria otimizar o aproveitamento dos bens, vez consistir a fidúcia (ou fideicomiso) em expediente ímpar para o sistema das garantias e da gestão patrimonial.⁴²²

No Brasil também se percebe a necessidade de se aparelhar o sistema jurídico com instrumento que, por sua flexibilidade e segurança, permita aprimorar o desenvolvimento de inúmeras atividades e promover ponderosos interesses, conforme se verificará a partir dos exemplos a seguir abordados. Não por outra razão, o legislador pátrio, atento aos benefícios da fidúcia, estipulou a titularidade fiduciária com patrimônio separado para certas atividades reputadas socialmente relevantes. Entretanto, diferentemente da França, da Argentina e de outros países (v. item 2.1.5 do capítulo 2), o legislador brasileiro não introduziu a fidúcia

⁴²¹ “L’ouverture des frontières a donné lieu à certaines délocalisations d’opérations économiques vers des pays plus attrayants d’un point de vue fiscal ou juridique. Au cours de ces dernières années, en effet, on a pu constater que les entreprises françaises, lorsque le besoin s’en faisait sentir, n’hésitaient pas à utiliser le mécanisme du *trust*, en effectuant, en toute légalité, leurs opérations juridiques dans les États connaissant l’institution. Ces délocalisations ne sont pas souhaitables économiquement, car des richesses quittent la France, parfois exclusivement à cause d’une lacune du système juridique. (...) La fiducie permettra aux acteurs économiques de bénéficier en France d’un outil qu’ils réclament, et ainsi les vérifications par certains services de l’État, si certaines devaient avoir lieu, seront plus aisées. La fiducie n’a pas vocation à servir d’instrument de blanchiment de capitaux; bien au contraire, la fiducie devrait produire, dans une certaine mesure, l’effet inverse. En permettant aux acteurs économiques de bénéficier d’un instrument aussi souple que le *trust*, il leur sera plus difficile de justifier le recours à des structures hors France, en particulier dans certains pays hors Union européenne” (Exposé des motifs de loi instituant la fiducie, présentée par Philippe Marini, p. 2). Cf. tb. Michel Grimaldi e François Barrière, *La fiducie en droit français*, cit., p. 255; François Barrière, *La réception du trust au travers de la fiducie*, cit., p. 3.

⁴²² “No cabe duda de que el derecho argentino se ha enriquecido con la regulación formal del fideicomiso, después de muchas vacilaciones y demoras. Esta regulación es parte de un constante proceso de innovación y adopción de cambios, que se da en una comunidad atenta a su propia evolución, especialmente en un momento de apertura económica y creciente intercomunicación a nivel mundial, bajo la influencia de prácticas que se difundieron en los últimos tiempos” (Jorge Roberto Hayzus, *Fideicomiso*, cit., p. 4). Ainda em suas palavras: “(...) la ley 24.441 hizo surgir el contrato de fideicomiso para servir las necesidades de la sociedad argentina en cuanto al diseño de estructuras convencionales adecuadas para el emprendimiento de proyectos de inversión y el resguardo de derechos de crédito a largo plazo, abriendo camino, además, a la planificación sucesoria en interés de las familias” (Jorge Roberto Hayzus, *Fideicomiso*, cit., p. 5). “En la actualidad, luego de la sanción de la ley 24.441, se observa un desarrollo sorprendente de la figura tanto en el mercado de capitales como en el resto de la actividad económica y productiva. Como forma de garantizar la reorganización y el saneamiento de empresas por un club de bancos, a quien se transfiere la propiedad fiduciaria de la empresa; como instrumento para la recuperación de entidades deportivas en crisis, aseguramiento de asistencia financiera de negocios de la más diversa especie y magnitud, en el desarrollo inmobiliario, hasta llegar al Estado como medio para obtener y asegurar el financiamiento de obras de infraestructura” (Claudio M. Kiper e Silvio V. Lisoprawski, *Tratado de Fideicomiso*, cit., p. 35). E rematam: “El negocio de transmisión fiduciario, tal como lo concibieron los romanos y hasta cierto punto lo adoptó el art. 2662 de nuestro Código Civil, es insuficiente en lo que respecta a la protección de los bienes fideicomitados, especialmente en relación a la acción individual o colectiva de los acreedores del fiduciario. Las legislaciones latinoamericanas necesitadas de instrumentos útiles, sobre todo para el tráfico comercial y las inversiones, rescataron la fiducia romana introduciendo las características que sobre este particular hicieron del *trust* una herramienta tan exitosa” (Claudio M. Kiper e Silvio V. Lisoprawski, *Tratado de Fideicomiso*, cit., p. 164-165).

como esquema negocial de amplo alcance. Daí decorre que os particulares não podem aplicar o mecanismo a outros negócios ou atividades, o que limita seu aproveitamento apenas aos setores especificamente contemplados pela legislação.

Em relação ao receio de a fidúcia ser instrumento propiciador de fraudes, é de se ressaltar que não há risco específico associado à fidúcia que seja superior ao já existente pela utilização de outros institutos consagrados. Qualquer instrumento jurídico pode, infelizmente, ter sua função desvirtuada e servir para acobertar ilícitos. Um simples contrato de compra e venda pode ser utilizado como fachada para lavagem de dinheiro ou para simular doação proibida, por exemplo. A pessoa jurídica pode acobertar abusos dos seus sócios, a retrovenda encobrir juros usurários e assim por diante. Nem por isso se deixa de reconhecer a legitimidade desses institutos, paralelamente ao fomento de instrumentos de controle, jurídicos e fiscalizatórios por parte da administração pública, de modo a se coibirem todos os tipos de ilicitude.

Nada obstante, há o temor de a admissão da fidúcia facilitar sobremaneira fraudes contra os herdeiros, cônjuge e credores, haja vista a blindagem patrimonial que lhe é inerente. Entretanto, a criação de patrimônio separado, como qualquer ato de disposição, sujeita-se a rigorosos controles destinados a aferir sua validade. Nessa direção, há de se verificar se contou com a anuência do cônjuge, nos casos em que a lei o exija, se respeitou a legítima dos herdeiros necessários, em se tratando de alienação gratuita, se o beneficiário do patrimônio separado pode receber os proventos diretamente do constituinte, se houve fraude aos credores, e assim por diante. Aplicam-se à fidúcia, portanto, todos os preceitos de ordem pública⁴²³ incidentes sobre o concreto regulamento de interesses.

Dessa maneira, a fidúcia, como qualquer outro negócio dispositivo, deve respeitar, conforme o caso, (i) a legítima dos herdeiros necessários,⁴²⁴ (ii) os direitos do cônjuge, a

⁴²³ “De manière plus générale, si certaines applications du mécanisme fiduciaire violent des règles d’ordre public, ce n’est pas la nature même de l’institution qui est en cause, mais l’application qui en est faite. Et dans de tels cas, la violation devra, comme toute violation de l’ordre public, être sanctionnée” (Exposé des motifs de loi instituant la fiducie, présentée par Philippe Marini, p. 4). “D’autre part, comme des abus peuvent se produire à la faveur de la fiducie – comme c’est le cas pour toutes sortes d’institutions d’ailleurs, – il convient aussi de mettre à la disposition de la jurisprudence les instruments nécessaires pour les réprimer, sans cependant que la fiducie soit pour autant mise en péril en tant que telle” (Pierre van Ommeslaghe, *Rapport de Synthèse*, cit., p. 490-491).

⁴²⁴ Confirma-se a advertência de Jorge Roberto Hayzus em relação ao fideicomiso argentino: “Así como al tiempo de la discusión de la ley no se detectaba ninguna presión o expectativa en el sentido de admitir al fideicomiso testamentario en el derecho argentino, después de sancionada brotaron algunas ideas acerca de las posibilidades que abriría el fideicomiso al testador para hacer lo que antes no le era permitido. Desde ya debemos afirmar que esa perspectiva es equivocada en lo que hace a la relación formal entre el derecho sucesorio y el fideicomiso, como se desprende del análisis que sigue, pues aquél prevalece en todo cuanto concierne a la capacidad de heredar y a los límites fijados a la discreción del testador. Además, es equivocada porque desvía la atención hacia lo anómalo, cuando las potencialidades del fideicomiso están al servicio de los propósitos más naturales y razonables de quienes se proponen testar dentro del orden sucesorio normal” (*Fideicomiso*, cit., p. 91-92). E

exemplo da anuência conjugal para certos casos de disposição,⁴²⁵ (iii) a vedação do pacto comissório,⁴²⁶ (iv) a proibição da substituição fideicomissária além do segundo grau,⁴²⁷ (i) o direito dos credores,⁴²⁸ e (vi) as regras sobre legitimação ou capacidade para certos atos.

Sobre este último ponto, registre-se que, da mesma forma que a técnica da representação não permite que se faça por outrem aquilo que não se pode fazer por si,⁴²⁹ a fidúcia não autoriza que, por seu intermédio, o fiduciante pratique atos que lhes sejam vedados. Assim é que, se não pode o cônjuge adúltero efetuar doações ao seu cúmplice,⁴³⁰ lhe é proibido constituir fidúcia em benefício deste. O fato de formalmente a transmissão ocorrer do patrimônio do fiduciário para o do cúmplice não serve como defesa, pois a fidúcia, neste caso, traduz instrumento propiciador de fraude à lei, isto é, de doação ilícita.⁴³¹

A constituição da fidúcia, por envolver ato de disposição, deve, em definitivo, respeitar todas as normas cogentes, tais como a anuência do cônjuge, o respeito à legítima e o direito dos credores. Além disso, o fiduciante deve se encontrar na plena capacidade de disposição de seus bens e poder praticar, em relação ao beneficiário, por si mesmo, o ato que pretende ver concretizado por meio do fiduciário.

Desse modo, a fidúcia não carrega consigo qualquer perigo adicional de fraude que pudesse recomendar sua não absorção, em termos gerais, pelo legislador brasileiro. Ao revés, ao possibilitar um diverso aproveitamento dos bens em virtude da técnica do patrimônio

remata: “Nuestro enfoque está inspirado en el concepto de que nada ha cambiado en el derecho de fondo y que el fideicomiso testamentario es una modalidad por la que puede optar el causante, a fin de hacer más efectivas sus disposiciones de última voluntad” (Jorge Roberto Hayzus, *Fideicomiso*, cit., p. 92). V., na legislação brasileira, arts. 549 e 1.789 do Código Civil.

⁴²⁵ V. art. 1.647 do Código Civil. “Sendo necessária a vontade do instituidor de afetar a fim especial bens que lhe pertencem, deve ser capaz de manifestá-la nos limites traçados ao doador. (...) Se é casado e pretende constituir a fidúcia com bens imóveis, necessitará da outorga do cônjuge. Tendo filhos, não lhes pode prejudicar a legítima. Nada impede que a si próprio se nomeie beneficiário” (Orlando Gomes, *Contrato de Fidúcia (‘trust’)*, cit., p. 15).

⁴²⁶ V. art. 1.428 do Código Civil.

⁴²⁷ V. art. 1.959 do Código Civil.

⁴²⁸ “El fiduciante está ceñido por una limitación obvia respecto del ejercicio de sus facultades de disposición, cual es la de no causar perjuicio a sus acreedores con la reducción de sus activos” (Jorge Roberto Hayzus, *Fideicomiso*, cit., p. 125). V. arts. 158 a 165 do Código Civil brasileiro.

⁴²⁹ “Exige-se, assim, capacidade (de fato) para a outorga de procuração mediante instrumento particular. Isso porque a procuração, ao conferir poderes de representação, faz com que os atos praticados pelo representante gerem efeitos diretamente na esfera jurídica do representado. Se este não pode, por força da incapacidade, praticar determinados atos, seria contraditório admitir-se que, por meio de representante, constituído voluntariamente, pudesse fazê-lo. Do mesmo modo, as pessoas capazes que se encontram legalmente impedidas à prática de certos negócios não podem, para executá-los, constituir representante” (Gustavo Tepedino, *Comentários ao novo código civil*, vol. X, cit., p. 46-47).

⁴³⁰ Art. 550, Código Civil: “A doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal”.

⁴³¹ “Não se permite seja beneficiário na fidúcia quem não pode receber por doação. Do contrário estaria elidida a proibição legal. A interposição do fiduciário se daria para fraudar a lei, configurando simulação ilícita. Necessário, portanto, que o beneficiário seja legitimado a receber os bens confiados ao fiduciário” (Orlando Gomes, *Contrato de Fidúcia (‘trust’)*, cit., p. 16).

separado, constitui a fidúcia mecanismo de grande potencialidade funcional,⁴³² a justificar sua incorporação pelo ordenamento pátrio. A seguir, examinam-se alguns exemplos em que a aplicação da fidúcia se revelaria de grande utilidade.

3.1 A fidúcia e o sistema de garantias

Os expedientes de garantia relacionam-se com a concessão de créditos e, por isso, são de grande importância para o desenvolvimento das relações econômicas.⁴³³ O permanente desafio do sistema de garantias consiste na busca pela máxima efetividade do direito do credor com o menor ônus possível ao devedor. Daí o constante empenho pelo aprimoramento das garantias, a fim de que estas, a um só tempo, assegurem o adimplemento e permitam ao devedor desenvolver suas atividades.⁴³⁴

Em relação à efetividade das garantias, um grande passo foi dado com a alienação fiduciária, que retira o bem do patrimônio do garantidor (devedor ou terceiro⁴³⁵) e o transfere ao credor. Com isso, a eventual falência do devedor ou do terceiro não compromete a satisfação do crédito, pois a execução da garantia não se sujeita ao concurso universal.⁴³⁶ Por

⁴³² No âmbito do direito argentino, v. Jorge Roberto Hayzus: “Ahora que la ley 24.441 ha injertado el fideicomiso en el tronco principal del derecho civil, cabe advertir la flexibilidad de este instituto, definido como contrato y ubicado, por consiguiente, en el amplio campo de la autonomía de la voluntad” (*Fideicomiso*, cit., p. 1-2). “El fideicomiso sirve de marco y sustento jurídico para la asignación de beneficios económicos derivados de la propiedad de ciertos bienes, conforme a la voluntad de su dueño y con efectos hacia el futuro. Es un modo de disposición de la propiedad que ‘ata’ los bienes a un destino determinado, en interés de personas distintas de aquella que recibe la propiedad” (Jorge Roberto Hayzus, *Fideicomiso*, cit., p. 1).

⁴³³ Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe, *Alienação fiduciária e o fim da prisão civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 13; José Carlos Moreira Alves, *Da alienação fiduciária em garantia*, cit., p. 2-3; Orlando Gomes, *Alienação Fiduciária*, cit., p. 160-161; 163.

⁴³⁴ Para uma interessante análise panorâmica das garantias do crédito, em que são destacadas as qualidades almejadas tanto pelo credor como pelo devedor, confira-se Laurent Aynès, Pierre Crocq, *Les sûretés – La publicité foncière*, cit., p. 5-7.

⁴³⁵ José Carlos Moreira Alves, *Da alienação fiduciária em garantia*, cit., p. 155-156.

⁴³⁶ “Les sûretés réelles traditionnelles traversent une crise dans les relations d’affaires, parce que, désormais, elles ne sont plus sûres en cas de ‘faillite’ du débiteur: la vérification de la créance, la suspension des poursuites, les délais imposés ou la substitution, voire la réduction de la sûreté et surtout la préférence absolue donnée à certains créanciers postérieurs altèrent l’utilité de la garantie au moment où elle serait la plus nécessaire. Aussi, le crédit fait-il aujourd’hui appel, soit aux sûretés personnelles, soit à la plus forte des sûretés réelles qui se puisse concevoir, la propriété des biens affectés au remboursement de la dette. La propriété n’est plus alors un fin en soi, et sa finalité s’en trouve modifiée” (Laurent Aynès, Pierre Crocq, *Les Sûretés: la publicité foncière*, cit., p. 341). “L’utilisation de la fiducie-garantie aura, en particulier, comme effet de permettre au créancier de ne pas subir la loi du concours en cas de procédure collective de son débiteur, ce qui a pu faire dire à un auteur qu’elle deviendrait la reine des sûretés. C’est là un effet plus général de l’utilisation de la propriété utilisée en tant que garantie” (François Barrière, *La réception du trust au travers de la fiducie*, cit., p. 241-242). V. tb. Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe, *Alienação fiduciária e o fim da prisão civil*, cit., p. 14-15; Jean Carlos Fernandes, *Cessão Fiduciária de Títulos de Crédito*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 158.

outro lado, o bem permanece na posse direta do devedor, que, desse modo, pode aproveitá-lo em suas atividades. Da mesma forma, tem-se a cessão fiduciária de créditos, por meio da qual o devedor (ou o terceiro garantidor) transmite ao credor direitos pessoais de sua titularidade para garantir a dívida que tem para com este.⁴³⁷ Em ambos os casos, transfere-se, em caráter resolúvel e fiduciário, a titularidade do objeto da garantia ao credor, o qual, por isso mesmo, não tem seu crédito ameaçado por eventual recuperação judicial ou falência do devedor (ou do terceiro garantidor).⁴³⁸

O devedor ou o terceiro que transmitiram o bem ou o direito em garantia fiduciária também se encontram protegidos com a falência do credor, pois a propriedade deste subordina-se à condição resolutiva do pagamento. Desta forma, uma vez adimplida a obrigação à qual se vincula a garantia, a titularidade do bem ou direito retorna automaticamente para o devedor ou terceiro. A propriedade fiduciária, assim, integra o patrimônio do credor com a limitação própria do seu caráter resolúvel.

⁴³⁷ “A cessão fiduciária e a alienação fiduciária são institutos similares, exercendo a mesma função de garantia do crédito e alicerçando-se nos mesmos fundamentos; enquanto na alienação o objeto do contrato é a transmissão de um bem (móvel ou imóvel), na cessão o objeto é a transmissão de um direito creditório; em ambas, a transmissão do domínio fiduciário ou da titularidade fiduciária subsiste enquanto perdurar a dívida garantida” (Melhim Namem Chalhub, *Negócio Fiduciário*, cit., p. 355).

⁴³⁸ Confirmam-se os arts. 49 e 119 da Lei nº. 11.101/2005: “Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos. (...). § 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretroatividade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial”. “Art. 119. (...) IX – os patrimônios de afetação, constituídos para cumprimento de destinação específica, obedecerão ao disposto na legislação respectiva, permanecendo seus bens, direitos e obrigações separados dos do falido até o advento do respectivo termo ou até o cumprimento de sua finalidade, ocasião em que o administrador judicial arrecadará o saldo a favor da massa falida ou inscreverá na classe própria o crédito que contra ela remanescer”. Oportuno, neste passo, transcrever as observações de Melhim Namem Chalhub e Márcio Calil de Assumpção: “Registre-se, preliminarmente, que à época da promulgação da legislação anterior sobre concordata e falência (Lei 7.661/1945) o direito positivo brasileiro ainda não contemplava a transmissão fiduciária, razão pela qual não há, na antiga Lei de Falência, referência alguma à propriedade fiduciária e à exclusão dos efeitos da falência dos bens objeto dessa propriedade qualificada. Vindo a ser instituída a alienação fiduciária de bens móveis corpóreos pela Lei 4.728/1965, a jurisprudência, mesmo ante a omissão da lei falimentar então vigente, já se firmara, há cerca de quarenta anos, no sentido de excluir os bens alienados fiduciariamente do concurso de credores, registrando-se decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (que na época julgava casos infraconstitucionais), em ações de busca e apreensão, determinando o prosseguimento da ação até final, com o síndico, no Juízo em que foi proposta, quer tenha sido efetivada a apreensão ou não. E apesar da omissão do direito positivo, a jurisprudência assim se firmou em atenção à natureza da propriedade fiduciária, que, como se viu, limitada que é pelo escopo de garantia, é direito integrante do patrimônio do credor fiduciário, e não do devedor fiduciante (falido), fato que importa na exclusão dos efeitos da falência sobre o bem atribuído ao credor fiduciário, colocando-o entre os credores por títulos não sujeitos a rateio na falência” (*Cessão fiduciária de direitos creditórios: aspectos da sua natureza jurídica e seu tratamento no concurso de credores*, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 38, Rio de Janeiro: Padma, 2009, p. 98). V., neste sentido, STF, RE 83198/MG, 2ª T., Rel. Min. Moreira Alves, julg. 2.9.1977; STF, RE 99927/CE, 1ª T., Rel. Min. Néri da Silveira, julg. 22.5.1984.

A técnica da condição resolutiva traduz eficiente mecanismo para a tutela dos interesses das partes envolvidas, haja vista possibilitar (i) a efetividade plena da garantia no caso de falência do devedor ou do terceiro, em razão de o bem não mais integrar o patrimônio destes, e (ii) a segurança quanto à recuperação do bem pelo devedor ou terceiro uma vez extinta a dívida, independentemente da falência do credor.

Por outro lado, embora traduza expediente de inegável importância, a condição resolutiva não dá conta de situações em que se pretenda agregar à garantia a gestão patrimonial, de maneira a se otimizar o aproveitamento dos bens. Com efeito, pode ser de interesse das partes envolvidas, em razão da natureza de certos bens, que o titular possa aliená-los e substituí-los por outros direitos. A condição resolutiva, entretanto, não admite tamanha flexibilidade, precisamente por gravar o bem e acompanhá-lo em suas mutações subjetivas. Uma vez alienada a propriedade resolúvel, com efeito, o adquirente apenas pode repassá-la com essa mesma qualidade. Por tal razão, a condição resolutiva não logra suplantar a utilidade do patrimônio separado que, por traduzir universalidade de direito, preserva a destinação de seus elementos à específica finalidade ao mesmo tempo em que possibilita a livre substituição destes.

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

Nesse cenário, a consagração da fidúcia poderia ser de grande valia para o sistema de garantias. Isso porque os mesmos efeitos benéficos decorrentes da condição resolutiva poderiam ser alcançados por intermédio da separação patrimonial, que, ainda, permitiria, dada sua flexibilidade, associar à garantia a atividade de gestão. O patrimônio separado, ademais, possibilitaria variadas configurações da garantia, de maneira a viabilizar o exercício da titularidade por terceiro imparcial e em proveito de mais de um credor.⁴³⁹

⁴³⁹ “En matière de *garantie* enfin, la fiducie ouvrirait de nouvelles possibilités. Elle pourrait, par exemple, permettre la mise en place de comptes fiduciaires sur lesquels seraient transférés des avoirs affectés, que le banquier, en sa qualité de fiduciaire, détiendrait en garantie du paiement d’une opération. De même, la fiducie-sûreté pourrait devenir un moyen de garantie soustrait à la discipline de la procédure collective. Enfin, elle pourrait permettre à plusieurs créanciers d’un même débiteur – à diverses banques, par exemple –, qui auraient financé le même projet, d’assurer l’unité de gestion de leurs garanties respectives. Ce qui faciliterait la

3.1.1 Alienação fiduciária em garantia. Limitação do aproveitamento do bem objeto da garantia

Por obra de sucessivas medidas legislativas que foram editadas na segunda metade do século XX, a propriedade fiduciária em garantia foi introduzida no direito brasileiro e atualmente constitui importante modalidade de garantia real.⁴⁴⁰

No entanto, falta ainda ao ordenamento pátrio uma melhor sistematização da disciplina jurídica desse instituto, que se encontra dispersa em diversas leis. Tal situação apresenta inconvenientes que poderiam ser superados caso se adotasse uma regulamentação geral da fidúcia, com o estabelecimento de regras gerais para o emprego dessa técnica para fins de garantia.

Destaque-se, nesse sentido, que a fragmentação da disciplina do instituto em diferentes diplomas legais, editados em contextos diversos, produz um quadro geral heterogêneo e, em alguns aspectos, incoerente, vez que nem sempre a disparidade entre os regimes jurídicos encontra uma justificativa razoável.

Exemplo disso é a regra introduzida no § 5º do art. 27 da Lei nº. 9.514/1997, que exclui a responsabilidade pessoal subsidiária do devedor na hipótese de o valor do imóvel alienado em garantia se revelar insuficiente para satisfazer integralmente o débito garantido. Trata-se de regra particular, haja vista que as demais espécies de garantia real, inclusive as modalidades de alienação fiduciária atinentes aos direitos e bens móveis, se submetem à norma geral insculpida no art. 1.430 do Código Civil, segundo a qual, uma vez executada a garantia, o devedor continua a responder pessoalmente pelo eventual saldo.⁴⁴¹

Já se observou que o regime diferenciado da alienação fiduciária de imóveis se justificaria para a tutela do mutuário vulnerável no financiamento imobiliário, tendo sido este o escopo da Lei nº. 9.514/1997, ante a desigualdade existente entre as partes contratantes e o

constitution et la réalisation des sûretés” (Michel Grimaldi et François Barrière, *La fiducie en droit français*, cit., p. 256).

⁴⁴⁰ Cf. art. 66-B da Lei nº. 4.728/1965, modificada pela Lei nº. 10.931/2004; Decreto-lei nº. 911/1969, também alterado pela Lei nº. 10.931/2004; arts. 22 a 33 da Lei nº. 9.514/1997, modificada pela Lei nº. 10.931/2004 e pela Lei nº. 11.481/2007; e arts. 1.361 a 1.368-A (este incluído pela Lei nº. 10.931/2004) do Código Civil.

⁴⁴¹ Art. 1.430, Código Civil: “Quando, executado o penhor, ou executada a hipoteca, o produto não bastar para pagamento da dívida e despesas judiciais, continuará o devedor obrigado pessoalmente pelo restante.” Em relação à alienação fiduciária, o art. 1.336 estabelece norma análoga: “Quando, vendida a coisa, o produto não bastar para o pagamento da dívida e das despesas de cobrança, continuará o devedor obrigado pelo restante”. Ressalte-se que, nos termos do art. 1.368-A, tal comando é aplicável a qualquer modalidade de alienação ou cessão em garantia, ressalvada apenas a alienação fiduciária de imóveis, haja vista o regramento específico contido no § 5º do art. 27 da Lei nº. 9.514/1997.

sentido social do crédito habitacional.⁴⁴² Nessa direção, a Lei n.º. 5.741/1971, que dispõe sobre a proteção do financiamento de bens imóveis vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação, já previa dispositivo semelhante,⁴⁴³ o que corrobora o escopo protetivo e excepcional do preceito.

No entanto, a Lei n.º. 10.931/2004, em seu art. 51, estendeu o emprego da alienação fiduciária de coisa imóvel à garantia das obrigações em geral, abrangendo, assim, relações paritárias e não paritárias, de maneira que não procede mais a justificativa inicialmente alvitrada para a exoneração do devedor no que tange ao saldo remanescente após a execução da garantia.

Afinal, se o fundamento da intervenção legislativa é a tutela da parte contratante vulnerável, não há razão para a sua aplicação favorecer irrestritamente todos os devedores que oferecem a propriedade de coisas imóveis em garantia de seus empréstimos. Daí se afirmar na doutrina que “o perdão da dívida amplo e irrestrito, tal como previsto no § 5º do art. 27 da Lei n.º. 9.514/1997, constitui grave distorção”.⁴⁴⁴

Sublinhe-se, ainda, que a regulamentação geral da fidúcia no direito pátrio viabilizaria arranjos negociais em que a propriedade de um único bem fosse utilizada para garantir o pagamento de créditos pertencentes a credores diferentes.⁴⁴⁵ Isto porque, como se observa nos países da *civil law* que já a incorporaram, a fidúcia admitiria perfeitamente relações tripartites em que figurariam, além do constituinte e do fiduciário, um ou mais beneficiários.⁴⁴⁶ Assim, o devedor (constituinte) poderia transferir um único bem ao fiduciário para que este exercesse a propriedade em favor de diversos credores.⁴⁴⁷

⁴⁴² Melhim Namem Chalhub, *Negócio Fiduciário*, cit., p. 265.

⁴⁴³ “Art. 7º. Não havendo licitante na praça pública, o Juiz adjudicará, dentro de quarenta e oito horas, ao exequente o imóvel hipotecado, ficando exonerado o executado da obrigação de pagar o restante da dívida”.

⁴⁴⁴ Melhim Namem Chalhub, *Negócio Fiduciário*, cit., p. 266.

⁴⁴⁵ V., sobre o tema, Milena Donato Oliva e Pablo Rentería, *Fidúcia: a importância da incorporação dos efeitos do trust no direito brasileiro*, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 48, Rio de Janeiro: Padma, 2011, p. 59.

⁴⁴⁶ Veja-se, a propósito, a já referida regulamentação da fidúcia no direito francês. Os artigos 2372-1 a 2372-5 e 2488-1 a 2488-4 do Código Civil francês admitem expressamente que a alienação fiduciária em garantia seja realizada mediante a transferência do bem ao fiduciário, que deve realizar a garantia, se for o caso, para a satisfação dos credores beneficiários. A respeito, cf. Michel Grimaldi e Reinhard Dammann, *La fiducie sur ordonnances*, cit., p. 673-674. Na Argentina, v. Claudio M. Kiper e Silvio V. Lisoprawski, *Tratado de Fideicomiso*, cit., p. 466 e Jorge Roberto Hayzus, *Fideicomiso*, cit., p. 112-117.

⁴⁴⁷ Confiram-se, nessa direção, os dispositivos do Código Civil francês que autorizam que o bem alienado ao fiduciário seja conferido em garantia de créditos pertencentes a credores distintos. Em relação aos bens móveis, estabelece o art. 2372-5: “La propriété cédée en application de l'article 2372-1 peut être ultérieurement affectée à la garantie de dettes autres que celles mentionnées par l'acte constitutif pourvu que celui-ci le prévoit expressément. Le constituant peut l'offrir en garantie, non seulement au créancier originaire, mais aussi à un nouveau créancier, encore que le premier n'ait pas été payé. Lorsque le constituant est une personne physique, le patrimoine fiduciaire ne peut alors être affecté en garantie d'une nouvelle dette que dans la limite de sa valeur estimée au jour de la recharge”. E quanto aos bens imóveis, o art. 2488-5 prevê: “La propriété cédée en application de l'article 2488-1 peut être ultérieurement affectée à la garantie de dettes autres que celles

Nesse esquema, o fiduciário se encarregaria da gestão e execução das garantias (controle dos prazos de pagamento dos créditos, realização de notificações, organização do leilão de venda do bem, partilha do preço entre os credores, devolução de eventual saldo ao devedor etc.), observada a preferência entre os créditos. Por sua vez, embora não sejam proprietários do bem, os credores seriam beneficiados pela função desempenhada pelo fiduciário. Além disso, não correriam o risco de insolvência do devedor – pois o bem não mais integraria o seu patrimônio – nem do fiduciário – uma vez que o bem dado em garantia é apartado do patrimônio geral deste.

Segundo as regras em vigor, contudo, as figuras do fiduciário e do beneficiário se confundem na pessoa do credor, sendo, assim, inconcebível que a propriedade de um mesmo bem seja exercida em proveito de diversos credores. Já com base nas regras gerais da fidúcia, distinguir-se-iam o fiduciário dos beneficiários, de maneira que o fiduciário poderia ser o único e exclusivo proprietário do bem conferido em garantia, porém exercendo tal posição em benefício de diversos credores. A fidúcia, com efeito, extrema o sujeito titular da situação subjetiva proprietária do sujeito em cujo benefício tal situação é exercida.⁴⁴⁸

Além de permitir essa maior otimização do aproveitamento dos bens para fins de garantia, a fidúcia ainda acabaria por facilitar e baratear a cessão do crédito garantido fiduciariamente. Isso porque, na conformação atual, a cessão do crédito acarreta inevitavelmente a transmissão da propriedade fiduciária,⁴⁴⁹ o que envolve custo e burocracia adicionais em razão da mudança da titularidade. A fidúcia permitiria justamente que a cessão do crédito garantido fosse feita sem maiores complicações e sem custo adicional relativo à garantia, na medida em que os credores seriam beneficiários do patrimônio separado a cargo do fiduciário, de forma que a cessão de seu crédito não alteraria o titular da propriedade fiduciária e, por conseguinte, não haveria os custos inerentes a essa mudança.

mentionnées par l'acte constitutif pourvu que celui-ci le prévoie expressément. Le constituant peut l'offrir en garantie, non seulement au créancier originaire, mais aussi à un nouveau créancier, encore que le premier n'ait pas été payé. Lorsque le constituant est une personne physique, le patrimoine fiduciaire ne peut alors être affecté en garantie d'une nouvelle dette que dans la limite de sa valeur estimée au jour de la recharge”.

⁴⁴⁸ Como ressaltam Michel Grimaldi e Reinhard Dammann: “S’agissant de la fiducie-sûreté, on pouvait éprouver quelque peine à admettre qu’un même bien pût faire l’objet de plusieurs fiducies-sûretés, pour la bonne raison que celui qui a cédé son droit n’en est plus titulaire et ne peut donc plus le céder une nouvelle fois: d’où, traditionnellement, le grief de gaspillage du crédit que l’on fait aux propriétés-sûretés, pour conclure à la supériorité des sûretés traditionnelles. L’admission de la fiducie-rechargeable rend ce grief sans objet et contourne l’obstacle conceptuel: ce n’est pas la propriété qui est cédée plusieurs fois, c’est la propriété cédée qui est affectée à la garantie de nouvelles créances” (*La fiducie sur ordonnances*, cit., p. 674). “La fiducie-garantie permettra ainsi de garantir des flux de créances, et que les biens objets de la garantie ne demeurent pas statiques” (Exposé des motifs de loi instituant la fiducie, présentée par Philippe Marini, p. 8).

⁴⁴⁹ Art. 28, Lei n.º 9.514/1997: “A cessão do crédito objeto da alienação fiduciária implicará a transferência, ao cessionário, de todos os direitos e obrigações inerentes à propriedade fiduciária em garantia”.

Oportuno ressaltar, ainda, que o devedor poderia livremente acrescentar novos credores como beneficiários, respeitada a ordem de preferência avençada, sem que para tanto precisasse afetar novos bens, pois, ao contrário da alienação fiduciária em garantia, não é necessário, no patrimônio separado, ter o número de bens correspondente ao número de credores. Mais importante que a quantidade de bens, é o valor global do patrimônio separado.

A propriedade dos bens, desse modo, é transmitida ao fiduciário, que deve gerir o patrimônio separado em atenção à finalidade de garantia, sendo os credores os beneficiários desse patrimônio afetado.⁴⁵⁰ Conforme os credores são satisfeitos, seu direito acessório de garantia automaticamente se extingue, permanecendo como beneficiários apenas os credores cujo crédito ainda subsiste.⁴⁵¹

O devedor tem a segurança de a propriedade de seus bens ser confiada a terceiro imparcial, que promoverá a garantia de maneira equidistante às partes interessadas.⁴⁵² Já o credor tem como vantagem não sofrer os riscos das oscilações financeiras do devedor, vez que seu crédito é garantido por um patrimônio especial, bem como também tem a confiança de um terceiro imparcial ser o responsável pela realização da garantia.⁴⁵³

⁴⁵⁰ Claudio M. Kiper e Silvio V. Lisoprawski, *Tratado de Fideicomiso*, cit., p. 463-464.

⁴⁵¹ “El fideicomiso de garantía no sólo tiene ventajas para el acreedor, y obviamente para el fiduciario, sino que también las tiene para el deudor – fiduciante –. Así, facilita la realización eficiente de los bienes en caso de tener que hacerse efectiva la garantía y no por medio de los costosos, prolongados y deteriorantes procesos judiciales de ejecución. Con ello se benefician tanto el deudor como el acreedor. Permite sindicarse acreedores, esto es, reunir más de un acreedor garantizado simultáneamente por el mismo fideicomiso. Los bienes, en este último supuesto, responderán en forma proporcional al valor de sus respectivos créditos o en la medida que se convenga (v. gr., subordinándolos). Pueden rotar y sucederse acreedores garantizados sin necesidad de modificar el fideicomiso, bastando simples actos de egreso de acreedores desinteresados e ingreso de nuevos acreedores. Frente a la hipoteca y la prenda, amén de no requerir ejecución judicial, es más económica en su constitución y modificación, y la realización es menos desgastante y más predecible. Su empleo reduce el costo del crédito, que a la postre suporta el deudor, porque no se debe prever el anticipo de gastos de justicia, casi sin excepción, los enfrenta el acreedor; es substancialmente inferior el tiempo de reembolso en comparación con otras garantías que no son autoliquidables. Es sabido que el sobrecosto por mayor riesgo o el costo de ejecución de bienes gravados, en definitiva, lo paga el deudor” (Claudio M. Kiper e Silvio V. Lisoprawski, *Tratado de Fideicomiso*, cit., p. 466). V. tb. Andrea Mazzieri, Gianfranco Napolitano, Diego Napoletano, *Il ‘Project Financing’*, cit., p. 95; Michel Grimaldi e François Barrière, *La fiducie en droit français*, cit., p. 256.

⁴⁵² Jorge Roberto Hayzus, *Fideicomiso*, cit., p. 116-117.

⁴⁵³ “Las ventajas del fideicomiso de garantía superan con creces a las que se predicen de las clásicas garantías reales (hipoteca y prenda). Enunciamos sus principales virtudes: 1) Es más económica en la faz de cumplimiento del fideicomiso. 2) Obvia el proceso judicial de ejecución y las demoras que lo caracterizan. 3) Está fuera de la órbita concursal o la quiebra del deudor garantizado, salvo fraude (art. 15, ley 24.441). 4) Es una garantía autoliquidable por excelencia. 5) Facilita la sindicación de acreedores respecto de los bienes fideicomitados y la rotación – remplazo – por otros acreedores a medida que los precedentes son satisfechos por cumplimiento de la obligación garantizada. 6) Facilita la graduación de las garantías en función del nivel de endeudamiento. 7) Permite la realización de la garantía a valores de mercado por medio de un procedimiento ágil y extrajudicial sin los costos, demoras y manejos especulativos que con frecuencia se producen en las subastas judiciales. 8) Permite la utilización de activos considerados poco aptos para servir como garantía. 9) Reduce o elimina la sobregarantía, el aforo o cobertura que se impone en las garantías clásicas. 10) Reduce el riesgo del crédito garantizado. 11) El fideicomiso de garantía, en comparación con otras garantías, en particular las reales, como la prenda y la hipoteca, tiene una característica común: el acreedor garantizado con fiducia de garantía goza de pago preferencial sobre los demás acreedores del deudor. No en virtud de un privilegio sobre la cosa, sino

A fidúcia, portanto, traduz instrumento que permitiria, além dos benefícios hoje existentes com a alienação fiduciária, (i) a gestão imparcial do patrimônio separado para fins de garantia, (ii) a facilidade e a redução de custos na cessão do crédito por parte do credor, (iii) o melhor aproveitamento, por parte do devedor, dos seus bens para fins de garantia, pois permitiria que um mesmo bem pudesse beneficiar mais de um credor, podendo, ainda, a composição dos credores beneficiários ser modificada sem maiores burocracias ou custos.

3.1.2 Cessão fiduciária de direitos creditórios. Limitação do aproveitamento do bem objeto da garantia

A cessão fiduciária de créditos – prevista atualmente no art. 66-B da Lei n.º 4.728/1965 para créditos decorrentes de móveis e nos arts. 17 a 20 da Lei n.º 9.514/1997 para créditos de imóveis, valendo destacar ainda, no que concerne à cessão fiduciária de recebíveis no âmbito das concessões públicas, o art. 28-A da Lei n.º 8.987/1995 – acarreta a transmissão do direito do devedor (ou terceiro) ao credor para fins de garantia. O credor, com isso, protege-se de eventual falência do devedor (ou terceiro), pois os créditos cedidos passam a integrar o seu patrimônio,⁴⁵⁴ o que traduz significativa diferença em relação ao penhor de créditos.⁴⁵⁵

simplemente porque los bienes no están en el patrimonio del deudor sino en el patrimonio separado del fiduciario” (Claudio M. Kiper e Silvio V. Lisoprawski, *Tratado de Fideicomiso*, cit., p. 465). V. tb. Eduardo Casas e Sanz de Santamaría, *La Fiducia*, Santa Fe de Bogotá: Temis, 1997, p. 42.

⁴⁵⁴ “A alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, possuem a natureza jurídica de propriedade fiduciária, não se sujeitando aos efeitos da recuperação judicial, nos termos do art. 49, § 3º, da Lei n.º 11.101/2005” (STJ, REsp 1202918/SP, 3ª T., Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julg. 7.3.2013). “Tratando-se de crédito garantido por cessão fiduciária de direitos do devedor, o credor tem a posse e a propriedade resolúvel da garantia (podendo exercer todos os poderes de proprietário) e exatamente por isso não tem obrigação de habilitar seu crédito juntamente com os demais na recuperação judicial ou na falência, pois pela própria dicção do artigo 49, § 3º, tal não sofre os efeitos desses dois institutos que regem a insolvência empresarial” (TJMG, AI 1.0024.12.207052-7/001, 16ª CC, Rel. Des. Otávio Portes, julg. 20.3.2013). V. tb. STJ, REsp 1.263.500-ES, 4ª T., Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julg. 5.2.2013; TJSP, AI 0023409-88.2012.8.26.0000, 11ª CDPri, Rel. Des. Moura Ribeiro, julg. 29.3.2012. Art. 20, Lei n.º 9.514/1997: “Na hipótese de falência do devedor cedente e se não tiver havido a tradição dos títulos representativos dos créditos cedidos fiduciariamente, ficará assegurada ao cessionário fiduciário a restituição na forma da legislação pertinente”. V., na doutrina estrangeira, Albina Candian, *Le garanzie mobiliari*, Milano: Giuffrè, 2001, p. 323.

⁴⁵⁵ “Cuando se trata de prenda de créditos y derechos en garantía, los títulos deben entregarse al acreedor en el carácter de poseedor o depositario, pero el deudor conserva su propiedad. En la transmisión fiduciaria se va más allá del contrato de prenda, pues existe la voluntad de transferir el crédito o derecho” (Claudio M. Kiper e Silvio V. Lisoprawski, *Tratado de Fideicomiso*, cit., p. 79). No direito brasileiro, cf. Melhim Namem Chalhub e Márcio Calil de Assumpção, *Cessão fiduciária de direitos creditórios: aspectos da sua natureza jurídica e seu tratamento no concurso de credores*, cit., p. 84 e 94.

Cuida-se de transferência fiduciária, na medida em que a titularidade deve ser exercida em consonância com a finalidade de garantia.⁴⁵⁶ O que o credor receber na qualidade de cessionário fiduciário deve servir para abater a dívida garantida, respondendo como depositário perante o devedor cedente pelo que sobejar.⁴⁵⁷ A titularidade do credor fiduciário é resolúvel, de maneira que, satisfeito integralmente o crédito, extingue-se a titularidade fiduciária, voltando o direito cedido a integrar o patrimônio do devedor fiduciante.⁴⁵⁸

Da mesma forma que na alienação fiduciária, a cessão de direitos creditórios dificulta o aproveitamento do crédito para fins de garantia por mais de um credor. Com efeito, também aqui a relação não é tripartite, mas se forma apenas entre credor e devedor. A figura do fiduciário coincide com a do beneficiário.

A fidúcia, por sua vez, justamente por apartar o fiduciário do beneficiário, poderia possibilitar que vários credores se beneficiassem de um patrimônio separado composto por créditos presentes e futuros, que vão se substituindo. Dada a elasticidade da universalidade patrimonial, poderia seu conteúdo ser ampliado e adaptado constantemente às variações de mercado, em benefício de todos os credores. Isso daria maior versatilidade e segurança, além de diminuir os custos da manutenção da garantia e das mudanças dos credores beneficiários.

Os créditos presentes e futuros seriam cedidos para o fiduciário, que administraria o patrimônio separado com imparcialidade e em atenção ao escopo de garantia para o qual foi constituído, respeitando, ainda, a ordem dos credores estabelecida. Congregaria-se, assim, a gestão com a garantia, permitindo-se mais eficiente aproveitamento dos bens.

3.1.3 Depósito em conta vinculada (*Escrow account*). Ausência de proteção quanto aos riscos de insolvência da instituição depositária

⁴⁵⁶ “Por efeito dessa titularidade, os direitos ou os créditos ingressam no patrimônio do credor, mas com as restrições típicas da fiduciabilidade. Está o credor autorizado a promover a cobrança dos créditos diretamente dos devedores do seu devedor-cedente e a apropriar-se do produto da cobrança, mas somente até o limite do seu crédito e encargos; uma vez satisfeitos seu crédito e a remuneração a que faz jus, o credor-fiduciário deverá restituir ao cedente-fiduciante o saldo remanescente, seja em dinheiro ou em crédito. Para satisfação dos seus direitos o credor-fiduciário pode usar todas as ações, execuções e recursos que são legalmente deferidos ao devedor-cedente, mesmo em caso de eventual procedimento de recuperação da empresa cedente” (Melhim Namem Chalhub, *Negócio Fiduciário*, cit., p. 353).

⁴⁵⁷ Art. 19, § 1º, Lei nº. 9.514/1997: “As importâncias recebidas na forma do inciso IV deste artigo, depois de deduzidas as despesas de cobrança e de administração, serão creditadas ao devedor cedente, na operação objeto da cessão fiduciária, até final liquidação da dívida e encargos, responsabilizando-se o credor fiduciário perante o cedente, como depositário, pelo que receber além do que este lhe devia”. V., no direito estrangeiro, François T’Kint, *La fiducie-sûreté*, in *Le trust et la fiducie: implications pratiques*, Bruxelles: Bruylant, 1997, p. 247.

⁴⁵⁸ Melhim Namem Chalhub e Márcio Calil de Assumpção, *Cessão fiduciária de direitos creditórios: aspectos da sua natureza jurídica e seu tratamento no concurso de credores*, cit., p. 85-87; 95.

A *escrow account*, seja meio de pagamento ou garantia em sentido estrito,⁴⁵⁹ tem por objetivo assegurar ao credor o cumprimento da obrigação que lhe é devida, mediante a atribuição de específico encargo nesse sentido à instituição depositária, essencialmente imparcial e equidistante às partes envolvidas na operação. Quando os bens depositados são transferidos à titularidade da instituição depositária, a *escrow account* traduz negócio fiduciário.

A despeito de sua utilidade em complexas e vultosas operações, notadamente quando a prestação de uma das partes deve ser cumprida após determinado lapso temporal ou a partir da verificação de certos pressupostos, o depósito em conta vinculada apresenta o inconveniente relativo à ausência de blindagem quanto aos riscos da insolvência do depositário.⁴⁶⁰ Com efeito, na hipótese de desequilíbrio patrimonial deste, o montante depositado será objeto de concurso universal, ainda que se tenha avençado específica destinação para tais ativos, afetados que estavam para a satisfação de determinado credor.

A incorporação da fidúcia, por outro lado, permitiria a criação de *escrow account* com separação patrimonial, o que reduziria os riscos envolvidos na operação, e, conseqüentemente, os custos desta. Seria possível, por meio da fidúcia, que a finalidade de proteção do crédito perseguida pelas partes fosse alcançada sem interferências externas. Dotar-se-ia o depósito em conta vinculada, largamente praticado pelos indivíduos, da segurança necessária, recrudescendo sua efetividade.

3.2 A fidúcia e a gestão do patrimônio

O mandato é regulado no Código Civil como o mecanismo por excelência de gestão do interesse alheio. O art. 653 desponha com essa ideia ao estatuir que há mandato “quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses”. Insere-se nos expedientes de cooperação jurídica, vez que possibilita a atuação, por meio do mandatário, daqueles que não querem, não sabem ou não podem agir.⁴⁶¹ O mandatário promove o interesse do mandante e o vincula diretamente para com os terceiros com quem

⁴⁵⁹ V. sobre o ponto item 1.6.1.1 do capítulo 1.

⁴⁶⁰ V. Marco Eugenio Di Giandomenico e Davide Festa, *Consorti, fondazioni e trust*, cit., p. 82-83.

⁴⁶¹ Gustavo Tepedino, *Comentários ao novo código civil*, vol. X, cit., p. 28; Orlando Gomes, *Introdução ao Direito Civil*, cit., p. 433; Giuseppe Bavetta, *Mandato (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXV, Milão: Giuffrè Editore, 1987, p. 321.

tratar.⁴⁶² A base fiduciária é da essência do mandato que, por isso mesmo, é revogável *ad nutum* pelo mandante.⁴⁶³ Além disso, o mandatário deve obedecer às instruções do mandante, que é o dono do negócio e quem ficará obrigado a dar-lhe cumprimento.⁴⁶⁴

Justamente por gerir interesse alheio de modo a submeter o mandante aos negócios que praticar, exige o legislador que a atuação do mandatário se revista de certas formalidades, com vistas a resguardar o mandante de atos abusivos ou que escapem ao espectro de poderes outorgados. Para alienar, por exemplo, deve o mandatário ostentar poderes expressos e especiais, a teor do art. 661, § 1º, do Código Civil.⁴⁶⁵ Além disso, a Lei nº. 6.404/1976 estabelece, em seu art. 126, § 1º, que a procuração para representar o acionista em assembleia deve ter duração máxima de 1 (um) ano e apenas pode ser outorgada para outro acionista, administrador da companhia ou advogado.⁴⁶⁶

Há, assim, formalidades que devem ser observadas pelas partes, notadamente quando o ato a ser praticado pelo mandatário extrapolar a administração ordinária. Tais exigências, entretanto, somadas à imposição legal de o mandatário seguir as ordens do mandante, podem se mostrar inconvenientes nas atividades que exijam conhecimento especializado, acurado dinamismo e, ainda, impliquem alteração de ativos. Não por outra razão o legislador pátrio, para determinadas situações,⁴⁶⁷ se utilizou da titularidade fiduciária associada à técnica do patrimônio de afetação para fins de administração. O gestor do patrimônio, sendo titular deste – embora a conta de outrem ou para a realização de um fim –, não precisa se submeter aos preceitos atinentes ao mandato, o que assegura inegável agilidade e segurança aos ajustes entabulados.⁴⁶⁸

⁴⁶² Art. 663, Código Civil: “Sempre que o mandatário estipular negócios expressamente em nome do mandante, será este o único responsável; ficará, porém, o mandatário pessoalmente obrigado, se agir no seu próprio nome, ainda que o negócio seja de conta do mandante”. Art. 116, Código Civil: “A manifestação de vontade pelo representante, nos limites de seus poderes, produz efeitos em relação ao representado”.

⁴⁶³ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol. III, cit., p. 412. V. arts. 682 e 683 do Código Civil.

⁴⁶⁴ V. art. 679 do Código Civil. “Também como corolário do dever de diligência, deve o mandatário seguir rigorosamente as instruções do mandante, sejam simultâneas ou posteriores à outorga de poderes, sob pena de ser responsabilizado pelos danos que vier a causar” (Gustavo Tepedino, *Comentários ao novo código civil*, vol. X, cit., p. 103).

⁴⁶⁵ Art. 661, Código Civil: “O mandato em termos gerais só confere poderes de administração. § 1º Para alienar, hipotecar, transigir, ou praticar outros quaisquer atos que exorbitem da administração ordinária, depende a procuração de poderes especiais e expressos”.

⁴⁶⁶ Art. 126, Lei nº. 6.404/1976: “As pessoas presentes à assembléia deverão provar a sua qualidade de acionista, observadas as seguintes normas: (...). § 1º O acionista pode ser representado na assembléia-geral por procurador constituído há menos de 1 (um) ano, que seja acionista, administrador da companhia ou advogado; na companhia aberta, o procurador pode, ainda, ser instituição financeira, cabendo ao administrador de fundos de investimento representar os condôminos”.

⁴⁶⁷ Cf. especialmente itens 2.2.1 e 2.2.5 do capítulo 2.

⁴⁶⁸ “Le moyen habituellement utilisé pour gérer pour le compte d’autrui en France est le mandat. Le mandat de droit français ne déchoit pas le mandant de ses droits. Le mandat peut, certes, être stipulé irrévocable.

O legislador, contudo, não previu instituto que habilitasse os particulares a se utilizarem, para as mais diversas finalidades, da técnica da titularidade fiduciária por meio do patrimônio separado. Os instrumentos que se valem da noção de fidúcia foram idealizados para a promoção de específicas finalidades, não tendo aptidão para satisfazer todas as necessidades dignas de tutela em matéria de administração profissional de recursos.

A gestão de recursos demanda flexibilidade, para que possa se adequar com celeridade às mudanças do mercado, e segurança, no sentido de que não esteja sujeita a interferências externas.⁴⁶⁹ Pois flexibilidade e segurança são as notas características da fidúcia que, por isso mesmo, traduz poderoso instrumento para a gestão patrimonial.⁴⁷⁰

Nonobstant cette stipulation, le mandant peut lui-même agir, et les actes qu’il passera ne seront pas nuls. Un auteur a récemment vu dans cette caractéristique un argument supplémentaire en faveur de l’institution de la fiducie nommée, qui, elle, ne serait pas révocable du seul fait du constituant. En outre, le seul fait de prévoir un terme spécifique au mandat n’empêche nullement la libre révocation du mandat. Le mandataire doit respecter les instructions de son mandant lors de l’exécution de son mandat, dès lors que les instructions sont précises et obligatoires. Le mandat n’est donc pas un outil fiable pour gérer le bien d’autrui de façon indépendante. La gestion d’une entreprise impose que le gestionnaire ne subisse pas les volontés intempestives de la personne lui ayant confiée cette gestion. Or, le mandat permet au mandant de donner des instructions à son mandataire. Les droits des bénéficiaires de la gestion ne peuvent pas être assurés convenablement si leurs droits sont à la merci d’une révocation par un mandant. A l’inverse, une fiducie permettrait d’éviter ces deux inconvénients. D’une part, la fiducie ne pourrait pas être librement révoquée par la constituant; d’autre part, le fiduciaire ne serait pas tenu de suivre les indications ou instructions du constituant. Par conséquent, le fiduciaire serait seul maître de la gestion de l’entreprise et pourrait ainsi pleinement exécuter l’objet de la fiducie” (François Barrière, *La réception du trust au travers de la fiducie*, cit., p. 228-230). “Comme le souligne M. Henri de Richemont, rapporteur de la commission des lois du Sénat, la fiducie comporte plusieurs avantages par rapport à l’institution classique du mandat de gestion. En premier lieu, certaines situations exigent d’un mandataire l’accomplissement de formalités particulières. C’est ainsi que la vente des valeurs ou des biens appartenant à un mineur ou à un majeur protégé et gérés sous mandat requiert une autorisation spéciale du tuteur, du juge des tutelles ou du conseil de famille. De même, lorsqu’il s’agit d’exercer des droits extra-pécuniaires dans le cadre d’une société, la représentation aux assemblées générales se voit enfermée dans des règles très strictes. En second lieu, le mandataire n’exerce aucun pouvoir exclusif sur les valeurs ou les biens qui lui sont confiés, le mandant conservant la possibilité d’agir en dépit de la délégation qu’il lui avait accordée. Nonobstant l’existence de quelques cas particuliers de transfert de propriété à des fins de gestion concernant essentiellement les instruments financiers, l’instauration de la fiducie à des fins de gestion dans notre droit vise surtout à faciliter la réalisation d’opérations bancaires et financières complexes” (Assemblée Nationale, Rapport fait au nom de la Commission des Lois Constitutionnelles, de la Législation et de l’Administration Générale de la République sur la proposition de loi (n. 3385), adoptée par le Sénat, instituant la fiducie, par Xavier de Roux, p. 8).

⁴⁶⁹ Alude-se aqui às interferências que podem ser causadas pelos credores do fiduciário. Sobre o ponto, confira-se o item 2.1.3 do capítulo 2.

⁴⁷⁰ “La fiducie répond à cette évidente nécessité d’une adaptation des formes de gestion du patrimoine, et par-là des libéralités, aux modifications économiques incessantes du monde moderne. La recevoir dans nos droits continentaux, c’est doter ces droits d’une structure qui pourrait enfin tenir la place du *trust* et jouer l’indispensable rôle de protection des patrimoines que celui-ci tient dans la vie anglo-américaine” (Jacques Dufaux, *Les opérations fiduciaires à des fins de libéralité*, cit., p. 132). V. tb. Michel Grimaldi e François Barrière, *La fiducie en droit français*, cit., p. 256. “La fiducie, régime volontaire et contractuel, permettra notamment à toute une série de catégories de personnes d’être déchargée de la gestion de biens, tout en les attribuant à une personne de confiance (le fiduciaire) qui devra les gérer avec loyauté et attention (ou diligence) pour leur bénéfice. L’utilisation par des personnes physiques de cet instrument pourra être d’un intérêt d’autant plus grand que le vieillissement de la population française devient une réalité à prendre pleinement en compte, certaines personnes étant susceptibles de préférer être déchargées de la gestion de leurs biens en ayant recours à une personne de confiance. La fiducie n’impliquera pas une surcharge pour les tribunaux, étant d’origine contractuelle. Elle ne nuira pas à la protection des personnes en très grandes difficultés, les régimes impératifs légaux (tutelle notamment) demeurant applicables le cas échéant. En outre, seule une personne non-sujette à une

A atividade de gestão do patrimônio, embora se refira a elementos de valor pecuniário, pode ter por escopo primordial proteger situações existenciais, como garantir meio de vida digna aos incapazes.⁴⁷¹ Por intermédio do patrimônio é possível a tutela de variados interesses, valendo destacar, por sua importância, as situações existenciais daqueles que se encontram em especial posição de vulnerabilidade. A garantia de gestão proba e eficiente que assegure aos incapazes recursos para a manutenção de sua vida digna é o objetivo colimado por muitos.⁴⁷²

Diante da ausência, no Brasil, de expediente que ampare essa legítima pretensão, o que se verifica são as famílias mais abastadas praticando *trust* no exterior.⁴⁷³ O *trust* torna-se,

incapacité de transférer la propriété de biens, de disposer de sa propriété, pourra valablement conclure une fiducie” (Exposé des motifs de loi instituant la fiducie, présentée par Philippe Marini, p. 3). Cf. tb. Assemblée Nationale, Rapport fait au nom de la Commission des Lois Constitutionnelles, de la Législation et de l’Administration Générale de la République sur la proposition de loi (n. 3385), adoptée par le Sénat, instituant la fiducie, par Xavier de Roux, p. 8.

⁴⁷¹ “Les principales applications futures de la fiducie s’exercent sans doute dans la vie économique et pour le bénéfice de personnes en difficultés. L’internationalisation de la vie économique a conduit les praticiens du droit français à se familiariser avec cette pratique et à en apprécier l’utilité, en particulier dans la vie des affaires. L’intérêt pour des personnes ‘vulnérables’ de recourir à la fiducie ne peut pas non plus être négligé; au contraire, il milite même fortement en faveur de l’adoption de la fiducie” (Exposé des motifs de loi instituant la fiducie, présentée par Philippe Marini, p. 2).

⁴⁷² Nessa perspectiva, destacando a vinculação do patrimônio à promoção de interesses existenciais e de condições dignas de vida, confira-se Luiz Edson Fachin, *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*, cit., p. 231-281). Destaque-se da lição do autor: “O pólo nuclear do ordenamento jurídico passa a migrar da propriedade para a pessoa, em seu sentido ontológico. Contudo, a tutela de um patrimônio mínimo nucleado na dignidade da pessoa humana, parece-nos bem representar o novo sentido a ser dado ao patrimônio na perspectiva de um direito civil repersonalizado – o qual tão-só se legitima a partir do momento em que observam os valores existenciais e primordiais da pessoa, que hoje estão encartados em sede constitucional” (p. 251).

⁴⁷³ “Pessoas que têm feito o trust: por aqui, são milionários, principalmente do Nordeste, Sul e Sudeste, em geral pertencentes a famílias tradicionais de suas localidades. De acordo com um profissional da área de private banking de um banco de varejo, os patriarcas quase sempre decidem montar um trust para evitar que o patrimônio da família seja dilapidado por seus genros. Esse tipo de instrumento ainda não é para qualquer investidor private. Segundo o profissional, apenas um patrimônio superior a US\$ 15 milhões justifica sua instituição porque os custos são elevados e variam de acordo com o patrimônio envolvido. (...). Bancos de varejo brasileiros têm atuado como assessores para seus clientes interessados em instituir trusts. Mas, como os nacionais não têm grandes estruturas no exterior, acabam levando os clientes para que as trust companies estrangeiras conduzam o negócio – e depois racham as taxas. Profissionais ligados à gestão de fortunas consideram que o mercado brasileiro de trusts pode ser bastante promissor e até se tornar acessível a pessoas com menos recursos se algumas mudanças nos instrumentos legais forem feitas. Esse mercado seria abundante porque a segunda e terceira geração de empreendedores acaba se transformando em um problema. (...). A atividade também seria interessante para os gestores de fortunas, pois pelo menos parte do dinheiro dos trusts de brasileiros poderia ficar no País. Apesar de os trustees dos primórdios serem pessoas físicas, atualmente são as instituições que dominam esse mercado nos países onde o instrumento é tradicional. Os amigos de confiança da família foram cedendo lugar aos profissionais especializados, que fazem cursos e passam por processos de certificação para trabalhar nas trust companies – instituições que têm de funcionar separadamente, caso façam parte de um conglomerado financeiro. A vantagem de ter uma instituição como trustee, e não um indivíduo, é a garantia de capital em caso de condenações judiciais. O trustee pode ser obrigado a indenizar os beneficiários do trust se for provado, por exemplo, que ele ocasionou prejuízos por conta do descumprimento das cláusulas do trust ou por imprudência.” (http://www.capitalaberto.com.br/ler_artigo.php?pag=2&sec=4&i=392, último acesso em 22.7.2013, às 11h). “Lily Marinho fez um leilão de toda a sua riqueza no ano passado e entregou a gestão dos cerca de R\$ 25 milhões arrecadados para um *trust*, que será o responsável pelo cumprimento dos mandatos de gestão e distribuição aos herdeiros conforme o contrato assinado por ela. O único problema é que a figura do *trust* não existe na legislação brasileira. Só é possível para quem quer aplicar os recursos no exterior” (Márcio

assim, de acesso a poucos e traz como inconveniente a retirada de recursos do país, além da dificuldade de controle quanto à violação de eventuais normas cogentes do direito pátrio. Constatase que apenas os que possuem recursos têm acesso a esses mecanismos de planejamento patrimonial. A incorporação da fidúcia, por outro lado, democratizaria e internalizaria a utilização desse expediente, que se somaria aos já existentes para promover, com mais vigor, interesses valorados positivamente pelo ordenamento.

3.2.1 Fidúcia como importante instrumento ao lado da tutela e da curatela

3.2.1.1 Gestão patrimonial com escopo de proteção dos filhos incapazes

A preocupação dos pais em relação aos filhos, notadamente quando incapazes, vincula-se à possibilidade de virem a faltar e, nessa hipótese, seus filhos, além da perda pessoal, sofrerem percalços na gestão de seus bens e de suas pessoas, em virtude dos procedimentos próprios a que se sujeitarão, a saber, tutela⁴⁷⁴ ou curatela⁴⁷⁵ e inventário.

Por isso que os pais buscam formas de garantir, tanto quanto possível, por meio dos instrumentos legais existentes, a continuidade de recursos patrimoniais aos filhos para além de seu falecimento. Para tanto, podem pactuar seguro de vida ou a criação de sociedades familiares, das quais os filhos sejam quotistas, por exemplo. Cuida-se de sociedades que a rigor têm mero escopo de gestão; servem para organizar e administrar o patrimônio em benefício dos membros da entidade familiar.⁴⁷⁶ E os pais podem, ainda, instituir tutor em testamento ou qualquer outro documento autêntico para seus filhos menores.⁴⁷⁷

Nada obstante a importância desses mecanismos, eles deixam a descoberto as preocupações dos pais em relação à forma de gestão dos bens e da pessoa dos filhos. Isso

Kroehn, *Um plano para chamar de seu*, in *ISTO É Dinheiro*, 2009, disponível em <http://www.istoedinheiro.com.br/noticias/1602>, último acesso em 19.7.2013, às 21h).

⁴⁷⁴ “Tutela é o encargo civil, conferido a alguém pela lei, ou em virtude de suas disposições, para que administre os bens, proteja e dirija a pessoa do menor, que se não acha sob a autoridade de seu pai ou de sua mãe” (Clovis Bevilacqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, vol. II, Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1960, p. 310).

⁴⁷⁵ “Curatela é o encargo público, conferido, por lei, a alguém, para dirigir a pessoa e administrar os bens dos maiores, que por si não possam fazê-lo” (Clovis Bevilacqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, vol. II, cit., p. 349).

⁴⁷⁶ Cf. Elisa Costa Cruz e Lilibeth de Azevedo, *Planejamento sucessório*, in *Diálogos sobre direito civil*, vol. III, Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 554.

⁴⁷⁷ V. art. 1.729 do Código Civil.

porque o tutor ou o curador, embora exerçam um múnus público⁴⁷⁸ do qual devem prestar contas, agem consoante sua discricionariedade, tomando as decisões que melhor entenderem para gerir, adequadamente, o patrimônio e zelar pela pessoa que está sob sua responsabilidade.

Os pais, por tal razão, não raras vezes têm dificuldade em confiar em alguém para cuidar integralmente de todos os aspectos relacionados aos seus filhos. Pode ocorrer de haver na família um irmão atencioso e dedicado, mas que é incauto na gestão financeira. De outra parte, é possível que aquele mais centrado nos aspectos patrimoniais não tenha afinidade com crianças ou jovens. Difícil congregar num mesmo sujeito todas as legítimas preocupações e anseios dos pais.

Em virtude disso, os pais acabam buscando formas de gestão do patrimônio e mesmo das pessoas de seus filhos que se somem à tutela e à curatela, de maneira a auxiliar o tutor e o curador na sua importante tarefa. Diante da falta do negócio de fidúcia no Brasil, outros institutos acabam sendo utilizados para dar vazão a esses legítimos interesses.⁴⁷⁹

Entre tais mecanismos vale destacar, por sua importância econômica e social, o fundo de investimento, que traduz típico veículo voltado para a aplicação de recursos captados por meio da oferta pública de cotas. O fundo possibilita a gestão coletiva de capitais angariados junto ao público, com vistas a proporcionar aos investidores ganhos decorrentes dessa administração profissional.⁴⁸⁰

Precisamente em razão de seu caráter público, isto é, de sua importância para a poupança e para o financiamento das atividades econômicas, os fundos sujeitam-se, nos termos da Lei nº. 6.385/1976, à regulação da Comissão de Valores Mobiliários – CVM, sem prejuízo da autorregulação desempenhada por meio de associações privadas. Em termos gerais, a atuação da CVM tem por finalidade proteger os investidores que confiam seus recursos aos administradores, estimular o investimento e assegurar a estabilidade do sistema financeiro, haja vista a destacada relevância sistêmica da indústria de fundos.

⁴⁷⁸ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol. V, cit., p. 480-481; Álvaro Villaça Azevedo, *Comentários ao código civil*, vol. 19, Antônio Junqueira de Azevedo (coord.), São Paulo: Saraiva, 2003, p. 319.

⁴⁷⁹ Sobre o ponto, seja consentido remeter a Milena Donato Oliva e Pablo Rentería, *Fidúcia: a importância da incorporação dos efeitos do trust no direito brasileiro*, cit., p. 51-56.

⁴⁸⁰ “Os fundos de investimento correspondem a uma actividade de intermediação financeira que facilita a intersecção entre a procura e a oferta de capital. (...). A criação de fundos de investimento tem em vista a subtracção de recursos económicos ao consumo imediato e a sua destinação à produção de nova riqueza” (Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, *Fundos de Investimento Mobiliários Abertos*, Coimbra: Almedina, 1997, p. 11). V. tb. Alexandre Brandão da Veiga, *Fundos de Investimento Mobiliário e Imobiliário*, Coimbra: Almedina, 1999, p. 20.

O fundo não se mostra expediente vocacionado para a gestão patrimonial sem apelo ao público. Dessa forma, situações privadas merecedoras de tutela que demandem flexibilidade e segurança na gestão profissional de recursos ficam a descoberto.

Tal lacuna normativa, sem prejuízo de outras razões, tem levado os particulares, a despeito da já indicada inadequação estrutural e funcional, a recorrer à constituição de fundo de investimento cujas cotas, entretanto, não são oferecidas publicamente. A CVM, não obstante sua competência voltar-se aos fundos que captam recursos por meio da distribuição pública de cotas, vem admitindo tal movimento, por reconhecer que, à míngua de outros instrumentos adequados, os fundos passaram a desempenhar função social notável, que se expandiu para além da sua vocação original.

No entanto, como de outro modo esse expediente poderia ser desvirtuado, substituindo-se a CVM indevidamente ao legislador, a opção do particular pela constituição de um fundo deve ser acompanhada, segundo já decidiu a CVM, de todas as consequências jurídicas previstas na regulamentação em vigor. Em outras palavras, o veículo constituído por um particular que não tem a intenção de distribuir publicamente suas cotas deve, não obstante tal escopo, ser regido exatamente como se fosse um típico fundo de investimento, voltado para a captação pública de recursos, sujeitando-se a todas as obrigações e restrições estabelecidas pela CVM. Veja-se, a propósito, a decisão proferida pelo Colegiado da CVM, em 21.2.2006, que firmou o entendimento sobre o tema:

Não há necessidade nem possibilidade de registro na CVM de fundos de investimento em geral cujas cotas destinem-se à colocação privada, sem prejuízo de que, em busca da segurança jurídica decorrente da existência de regulamentação, ou por qualquer outra razão lícita, os administradores obtenham o registro de fundos junto à CVM, sujeitando-se a todos os ônus inerentes, e não venham a realizar efetivo esforço de colocação pública.⁴⁸¹

Trata-se, como se vê, de orientação afinada, ao mesmo tempo, com os anseios sociais e o dado normativo, que reconhece a expansão da potencialidade funcional dos fundos de

⁴⁸¹ Cuida-se do Processo CVM RJ 2005/2345, no qual o Colegiado apreciou consulta, formulada pela Superintendência de Registros da autarquia, sobre alguns pontos relativos à distribuição pública ou privada de cotas de fundos de investimento. Vale ainda transcrever o seguinte trecho da decisão: “O Colegiado entendeu que o registro de fundos de investimento perante a CVM somente se justifica quando se tratar de fundos distribuídos publicamente, tendo em conta que nos demais casos se estará diante de um condomínio não regulado pela CVM, segundo a legislação em vigor. Diante disto, não é possível, do ponto de vista legal, que a CVM conceda registro a qualquer fundo de investimento não destinado à distribuição pública. Somente a edição de uma lei que atribuísse competência à CVM para criar um registro de fundos, independentemente de sua distribuição pública, daria poderes à autarquia para tanto. Por estas razões, embora nada impeça que o administrador deixe de realizar esforço de venda de cotas de fundo registrado na CVM, o registro deve ser examinado e concedido como se tal esforço fosse realizado”. Para consultar a íntegra da decisão, bem como o voto do Relator Presidente Marcelo Trindade, confira-se a página www.cvm.gov.br.

investimento para além da gestão de recursos captados junto ao público, sem descuidar dos fundamentos das prerrogativas legais conferidas à CVM.

Apesar desse seu alargamento funcional, o fundo não constitui panaceia capaz de satisfazer a todas as necessidades (legítimas) que seriam atendidas por meio da instituição da fidúcia no Brasil. Exemplo eloquente das limitações do emprego do fundo de investimento como técnica de administração particular de recursos é o caso, que se tornou público em razão de decisão proferida pela CVM, do casal que procurava planejar a sucessão de seus bens com vistas a assegurar, após o falecimento, o bem-estar de seus dois filhos menores portadores de síndrome de *Down*. Em particular, buscavam garantir que, na eventualidade de sua morte, os seus filhos tivessem acesso seguro, tempestivo e contínuo a recursos financeiros, que não pudesse ser prejudicado pelas vicissitudes do processo judicial de inventário e partilha, nem pela eventual atuação negligente ou temerária do tutor.

À míngua de previsão, no direito pátrio, de um modelo jurídico adequado, a instituição financeira que assessorou o casal propôs a constituição, em território nacional, de um fundo de investimento fechado,⁴⁸² cujas cotas seriam inicialmente subscritas pelo casal e, em momento posterior, doadas aos filhos. Nesse fundo seriam administrados, segundo uma política conservadora, os recursos destinados aos menores, prevendo-se, no regulamento, que, após a morte dos pais, as amortizações⁴⁸³ ocorreriam mensalmente ou por decisão unânime dos cotistas.

De outra parte, a fim de evitar que a estrutura assim delineada pudesse ser desvirtuada pelo tutor ou pelo administrador do fundo, a instituição financeira sugeriu a constituição de um *trust* no exterior, que passaria a ser cotista do fundo com vistas a fiscalizar o cumprimento de suas finalidades e evitar que fossem aprovadas, em assembleia de cotistas, deliberações contrárias ao melhor interesse dos filhos menores.

Para tanto, a instituição propôs que o *trust* fosse diretamente remunerado pelo fundo, mediante constituição de um Conselho Consultivo para assessorar a administração do fundo, do qual o *trust* seria membro e, por essa razão, seria recompensado. Alternativamente, a

⁴⁸² De acordo com o disposto no art. 5º da Instrução Normativa nº. 409 da CVM, os fundos fechados, ao reverso dos abertos, são aqueles cujas cotas somente são resgatadas ao término do prazo de duração do fundo. O resgate é o ato de conversão da cota em valor a ser pago (de ordinário, em pecúnia) ao cotista. O valor da cota é calculado sobre o valor total do fundo, de acordo com as regras estabelecidas no regulamento.

⁴⁸³ Nos termos do disposto no parágrafo único do 5º da Instrução Normativa nº. 409 da CVM, a amortização corresponde ao “pagamento uniforme a todos os cotistas de parcela do valor de suas cotas sem redução do número de cotas emitidas, efetuado em conformidade com o que a esse respeito dispuser o regulamento ou a assembleia geral de cotistas.” Em essência, a amortização corresponde a mecanismo de distribuição dos rendimentos obtidos pelo fundo entre os cotistas.

instituição financeira cogitou do *trust* ser contratado pelo fundo para desempenhar a representação dos cotistas, fazendo jus, nessa qualidade, a uma retribuição financeira.

Dando início à execução do planejamento sucessório, a instituição financeira protocolizou junto à CVM pedido de registro do fundo, nos termos do art. 7º da Instrução Normativa nº. 409 da CVM. Consoante já se destacou, o fato de as cotas do fundo não serem destinadas à oferta pública não seria um empecilho à concessão do registro pleiteado, se não fosse, todavia, a intenção de remunerar o *trust* a expensas do fundo. Isto porque o art. 63 da mencionada Instrução Normativa é expreso no sentido de que os membros do conselho consultivo devem ser remunerados pelo administrador, não se admitindo que tal despesa seja imputada diretamente ao próprio fundo.⁴⁸⁴ Por sua vez, a remuneração de um eventual representante dos cotistas também não poderia ser suportada pelo fundo, haja vista que tal despesa não configuraria, nos termos do art. 99 da mesma Instrução, um *encargo* do fundo, devendo, portanto, correr por conta do administrador, como determina o art. 100.⁴⁸⁵

A instituição financeira sustentou a importância de a remuneração do *trust* ser arcada diretamente pelo fundo para a plena realização das finalidades almejadas pelo planejamento sucessório. Aduziu que de outro modo o *trust* não teria a independência desejada – inclusive para fiscalizar a atuação do administrador – pois somente ao ser contratado e remunerado diretamente pelo fundo a sua destituição dependeria necessariamente de deliberação unânime da assembleia de cotistas, na qual ele próprio votaria. Já no caso de ser contratado pelo administrador, a sua atuação, em prol dos interesses dos menores incapazes, correria o risco de ser interrompida por decisão do próprio administrador. Com base nesse argumento, solicitou ao Colegiado da CVM autorização para que, em exceção ao disposto no art. 63 ou no art. 100, a remuneração do *trust* fosse suportada diretamente pelo fundo.

Contudo, de maneira coerente com a orientação firmada, o Colegiado da CVM indeferiu o pedido formulado. Como destacou a decisão, muito embora os fundos de investimento cujas cotas não sejam destinadas a oferta pública possam ser registrados na CVM, devem se sujeitar a todas as normas impostas pela regulamentação desta.

Tal situação deixa às claras a necessidade de se introduzir a fidúcia no direito brasileiro. Os fundos de investimento, porque são regulamentados pela CVM com vistas a proteger o público investidor, são submetidos a disciplina jurídica específica, que se mostra

⁴⁸⁴ “Art. 63. Sem prejuízo das responsabilidades de cada um dos prestadores de serviços de administração do fundo, podem ser constituídos, por iniciativa dos cotistas, do administrador ou do gestor, conselhos consultivos, comitês técnicos ou de investimentos, os quais não podem ser remunerados às expensas do fundo.”

⁴⁸⁵ “Art. 100. Quaisquer despesas não previstas como encargos do fundo, inclusive as relativas à elaboração do prospecto, correm por conta do administrador, devendo ser por ele contratados.”

excessivamente rígida para reger a gestão fiduciária de recursos nas hipóteses que não envolvem a proteção da poupança pública.

A restrição, estabelecida no regulamento da CVM, quanto às despesas que podem ser suportadas diretamente pelo fundo, se justifica plenamente quando se tem em vista a tutela do público investidor. Afinal, como, de ordinário, o regulamento do fundo é estipulado unilateralmente pelo administrador, a regra procura evitar que o investimento dos cotistas seja indevidamente prejudicado por um número excessivo de despesas suportadas pelo fundo. Entretanto, em outro contexto, especialmente quando a realização das finalidades perseguidas pelas partes depende, fundamentalmente, de o fundo arcar com a despesa, tal regra se revela inadequada.

Dessa sorte, ainda que a CVM admita o funcionamento de fundos destinados à colocação privada, certo é que, em muitos casos, a constituição de um fundo não se presta a satisfazer, nas mais variadas situações, os legítimos interesses dos particulares – como o caso dos dois menores portadores de necessidades especiais.

A admissão em termos gerais da fidúcia no direito pátrio se mostraria medida salutar para a tutela de relevantes necessidades econômicas e existenciais dos indivíduos, em consonância com os valores sociais da livre iniciativa.⁴⁸⁶ Seria possível que os incapazes (ou mesmo os que, capazes, tenham algum tipo de necessidade especial) recebessem tutela moldada às suas concretas necessidades.⁴⁸⁷ A circunstância de a propriedade dos bens ficar

⁴⁸⁶ “Qué fines especiales pueden conseguirse mediante la fiducia de inversión? Tiene infinidad de aplicaciones, entre otras, pueden citarse los casos en que el producto de la inversión se destina a sufragar los gastos de sostenimiento y educación de menores, de hospitalización y curación de enfermos, el pago de la pensión alimenticia, etc.” (Eduardo Casas e Sanz de Santamaría, *La Fiducia*, cit., p. 40). “I *trust* in favore di soggetti disabili furono fra i primi a essere istituiti qualche anno fa e sono frequenti oggi. (...). Il fedecommesso è connesso all’interdizione, attuale o presumibile, il *trust* ovviamente no. Si può quindi ricorrere al *trust* quando manchi e non sia presumibile l’interdizione, ma sia tuttavia opportuno provvedere agli interessi di un soggetto debole: per esempio, nei casi di gravi disabilità fisiche, ma no psichiche, di difficoltà di attendere ai propri interessi, che non integrino i presupposti per l’interdizione, ovvero quando il soggetto dovrebbe essere interdetto, ma i suoi familiari non desiderano avviare la relativa procedura (il che non è affatto raro)” (Maurizio Lupoi, *Il trust nel diritto civile*, cit., p. 334-335).

⁴⁸⁷ “Uno dei campi in cui il *trust* ha trovato svariate applicazioni è quello della tutela dei soggetti deboli. Per persone deboli si devono intendere tutti coloro che non sono in grado, in via temporanea o permanente, di provvedere autonomamente ai propri interessi, sia economici, che relativi alle relazioni interpersonali, che infine inerenti le normali condizioni di vita. Si tratta di situazioni di disabilità anche molto diverse fra loro, in ciascuna delle quali le esigenze di cura e tutela di tali soggetti si configurano diversamente. L’interesse alla protezione di tali persone deboli preoccupa i genitori non solo durante la loro vita, ma anche, in maniera particolarmente pregnante, per la fase della vita del disabile successiva alla loro morte. Le forme di protezione offerte dal diritto interno non si rivelano adeguate: gli istituti tradizionale dell’interdizione e dell’inabilitazione appaiono strumenti rigidi e preventivi non tanto protettivi, bensì penalizzanti ed ‘invasivi’ per il disabile, che viene privato della capacità d’agire; anche l’istituto dell’amministrazione di sostegno, di relativamente recente introduzione, accolto inizialmente come il portato di una nuova concezione della persona umana e di un rinnovato quadro legislativo sensibile alle istanze di protezione dei soggetti deboli e attento a valorizzarne la dignità di persone, ha dimostrato alcune inadeguatezze. Proprio la crescente insoddisfazione e la sfiducia nei confronti degli strumenti civilistici hanno aperto la strada all’impiego del *trust*, quale istituto in grado di supplire a tali carenze. L’estrema

com o fiduciário, não já com o tutor ou curador, confere flexibilidade e agilidade na administração do patrimônio que tem como beneficiário o incapaz,⁴⁸⁸ além de poder contar com gestão profissional e especializada.⁴⁸⁹

É possível que essa gestão patrimonial ocorra em proveito do sujeito com necessidade especial independentemente de sua interdição, o que possibilita a proteção de seus interesses sem, por outro lado, submetê-lo ao delicado processo de interdição,⁴⁹⁰ notadamente quando se mostra viável administrar sua especial condição sem a medida extrema da incapacidade. Alcança-se o mesmo escopo protetivo obtido com a interdição sem, por outro lado, os inconvenientes desta. De acordo com autorizada doutrina:

O que motiva o autor de uma liberalidade que se vale da fíducia é, em essência, a necessidade de prover economicamente o contemplado, quer essa necessidade seja real – como na hipótese da pessoa em posição de vulnerabilidade – quer seja apenas um receio na mente do doador. É certo que as legislações em geral estabeleceram sistemas de proteção patrimonial dos interesses do menor e do maior incapaz; embora não seja aqui a sede apropriada para examiná-los, tais sistemas, no mais das vezes, são pesados e, para os maiores de idade, humilhantes. Por isso que são utilizados apenas em casos extremos. Ademais, nem sempre são eficientes, já que,

flessibilità dell'istituto consente di adeguarlo alle concrete esigenze del caso, dando luogo ad una estrema varietà di utilizzi” (Chiara Ferrari e Sonia Ugolini, *I trusts in ambito successorio*, in *Donazioni, atti gratuiti, patti di famiglia e trusts successori*, diretta da Enrico del Prato, Maria Costanza e Paola Manes, Torino: Zanichelli, 2010, p. 665). V. tb. Mario Petrulli e Francesco Rubino, *Il trust*, cit., p. 199.

⁴⁸⁸ “Rispetto alla tutela, in caso di soggetti interdetti o di minori, e alla curatela a sostegno degli inabilitati, il *trust* presenta elementi di novità e di superiorità competitiva. In primo luogo il *trustee* diviene proprietario dei beni in *trust* sebbene obbligato a destinarli al soddisfacimento dei bisogni di vita del beneficiario, ossia al mantenimento, al sostegno e all’assistenza del soggetto debole. Questa caratteristica garantisce maggior snellezza all’istituto, in quanto, essendo proprietario a tutti gli effetti, il *trustee* non necessita delle autorizzazioni di volontaria giurisdizione previste dalla legge in relazione all’attività di straordinaria amministrazione del *trust fund*. Egli dunque è investito di pieni poteri di amministrazione, che esercita senza alcun controllo giudiziale. In secondo luogo, un simile *trust* consente non solo di rispondere alle esigenze di protezione e gestione patrimoniale, ma anche di realizzare gli interessi attinenti alla cura e al mantenimento del soggetto debole. La duttilità dell’istituto permette al disponente di calibrarlo in base alle esigenze del caso concreto, adattando a ciò poteri del *trustee*, modalità gestionali, natura dei benefici da attribuire al soggetto debole. Il *trust* può prevedere l’attribuzione in favore del beneficiario dei redditi dei beni in *trust*, l’utilizzazione diretta di uno o più beni, l’impiego in suo favore dei beni o del ricavato dall’alienazione degli stessi e, oltre al lato economico-patrimoniale, può disporre che il *trustee* si occupi anche della cura del soggetto debole dal punto di vista umano” (Chiara Ferrari e Sonia Ugolini, *I trusts in ambito successorio*, cit., p. 666-667).

⁴⁸⁹ “La importancia del seguro de vida fiduciario, sus ventajas indudables, los evidentes beneficios que procura dentro de una mayor seguridad, hacen hoy necesaria su práctica, especialmente para aquellas personas que por tener a su cargo hijos menores, interdictos o incapaces, deben atender a la obligación de dotarlos para el futuro y a falta de aquellas, de una segura y congrua subsistencia. Hoy por hoy todos nos preocupamos por tratar de establecer seguridades para quienes por su edad, condición o incapacidad, se consideran sin aptitud suficiente para administrar adecuadamente su patrimonio. Si es cierto que los menores de edad, los incapaces y los interdictos tienen, por ministerio de la ley, quién los represente – tutores y curadores –, podemos argüir, como en el caso de las fundaciones, que son los fiduciarios o trustees, por razón de su investidura especializada y demás atributos ya hoy bien reconocidos, los llamados a administrar las indemnizaciones provenientes de los seguros de vida y proveer a la conservación y acrecimiento de los respectivos patrimonios” (Eduardo Casas e Sanz de Santamaría, *La Fiducia*, cit., p. 52).

⁴⁹⁰ Como observa argutamente Caio Mário da Silva Pereira, “(...) a interdição, posto instituída na defesa do doente mental, não deixa de ser vexatória e opressiva, porque retira ao indivíduo a capacidade de gerir seus bens e dirigir sua pessoa” (*Instituições de Direito Civil*, vol. V, cit., p. 514).

com frequência, se baseiam em um controle familiar e judicial cuja expertise econômica é deveras incerta e do qual se pode lamentar, algumas vezes, a excessiva prudência, haja vista a preferência sistemática pelos títulos públicos. Além disso, em relação ao menor de idade, a proteção limita-se ao tempo da minoridade. Acrescente-se o grave problema da destinação das indenizações pagas a um menor ou a um jovem maior que, vítima de lesões graves, tem pela frente uma vida dificilmente previsível: será por toda a vida um assistido ao qual bastaria uma renda reajustável? Ou, em determinado momento, necessitará de uma soma de dinheiro para, por exemplo, adquirir uma moradia ou uma oficina, que lhe permitiria viver melhor, em termos humanitários, sociais e até mesmo financeiros? Para esse fim, os mecanismos legais nada ou muito pouco contribuem; em alguns casos, inclusive, podem se revelar nefastos em razão da sua rigidez.⁴⁹¹

Por meio da fidúcia, a gestão patrimonial ficaria a cargo de instituições especializadas, responsáveis por garantir o padrão de vida dos incapazes e a preservação dos seus interesses. Os pais poderiam deixar inúmeras diretivas relacionadas a aspectos pessoais dos filhos, bem como aos ativos deixados em fidúcia, prevendo verba específica para educação, cursos, lazer, esporte, saúde, cultura, etc. de maneira a garantir a plena realização da pessoa de seus filhos para além da sua morte.⁴⁹²

O fiduciário, ao gerir o patrimônio dos incapazes para específicas finalidades, acabaria não apenas por auxiliar o tutor ou o curador em seu mister, como também por fiscalizar sua atuação, verificando se efetuaram a matrícula do incapaz em escola do nível indicado pelos pais, se estão efetivamente investindo no lazer e cultura destes consoante a verba para tanto

⁴⁹¹ Tradução livre. No original : “Ce qui anime l’auteur d’une libéralité qui se tourne vers la fiducie, c’est essentiellement le besoin de protection économique du gratifié, que ce besoin soit réel – comme dans le cas d’un être en position de faiblesse relative – soit n’existe que sous la forme d’une crainte dans l’esprit même du donateur. Certes, les législations ont dans l’ensemble créé des systèmes de protection patrimoniale des intérêts du mineur que du majeur incapable; il n’est pas lieu ici de les examiner; mais, le plus souvent, ces systèmes sont lourds et, lorsqu’il s’agit d’un majeur, humiliants. Ils ne sont dans ce fait utilisés que dans des cas extrêmes. De plus, ils ne sont pas toujours efficaces, car ils reposent souvent sur un contrôle familial et judiciaire dont non seulement la compétence économique n’est nullement certaine, mais dont on peut quelquefois regretter l’extrême prudence, tel le choix systématique de fonds d’Etat. De plus, pour le mineur, la protection légale est limitée au temps de la minorité. Ajoutons le grave problème du sort des indemnités versées à un mineur ou à un jeune majeur atteint de lésions graves et dont le déroulement de la vie est difficilement pronosticable: Sera-t-il toute sa vie un assisté, auquel une rente révisable conviendra? Aura-t-il au contraire à un moment donné besoin d’un capital, par exemple pour acquérir un logement, créer un artisanat qui lui permettra humainement, socialement, et, peut-être, financièrement, de mieux vivre? Les mécanismes légaux de protection jouent ici aucun ou peu de rôle; parfois même ils peuvent être néfastes par leur rigidité” (Jacques Dufaux, *Les opérations fiduciaires à des fins de libéralité*, cit., p. 114). V. tb. Jacques Beaulne, *Droit des fiducies*, cit., p. 76.

⁴⁹² “Il fedecommeso, essendo inscindibilmente legato alla interdizione, vede il tutore svolgere le proprie ordinarie funzioni; questo è precisamente quello che i genitori normalmente non vogliono in quanto, a torto o ragione, considerano la tutela come una struttura burocratica e non garantistica degli interessi dell’interdetto. Trattando in generale di soggetti deboli, interdicibili o meno, sopravviene una considerazione più profonda: la tutela è preordinata alla cura degli interessi *patrimoniali*, mentre i genitori si preoccupano, anche e soprattutto, degli interessi personali del soggetto debole: rimanere o meno nella casa dei genitori dopo la loro morte, l’assistenza infermieristica o la partecipazione a gruppi o comunità, le abitudini di vita da assicurare e così via. Queste esigenze sono assicurate affiancando un guardiano al *trustee* e commettendo al primo poteri di controllo sul *trustee* (fino alla sua sostituzione) e più in genere il potere di segnalare al *trustee* quali spese sia opportuno sostenere. Vengono così specializzate le funzioni e il *trustee* potrà essere un soggetto idoneo a gestire gli aspetti patrimoniali, il guardiano quelli personali” (Maurizio Lupoi, *Il trust nel diritto civile*, cit., p. 335).

destinada etc. Da mesma maneira, o tutor e o curador também fiscalizariam a gestão patrimonial empreendida pelo fiduciário, tratando-se de mútuo controle proveitoso para os interesses do incapaz. E ainda pode contribuir nessa importante atividade de fiscalização o protutor.⁴⁹³ Note-se que a lógica de colocar certos bens sob uma gestão específica independentemente da autoridade parental, da tutela ou da curatela se encontra no § 2º do art. 1.733 do Código Civil,⁴⁹⁴ a denotar que o legislador valorou positivamente a preocupação concernente à gestão de certos bens, que poderia não ser confiada àquele que tem a responsabilidade pelo incapaz.

A fidúcia, ademais, poderia ser eficiente mecanismo para que os pais pudessem, à luz dos concretos interesses e necessidades de seus filhos, garantir a continuidade da qualidade de vida destes e a plena realização de sua personalidade, independentemente de eventuais mudanças que possam ocorrer com as pessoas dos tutores ou curadores. O encargo imposto a determinado tutor dura apenas dois anos,⁴⁹⁵ ao passo que a fidúcia pode ser avençada para persistir enquanto perdurar a incapacidade ou a especial necessidade que a motivou, garantindo a constância na administração dos bens afetados aos incapazes.

Claro que a necessidade da instituição da fidúcia é tanto maior quanto a falta de pessoas de confiança próximas dos pais que pudessem aceitar o encargo da tutela ou curatela. De todo modo, mesmo para aqueles que dispõem de alguém de confiança a importância da fidúcia não pode ser subestimada. O tutor ou o curador, com efeito, terão seu trabalho facilitado e otimizado a partir da gestão empreendida pelo fiduciário. E o incapaz se beneficia da mútua fiscalização entre tutor/curador e fiduciário, bem como da flexibilidade e segurança proveniente da gestão por instituição especializada consoante as instruções de seus genitores, preocupados com o seu pleno desenvolvimento. A fidúcia, dessa sorte, não traduz alternativa à tutela ou à curatela, mas consubstancia instrumento adicional, que soma forças com a tutela e a curatela em benefício dos incapazes.

Com o apoio da fidúcia, os pais poderiam garantir aos filhos a manutenção de sua qualidade de vida, bem como oportunidade e acesso à educação de nível predeterminado, cultura e lazer, independentemente de terem na sua família pessoas aptas a desempenharem com rigor tal importante função e independentemente de o juiz lograr indicar alguém que preencha os requisitos necessários a tanto. Universaliza-se a possibilidade de os pais poderem

⁴⁹³ Art. 1.742, Código Civil: “Para fiscalização dos atos do tutor, pode o juiz nomear um protutor”.

⁴⁹⁴ Art. 1.733, § 2º, Código Civil: “Quem institui um menor herdeiro, ou legatário seu, poderá nomear-lhe curador especial para os bens deixados, ainda que o beneficiário se encontre sob o poder familiar, ou tutela”.

⁴⁹⁵ Art. 1.765, Código Civil: “O tutor é obrigado a servir por espaço de dois anos. Parágrafo único. Pode o tutor continuar no exercício da tutela, além do prazo previsto neste artigo, se o quiser e o juiz julgar conveniente ao menor”.

assegurar o cuidado dos seus filhos para após a sua morte, sem depender de ter uma família estruturada ou conhecidos aptos a tal função. A tutela e a curatela decorrem de imposição legal,⁴⁹⁶ mas a fidúcia é fruto do acordo de vontades que vai regulamentar seu escopo, o que garante eficiente gestão do patrimônio dos incapazes por meio da técnica da titularidade fiduciária agregada ao patrimônio separado.

Além disso, em se tratando de incapazes abastados financeiramente, a fidúcia poderia evitar que a disputa pela tutela ou curatela se desse por interesses patrimoniais, na medida em que a gestão dos bens dos incapazes ficaria em grande parte com uma instituição independente e profissional. Infelizmente, nas famílias com mais recursos, a briga pela tutela ou curatela nem sempre se associa ao profundo amor e carinho nutridos pelos incapazes, mas pelos benefícios indiretos advindos da gestão do seu patrimônio.⁴⁹⁷ Embora haja rigorosa fiscalização no que tange aos gastos dos recursos dos incapazes, há os benefícios indiretos relativos ao controle de seus bens e pessoa. Daí a legítima preocupação dos genitores em os interesses de seus filhos serem plenamente resguardados e não ficarem apenas na dependência do discernimento e boa vontade dos tutores e curadores.

E isso sem falar na situação conflitante advinda de os tutores ou curadores poderem ser herdeiros dos incapazes. O tutor ou curador, por exemplo, podem optar, em caso de grave doença que afete o incapaz, por não investir em certos tratamentos dispendiosos olhando mais para o futuro patrimônio do que para os interesses do incapaz. Essas situações poderiam ser mais facilmente contornadas por meio da fidúcia.

A fidúcia, ainda, permitiria uma gestão profissional e especializada do patrimônio, eleita e formulada pelos pais, que pudesse assegurar o tratamento adequado para certos bens. No caso das ações, por exemplo, a atuação rápida pode evitar a perda do patrimônio, em caso de abrupta queda. Estando em nome dos incapazes, a alienação acaba sendo menos ágil, pois depende de autorização judicial, o que pode comprometer seus interesses, haja vista a peculiar dinamicidade do mercado de ações. A fidúcia, neste particular, apresenta vantagem comparativa, na medida em que as ações são de titularidade do fiduciário, o qual pode livremente aliená-las, desde que no melhor interesse dos incapazes. Embora o legislador já tenha previsto a possibilidade de gestão especializada, ela apenas ocorre a requerimento do

⁴⁹⁶ Cf. art. 1.736 do Código Civil. Na doutrina, v. Clovis Bevilacqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, vol. II, cit., p. 321; Álvaro Villaça Azevedo, *Comentários ao código civil*, vol. 19, cit., p. 344.

⁴⁹⁷ Como adverte Caio Mário da Silva Pereira: “Crescem os cuidados do julgador naqueles casos em que a demência, se não patenteia abertamente, coloca o enfermo na zona limítrofe da sanidade. E não são raros os casos em que o propósito benfazejo mascara a cupidez e a ambição” (*Instituições de Direito Civil*, vol. V, cit., p. 514).

tutor, quando este sentir necessidade,⁴⁹⁸ e não afasta o pronunciamento judicial para a alienação dos bens.

Em definitivo, a fidúcia traduz poderoso instrumento na tutela dos mais diversos interesses existenciais e patrimoniais dos incapazes. Por meio da técnica da titularidade fiduciária, assegura-se flexibilidade e rapidez na gestão dos ativos, que são destinados, nos termos definidos pelos pais, para a satisfação de específicas necessidades dos filhos. Mediante o expediente do patrimônio separado, há a blindagem dos riscos relativos às vicissitudes pessoais do fiduciário. Como se vê, a fidúcia proporciona segura e eficiente gestão dos bens dos incapazes, que não sofre solução de continuidade não obstante os percalços que possam existir com seus pais, tutores ou curadores.

3.2.1.2 Gestão patrimonial com escopo de proteção da própria futura incapacidade: diretivas antecipadas

O sistema das incapacidades, tradicionalmente voltado para a proteção do patrimônio,⁴⁹⁹ tem sido revisitado para possibilitar que o curatelado tenha sua autonomia decisória respeitada ao máximo, com vistas a limitar a interdição àquilo que for estritamente necessário,⁵⁰⁰ especialmente em se tratando de escolhas existenciais.⁵⁰¹

⁴⁹⁸ Art. 1.743, Código Civil: “Se os bens e interesses administrativos exigirem conhecimentos técnicos, forem complexos, ou realizados em lugares distantes do domicílio do tutor, poderá este, mediante aprovação judicial, delegar a outras pessoas físicas ou jurídicas o exercício parcial da tutela”.

⁴⁹⁹ Heloisa Helena Barboza, *Poder familiar em face das práticas médicas*, in *Revista do Advogado*, n. 76, AASP: São Paulo, 2004, p. 41-42.

⁵⁰⁰ Pietro Perlingieri, *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 780.

⁵⁰¹ Acerca da autonomia do incapaz notadamente no que concerne a aspectos existenciais, veja-se a lição de Pietro Perlingieri: “Todo homem, enquanto tal, é titular de situações existenciais representadas no *status personae*, das quais algumas, como o direito à vida, à saúde, ao nome, à própria manifestação do pensamento, prescindem das capacidades intelectuais. O estado pessoal patológico ainda que permanente da pessoa, que não seja absoluto ou total, mas graduado e parcial, não se pode traduzir em uma série estereotipada de limitações, proibições e exclusões que, no caso concreto, isto é, levando em conta o grau e a qualidade do *déficit* psíquico, não se justificam e acabam por representar camisas-de-força totalmente desproporcionadas e, principalmente, em contraste com a realização do pleno desenvolvimento da pessoa. Essa chave de leitura, superando confusões entre não-idade para exercer atividades patrimoniais e a enunciação de proibições relativamente a algumas significativas escolhas existenciais, consente reconstruir a interdição e a *inabilitazione* em modo mais adequado ao seu fundamento constitucional: pense-se, por exemplo, no casamento e no reconhecimento do filho natural. É preciso, ao contrário, privilegiar, na medida do possível, as escolhas de vida que o deficiente psíquico é capaz concretamente de exprimir ou em relação às quais manifesta grande propensão. A disciplina da interdição não pode ser traduzida em uma incapacidade legal absoluta, em uma morte civil” (*O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 781-782).

Ao lado disso, tem-se cada vez mais admitido,⁵⁰² a despeito das não poucas dificuldades teóricas,⁵⁰³ as diretivas antecipadas⁵⁰⁴ como forma de assegurar, por ocasião da incapacidade, legítimas opções existenciais atinentes, por exemplo, a tratamentos médicos.⁵⁰⁵ As diretivas antecipadas, ainda, poderiam dispor sobre quem seria o curador⁵⁰⁶ ou o representante para específicos atos,⁵⁰⁷ bem como sobre a forma de gestão dos bens⁵⁰⁸ e outras

⁵⁰² Mostra-se eloquente a Resolução n.º 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina, que dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade. Confira-se o art. 1.º, *in verbis*: “Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade”. No sentido da admissibilidade das diretivas antecipadas, v. Luiz Edson Fachin, Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, Melina Girardi Fachin e Marcos Alberto Rocha Gonçalves, *O presente do futuro incapaz*, disponível em www.mpmg.mp.br, último acesso em 1.8.2013, às 11h; Anderson Schreiber, *Direito Civil e Constituição*, São Paulo: Atlas, 2013, p. 343-345; Ana Carolina Brochado Teixeira, *Saúde, corpo e autonomia privada*, Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 349-373; Rose Melo Vencelau Meireles, *Autonomia privada e dignidade humana*, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 229-240; Roxana Cardoso Brasileiro Borges, *Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado*, in *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*, Maria Celeste Cordeiro Leite Santos (org.), Revista dos Tribunais, 2001, p. 295; Tiago Vieira Bomtempo, *Diretivas antecipadas: breves considerações*, in *Revista jurídica Consulex*, n. 364, 2012, p. 20-22.

⁵⁰³ V., sobre as dificuldades concernentes às diretivas antecipadas, a Ação Civil Pública n.º. 0001039-86.2013.4.01.3500 que questiona a Resolução n.º. 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina.

⁵⁰⁴ “As declarações antecipadas de vontade ou diretivas antecipadas são uma modalidade de negócio jurídico existencial, no qual a pessoa, detentora de discernimento, portanto, de capacidade de querer e entender, faz escolhas a serem efetivadas no futuro, caso, naquela época, ela não tenha competência para efetuar-las. As declarações antecipadas são gênero, do qual são espécie o testamento vital ou testamento biológico, a procuração para cuidados de saúde, entre outras” (Ana Carolina Brochado Teixeira, *Saúde, corpo e autonomia privada*, cit., p. 349).

⁵⁰⁵ Cf. Luiz Edson Fachin, Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, Melina Girardi Fachin e Marcos Alberto Rocha Gonçalves, *O presente do futuro incapaz*, cit.; Ana Carolina Brochado Teixeira, *Saúde, corpo e autonomia privada*, cit., p. 361-373; Anderson Schreiber, *Direito Civil e Constituição*, cit., p. 343-345; Rose Melo Vencelau Meireles, *Autonomia privada e dignidade humana*, cit., p. 232.

⁵⁰⁶ “(...) é possível que a pessoa, por exemplo, escolha quem será o seu curador, por identificar quem melhor poderá cuidar dela e zelar pela boa administração do seu patrimônio. Trata-se de um ato que exige grande confiança entre as partes, pois o declarante entregará para a pessoa que nomear bens que para ele são muito caros: o cuidado consigo mesmo, com seu corpo e com seu patrimônio. Ora, se aplicam à curatela os dispositivos da tutela, como previsto pelo art. 1.774, do Código Civil, e se na tutela é possível que os pais nomeiem um tutor para o filho, por serem eles os que melhor sabem das necessidades do menor e quem poderá supri-las, por que não dar à própria pessoa a possibilidade de nomear alguém para assumir o *munus* de curador, no caso de eventual incapacidade, como seu representante?” (Ana Carolina Brochado Teixeira, *Saúde, corpo e autonomia privada*, cit., p. 356-357). “Na hipótese de a pessoa ter-se tornado incapaz e ser interditada, sua escolha prévia deve vincular o juiz, sendo prioritária em relação ao rol de pessoas previstas pelo art. 1.775 do Código Civil, como ordem de prelação para o exercício da função de curador” (Ana Carolina Brochado Teixeira, *Saúde, corpo e autonomia privada*, cit., p. 361).

⁵⁰⁷ “Passando da situação fática da incapacidade para a situação jurídica da interdição, uma vez mantida a representação voluntária em face das situações existenciais, a pessoa passará a ter, concomitantemente, dois representantes. Não é a regra, mas não há impossibilidade jurídica na coexistência de dois representantes de pessoa incapaz. (...) Assim, se houve a preocupação de, além de declarar a vontade, nomear alguém encarregado de cumpri-la e supri-lhe especialmente a vontade naquele ato particular é porque não há confiança naqueles que poderiam ser nomeados curadores por força da lei” (Rose Melo Vencelau Meireles, *Autonomia privada e dignidade humana*, cit., p. 238-240). “Permitir, portanto, que determinadas escolhas existenciais possam ser concretizadas por meio da representação voluntária consiste em garantia da tutela positiva das situações existenciais. No documento chamado testamento vital, prorroga-se a eficácia da vontade nele emitida para depois da incapacidade, podendo-se nomear representante para tomar decisões nele não incluídas. É forma atípica de representação para ser exercida após superveniente incapacidade, com o fim de assegurar a autonomia como

orientações relacionadas à pessoa e ao patrimônio do futuro incapaz, tornando a representação adaptada às suas necessidades e legítimos desejos. Cuida-se de respeitar ao máximo as opções de vida de cada um, as quais continuariam vinculantes para aqueles que viessem a ser responsáveis pelo incapaz.

Da mesma forma que o testamento prestigia a vontade do *de cujus* manifestada ainda em vida, no caso das diretivas antecipadas valorizam-se as opções existenciais e patrimoniais efetuadas pelo incapaz quando ainda era capaz. Independentemente de as mudanças posteriormente ocorridas colocarem em dúvida se o incapaz manteria as diretivas se soubesse do novo contexto, cuida-se ao menos de importante parâmetro a ser considerado relativamente aos bens e à pessoa do incapaz. Vale dizer, mesmo que se conclua que, para determinados casos, certas decisões do incapaz não podem ser prestigiadas diante da profunda alteração contextual, não se deve subestimar o importante papel das diretivas antecipadas ao menos para servir de guia em relação ao estilo de vida e às escolhas que faria o incapaz.

Na esteira da valorização da autonomia decisória da pessoa em relação a aspectos que envolvem sua saúde e vida, a possibilidade de criação, em virtude da incapacidade, de patrimônio fiduciário gerido por profissional independente, pode permitir, com segurança e flexibilidade, a concretização de decisões constantes em diretivas antecipadas relativas à forma de administrar os bens para a satisfação de necessidades existenciais.⁵⁰⁹

Seria possível, assim, subtrair da discricionariedade do curador determinadas escolhas já efetuadas pelo (atualmente) incapaz. Com isso decisões relacionadas ao custo de tratamentos, hospitais, médicos, fisioterapias etc. poderiam fazer parte de diretivas antecipadas, que disciplinariam a forma de gerir o patrimônio para a máxima realização das necessidades psicofísicas do incapaz sob a perspectiva deste. E mais: com a fidúcia, o

instrumento de tutela da pessoa humana” (Rose Melo Vencelau Meireles, *Autonomia privada e dignidade humana*, cit., p. 240).

⁵⁰⁸ “Por isso, nenhum obstáculo existe para que a própria pessoa determine, também, a forma de administração do seu patrimônio, já que disposições patrimoniais futuras são válidas, conforme se pode constatar pela *ratio* que motiva a existência do testamento” (Ana Carolina Brochado Teixeira, *Saúde, corpo e autonomia privada*, cit., p. 361).

⁵⁰⁹ “Le applicazioni più frequenti in questo ambito riguardano *trusts* per la tutela di soggetti disabili e *trusts* in favore di minori, ma le potenzialità operative dell’istituto vanno anche oltre. Si ritiene, infatti, che possa essere istituito un *trust* anche in vista della propria futura incapacità e che un soggetto debole possa istituire un *trust* liberale a beneficio suo e di altri soggetti, qualora un tale *trust* rientri nelle ipotesi di donazione consentite al soggetto dall’ordinamento” (Chiara Ferrari e Sonia Ugolini, *I trusts in ambito successorio*, cit., p. 666). “Ancora, potrebbero essere salvaguardate, per quanto possibile, le potenzialità di autodeterminazione dell’interessato nelle scelte che lo riguardano, imponendo al *trustee* di tener conto delle richieste ed aspirazione dello stesso; magari, prescrivendo che le cure al disabile siano prestate con un’assistenza domiciliare e non già attraverso il ricovero in istituti specializzati e, comunque, sempre cercando di rispettare i *desiderata* del disabile” (Mario Petrulli e Francesco Rubino, *Il trust*, cit., p. 201).

patrimônio poderia contar com gestão especializada, imparcial e dinâmica, que não se submetesse às rígidas regulamentações aplicáveis à curatela, nem às habilidades do curador.

Dessa forma, a título ilustrativo, uma pessoa poderia constituir um patrimônio separado, respeitando, evidentemente, seus credores, do qual ela seria a única beneficiária. Como diretiva ao fiduciário, em caso de futura incapacidade, haveria orientação específica para distribuição mensal de rendimentos com vistas à cobertura de determinadas despesas, como fisioterapia, médicos, hospitais, clínicas, medicamentos etc. O constituinte poderia mesmo optar por orientar a liquidação do patrimônio, se necessário for, para a melhora da sua qualidade de vida.

Tal negócio constitui expediente voltado não apenas para evitar que o curador tome decisões direcionadas para a preservação do patrimônio (pode haver situação conflituosa, em que curador seja potencial herdeiro do incapaz), como também permite valorizar a vontade do incapaz manifestada quando ele ainda se encontrava em pleno discernimento. O incapaz pode optar pelo seu patrimônio ser gasto todo ele consigo próprio. Desde que respeite suas obrigações legais, eventual dever de alimentos, responsabilidade perante credores etc., afigura-se legítimo que o patrimônio que lhe pertence seja prioritariamente destinado à satisfação de suas necessidades psicofísicas, que auxiliarão na manutenção da sua dignidade. A gestão patrimonial por meio da fidúcia pode ser um grande instrumento para esse fim, que se soma aos já consagrados expedientes da tutela e curatela.⁵¹⁰

O curador, à evidência, seria fiscal do fiduciário que, por sua vez, também fiscalizaria a atuação do curador. O fiduciário teria o importante papel de gerir o patrimônio do incapaz para a realização das finalidades por este pretendidas e previamente determinadas, às quais deve se ater (não só o fiduciário como também) o curador. Assegura-se gestão proba e ágil, preservando-se o patrimônio e sua aptidão para satisfazer as necessidades existenciais do incapaz. Dessa forma, independentemente de o incapaz ter um curador da sua confiança, a fidúcia assegura, com segurança e flexibilidade, seus legítimos anseios relativos à gestão de seus bens e de sua destinação para a realização de suas necessidades existenciais.

⁵¹⁰ “Il *trust* inoltre può essere impiegato da solo oppure può essere affiancato alle misure civilistiche di protezione della disabilità, tutela, curatela ed amministrazione di sostegno” (Chiara Ferrari e Sonia Ugolini, *I trusts in ambito successorio*, cit., p. 665-666). Veja-se ainda o art. 4º, c, da Lei 24.441/1994, que instituiu o fideicomisso na Argentina: “El plazo o condición a que se sujeta el dominio fiduciario, el que nunca podrá durar más de treinta (30) años desde su constitución, salvo que el beneficiario fuere un incapaz, caso en el que podrá durar hasta su muerte o el cese de su incapacidad”.

3.2.2 Fidúcia como importante instrumento para conferir dinamicidade à transmissão de bens. Cláusulas de incomunicabilidade, impenhorabilidade e inalienabilidade. Aproveitamento estático dos bens gravados

A preocupação em se assegurar a determinadas pessoas bens que lhes possam servir de maneira duradoura se apresenta em variadas circunstâncias, e não apenas quando se está diante da incapacidade (própria ou alheia). Não raro, o testador ou o doador, embora queiram atribuir determinado ativo a um filho, neto, sobrinho ou a quem desejem ajudar, têm o receio de o agraciado não ter o discernimento bastante para administrar o bem recebido.

Embora a maioria civil seja atingida aos dezoito anos, a maturidade para a gestão de determinados direitos apenas muito tempo depois pode ser alcançada, se é que o será. Daí a preocupação do doador ou testador em garantir que os direitos transmitidos sejam gravados com certas restrições, com vistas a assegurar o escopo último do ato translativo, qual seja, beneficiar, da maneira mais perene possível, o donatário, o herdeiro ou o legatário.

As cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade traduzem importante instrumento para dar vazão a essas legítimas pretensões, conforme expressamente previsto em lei.⁵¹¹ Dessa forma, caso haja o receio de o beneficiado alienar o bem e despender o montante recebido com frivolidades, pode-se estipular a inalienabilidade. De outra parte, se houver a apreensão de o beneficiado se endividar a ponto de comprometer o bem, é possível gravá-lo com a cláusula de impenhorabilidade. Além disso, na hipótese de temor em relação à ingerência que o cônjuge possa ter sobre o bem, pode-se prever a incomunicabilidade. Tais cláusulas, consoante se verificou no item 1.4.6 do capítulo 1, não podem ter duração maior que a vida do beneficiado.

Como se percebe, o direito pátrio admite significativas e duradouras restrições à livre circulação e disposição dos bens, por entender haver interesses merecedores de tutela contemplados por essas cláusulas limitativas. Dito por outras palavras, o legislador valorou positivamente a possibilidade de restrição de certos direitos para contemplar preocupações lícitas do doador ou testador, os quais nem sempre precisam justificá-las (apenas devem explicitar as razões das restrições se tais cláusulas forem apostas à legítima).⁵¹²

Note-se que não é possível a aposição dessas cláusulas em relação aos próprios bens, o que denota ter havido valoração positiva do legislador no que concerne ao escopo protetivo

⁵¹¹ Cf. arts. 1.848 e 1.911 do Código Civil.

⁵¹² V. art. 1.848 do Código Civil.

que o doador ou testador desejem imprimir à transferência de certos bens. As cláusulas são apostas, assim, com o fito de proteção daqueles que receberão os bens, cujos interesses e necessidades são avaliados pelo testador ou doador e o ordenamento chancela essa avaliação, desde que dentro dos limites legais.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul manteve as restrições apostas aos bens integrantes da legítima do herdeiro necessário. Na espécie, os bens foram gravados com as cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade. Inconformado, buscou o herdeiro a invalidação dessas cláusulas, tendo questionado a justa causa indicada por sua mãe (testadora). O juízo de primeiro grau e o Tribunal⁵¹³ confirmaram o testamento e chancelaram as cláusulas limitativas, reputando merecedora de tutela a justificativa indicada.⁵¹⁴ Confira-se trecho da sentença, extraído do acórdão do julgamento do recurso de apelação:

Na hipótese telada nos autos, os documentos colacionados à contestação corroboram satisfatoriamente a preocupação que motivou a testadora a gravar a legítima do demandante, pois demonstram que este, em reiteradas situações, denotou manifesto descontrole financeiro ao assumir vultosas obrigações mesmo ciente de não poder honrá-las com recursos próprios, necessitando socorrer-se constantemente do auxílio dos genitores, inclusive para a manutenção da própria família, situação que perdurou até pouco tempo.

A título de ilustração, vale apontar os documentos das fls. 99/127 – retratando inúmeras demandas judiciais outrora aforadas contra ele – e das fls. 184/260 e 272-5 – os quais comprovam o pagamento de diversas despesas de moradia da família do autor pelo demandado Adão Archanjo Pedra, assim como o auxílio financeiro prestado mensalmente por este à neta.

Além disso, as certidões das fls. 261 e 262 indicam que o autor e sua cónyuge não são proprietários de qualquer bem imóvel ou veículo, reforçando a preocupação externada pela testadora em garantir ao menos moradia e condições mínimas de sobrevivência ao filho e à família deste, elementos indispensáveis para uma vida digna, sem que continuassem dependentes do auxílio de familiares.

Nesse cenário, restando inequívoco que o autor, durante sua trajetória de vida adulta, apresentou diversas condutas capazes de por em risco a subsistência própria e de sua prole, não se pode desprestigiar, por mera vontade do beneficiário, a nítida finalidade protetiva e real intenção da testadora ao clausular os bens destinados ao

⁵¹³ TJRS, Ap. Cív. 70050305523, 8ª CC, Rel. Des. Rui Portanova, julg. 28.2.2013.

⁵¹⁴ Eis a cláusula testamentária: “QUINTO – Impõe as cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade vitalícias a todos os bens, sem nenhuma exceção, que compõem os quinhões hereditários dos filhos Adão Pedra Filho e Roberto Alves Pedra. As partes que correspondem às legítimas destes dois herdeiros contidas em seus respectivos quinhões têm a justificar tal imposição, assim: - quanto ao filho Adão, o fato de que, lamentavelmente vem mantendo um estilo de vida completamente desorganizado, com inúmeras dívidas, gastos supérfluos e comprometimento muito além de sua capacidade de solvabilidade o que tem determinado, por várias vezes, prestar-lhe o esposo da testadora urgente socorro financeiro; e quanto ao filho Roberto (...) Tudo isto leva-a a temer pelo futuro de ambos se não lhes assegurar, como ora o faz, um teto intocável e bens indisponíveis aptos a gerar-lhes renda suficiente para o próprio sustento e de suas famílias, sendo de gizar que os gravames, no que respeita ao numerário, importam em ser dele utilizável apenas os juros ou rendimentos produzidos pelo capital recebido.”

filho, como forma de afastar a hipótese dele vir a ser despojado do patrimônio recebido e reduzido à condição de miséria.⁵¹⁵

Tais cláusulas asseguram, tanto quanto possível, a finalidade protetiva almejada pelo doador ou testador com a transmissão do bem.⁵¹⁶ Nada obstante, acarretam inevitáveis engessamento e rigidez, os quais podem inclusive ser prejudiciais àquele que se objetivou tutelar. Por isso que as cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, embora admitidas pelo direito brasileiro, traduzem expediente visto com desconfiança, vez terem o efeito colateral de dificultar a circulação de riquezas, além de aprisionar o beneficiário em relação a determinado bem, o qual apenas pode ser substituído por meio do processo judicial de sub-rogação.⁵¹⁷

As cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, com efeito, geram aproveitamento estático dos bens, que restam gravados com importantes limitações que dificultam sua adaptação às vicissitudes por que passa o beneficiado ao longo da vida, bem como às alterações de mercado (neste particular, especialmente dramática é a cláusula de inalienabilidade nas ações). O Judiciário, contudo, atento à função protetiva de tais cláusulas, tem buscado valorar, à luz das concretas circunstâncias, a maneira de melhor resguardar os interesses do beneficiado.⁵¹⁸ A despeito de tal importante esforço empreendido pelo

⁵¹⁵ Veja-se, ainda, a seguinte passagem do parecer do Ministério Público: “Não se está aqui a taxar o Autor de perdulário ou pródigo como aduz em sua peça recursal, mas apenas de avaliar os fatos concretos demonstrados em juízo em consonância com as disposições testamentárias, o que leva, com efeito, a entender, valorar e prestigiar a disposição de última vontade que se assenta em motivo justo, legítimo e necessário ao bem de proteger o patrimônio e as condições mínimas de sobrevivência própria e familiar do Autor”.

⁵¹⁶ “O usufruto, mormente quando gravado com cláusula de incomunicabilidade, impenhorabilidade e inalienabilidade, é absolutamente impenhorável nos termos do disposto no inciso I do art. 649 do Código de Processo Civil, a teor do qual ‘são absolutamente impenhoráveis ... os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução’, até porque, em casos tais, constitui o usufruto fonte de renda ao seu beneficiário, tipo salário, igualmente impenhorável” (TJRS, Ap. Cív. e Reexame Necessário 70025643131, 2ª CC, Rel. Des. Roque Joaquim Volkweiss, julg. 18.3.2009). “Negócio jurídico. Nulidade. Cessão de direitos sobre imóvel gravado com cláusula de inalienabilidade e impenhorabilidade. Testador que procurou garantir patrimônio não só a seus filhos, mas também aos seus netos. Negócio que somente privilegiou os primeiros, devendo prevalecer a inalienabilidade. Cessionário que não se qualifica terceiro de boa-fé. (...) Nulidade do contrato declarada” (TJSP, Ap. Cív. 0288758-90.1999.8.26.0006, 1ª CDP, Rel. Des. Luiz Antonio de Godoy, julg. 23.8.2011).

⁵¹⁷ Cf. art. 1.848, § 2º do Código Civil.

⁵¹⁸ “Se a alienação do imóvel gravado permite uma melhor adequação do patrimônio à sua função social e possibilita ao herdeiro sua sobrevivência e bem-estar, a comercialização do bem vai ao encontro do propósito do testador, que era, em princípio, o de amparar adequadamente o beneficiário das cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade. A vedação contida no art. 1.676 do CC/16 poderá ser amenizada sempre que for verificada a presença de situação excepcional de necessidade financeira, apta a recomendar a liberação das restrições instituídas pelo testador” (STJ, REsp 1158679/MG, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 7.4.2011). “O Novo Código Civil adotou sistema menos rígido para o cancelamento dos gravames, sendo possível quando houver justa causa, sejam eles instituídos por testamento ou doação, conforme reza a doutrina. No presente caso as autoras demonstraram estar enfrentando dificuldades financeiras, necessitando desbloquear o valor depositado para sub-rogação. Conclui-se dos autos que nenhum prejuízo advirá da desconstituição dos gravames. A proteção que se busca através das cláusulas de inalienabilidade e impenhorabilidade do imóvel, no

Judiciário, mantém-se o inconveniente relativo à falta de celeridade na solução dos problemas que essas restrições possam suscitar.

Nesse contexto, a fidúcia desponta como expediente de inquestionável vantagem, por tutelar os mesmos interesses valorados positivamente pelo legislador sem os inconvenientes das cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade.

De fato, por intermédio da fidúcia seria possível, respeitando-se as mesmas restrições legais existentes para as cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, garantir um aproveitamento dinâmico dos bens. Ou seja, haveria o alcance da mesma finalidade valorada positivamente pelo legislador sem o mesmo engessamento.⁵¹⁹ A fidúcia permitiria que o objeto da transmissão fosse uma universalidade patrimonial autônoma cuja gestão ficaria a cargo de entidade diversa do beneficiário. Aliena-se não um bem gravado com as cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade, mas a atividade de gestão do patrimônio, inteiramente voltado para a promoção dos interesses do beneficiário.

O aproveitamento dos bens, assim, poderia (i) adaptar-se a concretas circunstâncias, que se alteram com o tempo, o que garantiria com mais efetividade o propósito original do testador/doador de resguardar os interesses dos beneficiários, possibilitando-se, a um só tempo, a circulação dos bens e a preservação do patrimônio, voltado a tutelar os beneficiários, e (ii) contemplar mais pessoas com os mesmos bens por intermédio de gestão unitária, independente e imparcial, sem as dificuldades próprias do condomínio, de maneira a otimizar o aproveitamento dos bens. Em uma palavra, a fidúcia conferiria mais liberdade e, por isso, mais adaptabilidade.

O donatário, herdeiro ou legatário, por exemplo, podem, no decorrer de sua vida, ter de morar no exterior ou mudar o tipo de trabalho que empreendem. Um imóvel gravado de inalienabilidade, a depender das circunstâncias, pode se tornar um estorvo, além de gerar

intuito de que as autoras tenham residência, se mostra desnecessária uma vez que as mesmas comprovaram possuir imóvel próprio. Por outro lado, a cláusula de incomunicabilidade não tem maior importância no caso concreto uma vez que as apelantes não mantêm sociedade conjugal. A conveniência em se desconstituir os gravames é evidente, ao passo que a manutenção dos mesmos mostra-se prejudicial às autoras” (TJRJ, Ap. Cív. 0007003-90.2000.8.19.0037, 9ª CC, Rel. Des. Carlos Santos de Oliveira, julg. 21.10.2008).

⁵¹⁹ “La mise en place d’un mécanisme fiduciaire n’a pas comme corollaire de créer une interdiction d’aliénation des droits composant la masse fiduciaire. Précisément, le mécanisme fiduciaire ne peut exister qu’en vue de l’accomplissement d’une mission. Or, l’accomplissement de la mission impliquera fréquemment que certains des droits fiduciaires soient cédés et remplacés. En tout état de cause, lors de la survenance du terme de la fiducie, les droits seront transférés au bénéficiaire qui pourra en disposer. Une éventuelle crainte au titre d’une atteinte à la libre circulation des richesses est donc infondée” (Exposé des motifs de loi instituant la fiducie, présentée par Philippe Marini, p. 8).

dívidas quando o beneficiário não consegue pessoalmente administrar, alugar, constituir mandatário etc.

Com a fidúcia, por outro lado, o beneficiário não teria o encargo de gerir o bem, e, além disso, poderia o fiduciário, se for conveniente para a tutela dos interesses do beneficiário, substituir determinado bem por outros tipos de ativos, garantindo sustento/renda ao beneficiário conforme as suas concretas necessidades. O fiduciário, ademais, pode ser um profissional, de maneira que a gestão seria confiada a sujeito de alta especialização e apto a tomar discricionariamente as melhores decisões.⁵²⁰

Dessa forma, haveria, com a fidúcia, novo objeto de transmissão: os benefícios da gestão de uma universalidade patrimonial afetada aos interesses dos donatários, herdeiros ou legatários. Ajusta-se o benefício pretendido à concreta situação,⁵²¹ possibilitando-se, ainda, melhor aproveitamento dos bens integrantes do patrimônio separado, que podem servir a mais de um beneficiário, sem os inconvenientes do condomínio.⁵²² A fidúcia, assim, permite a transmissão dos benefícios da atividade de gestão sobre um patrimônio separado a mais de uma pessoa. Opera-se a liberalidade do fiduciante ao beneficiário por meio do fiduciário,⁵²³ responsável pela conservação e gestão dos bens até a liquidação do patrimônio afetado.⁵²⁴

⁵²⁰ “Sob a denominação de *contrato de fidúcia*, o Projeto de Cód. das Obrigações, elaborado por uma Comissão de Juristas, procura adaptar ao direito pátrio o instituto anglo-americano do ‘trust’. Permite esse negócio jurídico que o proprietário outorgue a pessoa de sua confiança a administração de bens que não quer deferir diretamente a quem deseja beneficiar. Levam-no proceder dessa forma motivos de ordem vária, como a confiança na capacidade administrativa do fiduciário, a inexperiência ou leviandade do beneficiário, e, até, o desconhecimento das suas disposições ou propósitos. Essa finalidade não pode alcançar por intermédio de outro instrumento jurídico, nada mais justo sendo que se lhe ponha à disposição meio adequado à sua realização, tanto mais necessário, entre nós, quanto o desenvolvimento da riqueza mobiliária ensejou a constituição de empresas dedicadas à administração de bens, mas sem a liberdade e flexibilidade indispensável à execução dos objetivos em vista dos quais se organizam” (Orlando Gomes, *Contrato de Fidúcia* (‘trust’), cit., p. 11).

⁵²¹ “Una persona es propietaria de dos inmuebles contiguos de antigua construcción y tiene a su cargo personas de edad o bien menores de edad, por ejemplo. Como estos bienes no producían suficientes rentas por su vetustez, el propietario entonces constituye un fideicomiso por el cual transmite los bienes a un fiduciario (v. gr., una empresa inmobiliaria), para los siguientes fines: 1) El fiduciario se encargará de vender uno de los inmuebles. 2) El fiduciario se encargará de la demolición y construcción de un edificio en el inmueble contiguo. 3) Si no alcanza el valor de la finca vendida para la construcción del edificio se obtendrá un crédito hipotecario sobre el edificio nuevo o sobre su terreno. 4) Una vez finalizado el edificio el fiduciario lo rentará y el producido se destinará: a) cubrir las amortizaciones de la hipoteca; b) pagar los gastos de educación del menor de edad; c) pagar los gastos de administración del edificio; d) el remanente se enviará periódicamente al fideicomitente o se invertirá en instrumentos financieros de renta fija o variable. A la mayoría de edad del beneficiario – en el caso de los menores de edad – o a cierta edad, más allá de ese mínimo, se transmitirá el edificio a estos últimos, agotándose así el fideicomiso” (Claudio M. Kiper e Silvio V. Lisoprawski, *Tratado de Fideicomiso*, cit., p. 202).

⁵²² “La ventaja para el donante que desea favorecer a determinadas personas por razones de parentesco, afecto o gratitud (protegiendo, asimismo, los intereses de menores), es que puede reunir a múltiples donatarios, y establecer para cada uno la índole del beneficio y el o los momentos en que lo han de percibir. Entretanto, los bienes asignados al fideicomiso están amparados por una administración profesional, con miras a generar rentas que proveen la liquidez necesaria para el desembolso de las prestaciones” (Jorge Roberto Hayzus, *Fideicomiso*, cit., p. 88).

⁵²³ “Trois personnes sont concernées: le fiduciant, le fiduciaire et un tiers qui recevra les biens fiduciaires *in fine*, appelé bénéficiaire. Une libéralité est opérée entre le fiduciant et le bénéficiaire par l’intermédiaire du fiduciaire”

Uma vez que a destinação vincula uma universalidade patrimonial, não já bens específicos, não há necessidade de se efetuar um processo judicial para sub-rogação.⁵²⁵ Cuida-se de sistema que atinge, repita-se à exaustão, as mesmas finalidades das cláusulas de impenhorabilidade, inalienabilidade e incomunicabilidade, sendo contudo mais maleável. As dificuldades na sub-rogação e na superação de tais cláusulas limitativas, de fato, podem prejudicar o aproveitamento dos bens e a tutela dos interesses que o doador/testador quis proteger.

A título exemplificativo, ressalte-se o caso dos irmãos e condôminos Sérgio, Ricardo e Roberto que, em 1997, iniciaram procedimento de jurisdição voluntária de sub-rogação de gravames de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade existentes sobre imóvel de sua propriedade. Os condôminos ofereceram outros bens para que as cláusulas restritivas fossem transmitidas (sub-rogadas), ficando liberado o imóvel para alienação. Em 1998 foi proferida sentença julgando procedente o pedido nos seguintes termos:

Isto posto, julgo procedente o pedido e determino a sub-rogação, sobre os imóveis oferecidos pelos requerentes Roberto e Ricardo Freytag de Azevedo Bastian, dos vínculos que recaem sobre o imóvel a ser alienado. Com relação à quota-parte do requerente Sérgio Freytag Bastian, deverá a mesma ser depositada em conta judicial, com rendimentos, até que o mesmo adquira imóvel, no mesmo valor, sobre o qual incidirão os gravames.

Transitada em julgado essa sentença e arquivado o processo, passados mais de dez anos, vem agora Sérgio pedir o desarquivamento do processo e a liberação do dinheiro correspondente à sua quota-parte. Vejam-se que foram dez anos sem aproveitamento econômico do bem (alienado) ou do dinheiro (depositado).⁵²⁶

(Jacques Charlin, *La fiducie-libéralité: essai de synthèse en vue d'un contrat*, in *Les opérations fiduciaires*, Colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984, Paris: Feduci, 1985, p. 135).

⁵²⁴ “Fideicomisos de liberalidad – Se trata de la disposición a título gratuito de bienes particulares en vida del fiduciante. El concepto del cual parte es el de donación, con la diferencia de que, en lugar de ser instantánea, se proyecta en el tiempo. El beneficio previsto a favor de los donatarios les llega por acción del fiduciario, mediante la distribución de dinero en forma periódica o por entrega de determinado bien al cumplimiento de la condición estipulada (p. ej., haber alcanzado la mayoría de edad)” (Jorge Roberto Hayzus, *Fideicomiso*, cit., p. 88).

⁵²⁵ A universalidade de direito, consoante se verificou no item 2.1.1 do Capítulo 2, constitui centro autônomo de imputação objetiva, para além de seus componentes, os quais, por conservarem autonomia jurídica, podem participar de relações que os subtraiam da *universitas iuris* e, por conseguinte, do campo de ação daqueles que têm direitos sobre a universalidade em si considerada. Desse modo, a universalidade tem conteúdo variável, podendo se expandir ou se comprimir sem alteração qualitativa, isto é, a livre mutabilidade de seus componentes não modifica a configuração unitária do todo. Afigura-se inerente à categoria da universalidade, assim, a livre mutação de seus elementos, como decorrência necessária da função desempenhada pelo novo objeto de direito criado pelo legislador, o qual se preserva inalterado a despeito das mudanças em seu conteúdo. A sub-rogação real não se confunde com a mera substituição de componentes inerente a toda universalidade de direito, daí a maior flexibilidade oriunda da técnica da separação patrimonial em comparação com a afetação individual de bens. Cf. Francesco Santoro-Passarelli, *La Surrogazione Reale*, Roma: Attilio ampaolesi, 1926, p. 34.

⁵²⁶ TJRS, AI 70051694610, 8ª CC, Rel. Des. Rui Portanova, julg. 21.3.2013.

Em outro caso, o herdeiro pleiteou, em 2007, o cancelamento da cláusula de inalienabilidade, pois a instituição do gravame pela mãe levou em conta a sua menoridade, fato depois ultrapassado. Conforme consignado no acórdão, o imóvel do autor é pequeno, está em mau estado de conservação e rende aluguel baixo, pouco contribuindo para subsistência do demandante. Diante disso, a 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul cancelou a cláusula limitativa, permitindo, assim, no final de 2012, a alienação do bem pelo proprietário.⁵²⁷ Foram cinco anos para ser finalmente cancelado o gravame.

Verifica-se que essas cláusulas trabalham com a pressuposição de que o titular fará, pessoalmente, o aproveitamento do bem e desenvolverá atividades sobre ele. Mas no mundo atual o dono nem sempre é o empreendedor ou o gestor, seja por falta de tempo, de expertise ou de desejo. E mais: a depender do tipo de ativo, a cláusula de inalienabilidade ainda é mais tormentosa, como no caso das ações, cuja oscilação no mercado demanda ágil atuação, nem sempre possível com o processo da sub-rogação.

Daí a técnica da segregação patrimonial ser mais afeta aos novos tempos e à atuação dinâmica que é exigida. O patrimônio separado permite que se assegure aos beneficiários determinada posição ativa sem o mesmo congelamento dos bens e com a possibilidade de a gestão ser efetivamente transferida a um profissional especializado, diferenciando-se, assim, as figuras do beneficiário e do fiduciário.⁵²⁸

Não se pretende que a vontade arbitrária do testador ou doador governe os negócios indefinidamente. A ideia é, nos limites legais, tendo como tempo de duração máxima a vida dos beneficiados, habilitar aquele que transmite o bem de instrumento que seja mais versátil e melhor adaptado às concretas necessidades.⁵²⁹ A fidúcia, insista-se, não poderia servir para

⁵²⁷ TJRS, Ap. Cív. 70023782808, 18ª CC, Des. Rel. Orlando Heemann Júnior, julg. 22.11.2012.

⁵²⁸ “La fiducie à fin de transmission. Ce type de fiducie vise à faciliter, dans une intention libérale, la succession de personnes physiques. Elle consiste à transférer des biens à un fiduciaire chargé de les remettre à titre gratuit, au bout d’une durée déterminée, au gratifié, et ce en dehors des règles normales de dévolution successorale. Dans ce cas de figure, la fiducie est supposée présenter de nombreux atouts, consistant, entre autres, à :

— différer, dans le temps, les conséquences du décès du constituant en évitant l’indivision, à l’issue de laquelle le patrimoine éclate par la vente et le partage de biens ;

— conserver le patrimoine intact et garantir aux bénéficiaires le même niveau de revenus, alors que le partage induit le plus souvent des revenus moindres du fait de l’éclatement patrimonial ;

— envisager, au-delà des limites testamentaires, une série d’hypothèses de transmission pour cause de mort, comme en particulier imposer au fiduciaire de verser une rente à ses petits enfants devenus orphelins avant leur majorité ;

— favoriser les transmissions patrimoniales de grands-parents à petits-enfants, de manière à éviter la prodigalité ou la mauvaise gestion des parents” (Assemblée Nationale, Rapport fait au nom de la Commission des Lois Constitutionnelles, de la Législation et de l’Administration Générale de la République sur la proposition de loi (n. 3385), adoptée par le Sénat, instituant la fiducie, par Xavier de Roux, p. 7).

⁵²⁹ “Cabe entonces una pregunta: qué razones ha de tener el testador para elegir esta nueva alternativa, con lo cual complica el trámite sucesorio al incorporar al proceso de transmisión *mortis causa* un personaje llamado ‘fiduciario’, cuyo rol no está muy definido en los libros ni asimilado en las costumbres? La respuesta a esta pregunta podrá hallarla, quien la busque, en el cruce de estos ejes: 1) La dimensión temporal, o sea, la

fraudar as disposições cogentes, tais como as relativas à legítima ou à substituição fideicomissária, instituto que, aliás, com ela não se confunde.⁵³⁰

Com efeito, a fidúcia não atribui ao fiduciário a propriedade resolúvel dos bens, ao contrário do que ocorre na substituição fideicomissária. Além disso, o fiduciário oriundo do negócio de fidúcia deve exercer sua titularidade no interesse de outrem ou para a realização de um determinado fim. Na substituição fideicomissária, de outra parte, o fiduciário pode extrair proveitos, para si próprio, da titularidade que exerce, apenas devendo conservar a substância do bem haja vista o caráter resolúvel de sua propriedade. Na substituição fideicomissária, dessa forma, há duas liberalidades sucessivas, a primeira ao fiduciário, a seguinte ao fideicomissário. Na fidúcia, a seu turno, existe uma só liberalidade, feita ao beneficiário por meio do fiduciário.⁵³¹

proyección de los tiempos en los cuales las decisiones del testador han de ser llevadas a la práctica. 2) Las circunstancias que rodean a las personas o entidades beneficiadas por voluntad del testador-fiduciante. 3) La naturaleza y alcance de los actos requeridos para mantener los bienes y darles la aplicación deseada, que en muchos casos significará su enajenación” (Jorge Roberto Hayzus, *Fideicomiso*, cit., p. 94-95). “S’agissant de la *transmission du patrimoine*, la fiducie pourrait permettre de confier la gestion d’une partie ou moyenne entreprises à une personne ayant l’aptitude requise, qui la gérerait pour le compte des héritiers” (Michel Grimaldi e François Barrière, *La fiducie en droit français*, cit., p. 256).

⁵³⁰ “Cabe observar, además, que el fideicomiso testamentario no supera ciertas situaciones que derivan del derecho de familia, aunque pueda ayudar a resolverlas con equidad. Es el caso de la disolución de la sociedad conyugal por fallecimiento de uno de los cónyuges y de la legítima de los herederos forzosos. Estas cuestiones debieran ser tenidas en cuenta al evaluar el caso particular, pues la validez de la institución del fideicomiso por voluntad del testador y su criterio al designar beneficiarios han de ser juzgados según las normas generales” (Jorge Roberto Hayzus, *Fideicomiso*, cit., p. 106).

⁵³¹ “Pelo contrato de fidúcia, fiduciário torna-se proprietário dos bens com poderes mais amplos do que os atribuídos ao fiduciário na substituição fideicomissária, pois tem ele poder de disposição sem as limitações impostas pela natureza da propriedade do gravado no fideicomisso. O direito do beneficiário, na fidúcia, não caduca como o do fideicomissário quando falece antes de se esgotar o do fiduciário, ou renuncia à herança. Nessas duas hipóteses, consolida-se a propriedade do fiduciário, extinguindo-se o encargo resolutorio. Sua propriedade, que era restrita e resolúvel, passa a ser plena. Diferente é a solução na fidúcia. Se o beneficiário falecer antes de expirado o prazo do contrato celebrado entre o instituidor e o fiduciário, ou renunciar seu direito, os bens voltam à propriedade de quem instituiu a fidúcia. Não se consolida, portanto, no fiduciário, tal como na substituição fideicomissária. No fideicomisso há duas liberalidades sucessivas, a primeira ao fiduciário, a seguinte ao fideicomissário. Na fidúcia, uma só liberalidade, porquanto, embora o fiduciário receba os bens a título gratuito, assume o encargo de administrá-los em proveito do beneficiário, e mediante remuneração. No fideicomisso o fiduciário recolhem para si, os frutos da herança, ou do legado, enquanto na fidúcia, deve entregá-los ao beneficiário. Ademais, como o fiduciário é administrador na fidúcia, sua atividade pode ser retribuída, fato que jamais poderia ocorrer no fideicomisso, ainda admitida sua constituição mediante negócio *inter vivos*. Por ter a propriedade resolúvel, não está o gravado impedido de alienar os bens recebidos hereditariamente, mas os transmite com a limitação que os grava, de sorte que, verificado o fato extintivo, o adquirente perde a propriedade, que deve reverter ao fideicomissário, podendo este reivindicá-la, em caso de recusa. O fiduciário, no contrato de fidúcia, aliena sem limitação de tempo, visto que tem poder de disposição, obrigando-se a substituir o bem alienado por outro, em que o sub-roga” (Orlando Gomes, *Contrato de Fidúcia* (*‘trust’*), cit., p. 14). “Lo dicho conduce a señalar la diferencia abismal que separa el fideicomiso testamentario de la sustitución fideicomisaria y, del mismo modo, al heredero alcanzado por ésta del fiduciario instituido por aquél. (...) Es como si fueron dos personas del mismo apellido que no tienen ningún vínculo de parentesco entre sí. La sustitución de marras se denomina así porque los bienes que reciba el heredero instituido deben pasar a su muerte – según la disposición prohibida – a otra persona indicada por el causante. Por eso se dice que éste ‘designa un heredero a su heredero’, lo cual es ilegal. Es cierto que en el fideicomiso testamentario hay dos transmisiones: del causante al fiduciario y de éste al beneficiario, aunque la primera se refiere al acervo

Por derradeiro, registre-se que, no Brasil, novos mecanismos têm surgido para atender aos legítimos anseios daqueles que pretendem, no lugar de transmitir bens para que os beneficiados deles extraíam proveitos, assegurar diretamente o recebimento de proventos que possam contribuir para sua subsistência. Embora sem a mesma flexibilidade e segurança da fidúcia, têm por escopo satisfazer, na medida do possível, essa demanda. Merecem destaque, nesse particular, o VGBL, que consiste em seguro de pessoas, e o PGBL, que consubstancia previdência privada.⁵³² Esses planos permitem, inclusive, que os herdeiros sejam contemplados, garantindo-lhes renda futura.⁵³³

Entretanto, os valores correspondentes ao VGBL⁵³⁴ e ao PGBL,⁵³⁵ enquanto não revertidos em receita mensal voltada para o sustento da família, podem ser executados pelos

fideicomitido y la segunda sólo a la porción adjudicada a cada beneficiario. Per ésa es la única semejanza, pues el fiduciario no es heredero (...) ni goza de los bienes fideicomitados y se atiene a las instrucciones del causante respecto de la distribución de tales bienes. Además, la muerte del fiduciario – si sobreviniese en el curso del fideicomiso – no tiene efecto sobre el destino de los bienes, sino que requiere su reemplazo en el cargo” (Jorge Roberto Hayzus, *Fideicomiso*, cit., p. 102-103). “Es que la circunstancia de haberse designado al fiduciario en un testamento no cambia el sentido de la institución del fideicomiso ni incluye a la persona del fiduciario en la distribución de la herencia. (...). En efecto, se trata de dos ordenamientos jurídicos distintos: el sucesorio, respecto del cual operan las disposiciones de última voluntad, y el fiduciario, en el cual un tercero – independiente y neutral – actúa sobre los bienes para darles el destino indicado. Es importante reconocer y mantener la separación entre esos ordenamientos, en tanto la relación entre el testador-fiduciante y el fiduciario se establece en el área del fideicomiso y no en la sucesoria. Por ello, es una contradicción en los términos hablar de heredero-fiduciario o legatario-fiduciario” (Jorge Roberto Hayzus, *Fideicomiso*, cit., p. 104). V. tb., no sentido de que o *trust* não se confunde com a substituição fideicomissária, Mario Petrulli e Francesco Rubino, *Il trust*, cit., p. 182-194; Nicolás Malumián, Adrián G. Diploti e Pablo Gutiérrez, *Fideicomiso y Securitización. Análisis Legal, Fiscal y Contable*, cit., p. 89. Cf. art. 3º da Lei 24.441/1994, que instituiu o fideicomisso argentino: “El fideicomiso también podrá constituirse por testamento, extendido en alguna de las formas previstas por el Código Civil, el que contendrá al menos las enunciaciones requeridas por el artículo 4. En caso de que el fiduciario designado por testamento no aceptare se aplicará lo dispuesto en el artículo 10 de la presente ley”.

⁵³² “VGBL (Vida Gerador de Benefícios Livres) e PGBL (Plano Gerador de Benefícios Livres) são planos por sobrevivência (de seguro de pessoas e de previdência complementar aberta, respectivamente) que, após um período de acumulação de recursos (período de diferimento), proporcionam aos investidores (segurados e participantes) uma renda mensal - que poderá ser vitalícia ou por período determinado - ou um pagamento único. O primeiro (VGBL) é classificado como seguro de pessoa, enquanto o segundo (PGBL) é um plano de previdência complementar. A principal diferença entre os dois reside no tratamento tributário dispensado a um e outro. Em ambos os casos, o imposto de renda incide apenas no momento do resgate ou recebimento da renda. Entretanto, enquanto no VGBL o imposto de renda incide apenas sobre os rendimentos, no PGBL o imposto incide sobre o valor total a ser resgatado ou recebido sob a forma de renda” (disponível em <http://www.susep.gov.br>, último acesso em 2.8.2013, às 17h).

⁵³³ “O que é Pensão por Prazo Certo? É um benefício de risco que pode ser contratado junto aos planos Brasilprev Exclusivo PGBL ou VGBL e que garante o pagamento de uma renda mensal por prazo certo ao(s) beneficiário(s) indicado(s) caso o participante do plano venha a falecer durante o período de cobertura. O valor a ser pago para este benefício é determinado pelo cliente no momento da inscrição no plano. A Brasilprev oferece dois tipos de pensão por prazo certo: 1. Pensão por Prazo Certo Júnior: paga até que o Júnior complete 21 anos de idade. 2. Pensão por Prazo Certo Individual: paga pelo prazo indicado pelo Participante, que pode ser de 5, 10, 15, 20, 25 ou 30 anos” (www.brasilprev.com.br, último acesso em 3.8.2013, às 13h). V. tb. <http://www.caixavidaeprevidencia.com.br/portal/site/CaixaVidaPrevidencia/menuitem.159b382eb95dbef68a841530e001ca/?vgnextoid=fc782f4ce57d1110VgnVCM100000790110acRCRD>, último acesso em 3.8.2013, às 14h; <http://www.brasil.gov.br/sobre/economia/previdencia/previdencia-privada/print>, último acesso em 4.8.2013, às 9h.

⁵³⁴ “Agravado de Instrumento. Penhora de investimento realizado no plano denominado VGBL Bradesco.

credores, de modo que não ficam necessariamente afetados à formação da previdência.⁵³⁶ Além disso, tanto o VGBL como o PGBL são produtos padronizados, oferecidos indistintamente ao público em geral, e, por isso mesmo, não podem ser modelados para atender às necessidades específicas de cada indivíduo.

A fidúcia, por sua vez, traduz expediente vocacionado a se adaptar a necessidades concretas, além de ostentar a segurança proveniente da técnica da separação patrimonial.

Por tudo isso, a fidúcia poderia ser de extrema valia na proteção dos interesses dos donatários, herdeiros e legatários, porquanto permite (i) a proteção almejada com as cláusulas de impenhorabilidade, inalienabilidade e incomunicabilidade, pois, respectivamente, (a) os bens em fidúcia não podem ser atingidos pelos credores dos beneficiários (que apenas podem executar os proventos recebidos pelos beneficiários), (b) os beneficiários não têm poder de disposição sobre os bens em fidúcia, vez que de titularidade do fiduciário, e (c) o cônjuge dos beneficiários apenas pode pretender direito sobre os proventos recebidos, não já sobre os bens de propriedade do fiduciário; bem como a (ii) flexibilidade na gestão dos bens, o que afastaria

Alegação de que o investimento é impenhorável, a teor do que dispõe o artigo 649, inciso IV, do Código de Processo Civil. De acordo com informações extraídas do Site do Bradesco Vida e Previdência o VGBL não é, necessariamente, um plano de Aposentadoria Complementar, tanto que pode ser resgatado de uma única só vez, razão pela qual não pode ser considerado como incluído no rol daqueles valores impenhoráveis mencionados no dispositivo supra. Recurso improvido” (TJRJ, AI 0012007-78.2007.8.19.0000 (2007.002.11227), 6ª CC, Rel. Des. Carlos Jose Martins Gomes, julg. 26.9.2007). “Fase de execução de sentença. Penhora de valores aportados a título de Previdência Privada. Deferimento. Agravo de instrumento. Diferenciação entre o benefício previdenciário privado, que pode ostentar natureza alimentar, e os valores meramente investidos em plano de previdência privada. A hipótese em testilha é a segunda, não incidindo a proteção da impenhorabilidade prevista no art. 649, IV, do CPC, em virtude de se tratar de mero investimento financeiro. Precedentes do STJ e do TJSP. Decisão mantida. Recurso desprovido” (TJSP, AI 0059579-25.2013.8.26.0000, 21ª CDP, Rel. Des. Virgilio de Oliveira Junior, julg. 20.5.2013). V. tb. TJSP, AI 0077823-02.2013.8.26.0000, 32ª CDP, Rel. Des. Rocha de Souza, julg. 13.6.2013.

⁵³⁵ “O saldo de depósito em PGBL – Plano Gerador de Benefício Livre não ostenta nítido caráter alimentar, constituindo aplicação financeira de longo prazo, de relevante natureza de poupança previdenciária, porém susceptível de penhora. O mesmo sucede com valores em caderneta de poupança e outros tipos de aplicações e investimentos, que, embora possam ter originalmente natureza alimentar, provindo de remuneração mensal percebida pelo titular, perdem essa característica no decorrer do tempo, justamente porque não foram utilizados para manutenção do empregado e de sua família no período em que auferidos, passando a se constituir em investimento ou poupança” (STJ, REsp 1121719/SP, 4ª T., Rel. Min. Raul Araújo, julg. 15.3.2011).

⁵³⁶ “Inicialmente é preciso observar que os valores penhorados não se referem aos valores pagos mensalmente em benefício dos agravantes a título de benefício de previdência privada, mas sim de valores meramente investidos para futura aposentadoria em regime de previdência privada. Há diferença substancial entre os benefícios recebidos a título de aposentadoria complementar privada e os valores investidos para recebimento desses benefícios futuramente. Em relação à primeira hipótese, que não é a dos autos, há a possibilidade de se tratar de verba impenhorável, pois não se descarta o seu eventual caráter alimentar. (...). Por outro lado, em relação à segunda hipótese, que é a aqui analisada, os valores aportados para o fim de futuro recebimento de benefício de previdência privada são meros investimentos financeiros, como qualquer outro, não incidindo a impenhorabilidade. (...).Portanto, verifica-se que os valores depositados em plano de previdência privada não estão inseridos na proteção inculpada no artigo 649 do Código de Processo Civil, sendo perfeitamente penhorável” (TJSP, AI 0059579-25.2013.8.26.0000, 21ª CDP, Rel. Des. Virgilio de Oliveira Junior, julg. 20.5.2013, trecho do voto do relator). Cf. Sidney Saraiva Apocalypse, *PGBL: a falácia da blindagem patrimonial e do planejamento sucessório*, in *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, vol. 66, 2006, p. 223; Reportagem do Valor Econômico de São Paulo, em 25.7.2012.

os inconvenientes suscitados com a oposição de tais cláusulas restritivas, haja vista que possibilitaria (a) a adequação dos bens às concretas necessidades dos beneficiários, que podem se alterar ao longo da vida, (b) o benefício a mais de um donatário, herdeiro ou legatário sem os inconvenientes do condomínio, e (c) a preservação do patrimônio de maneira mais efetiva, pois essas cláusulas, dependendo do bem no qual incidem, podem ser deveras prejudiciais, como a cláusula de inalienabilidade em se tratando de ações.

3.2.3 O projeto de financiamento (*Project Finance*). A fidúcia como mais um instrumento para a blindagem dos riscos e a continuidade da gestão

A sofisticação das relações econômicas aliada à necessidade de grandes empreendimentos e iniciativas de longo prazo, notadamente em infraestrutura, suscita demanda por créditos cuja solvabilidade se vincule mais à viabilidade de determinado projeto do que propriamente às condições pessoais dos empreendedores.⁵³⁷ Nessa direção, os financiadores avaliam a atividade pretendida e o retorno econômico dela esperado, de maneira que, preponderantemente, levam em conta a capacidade do projeto de, com os recursos que gerar, pagar o financiamento,⁵³⁸ que deve ser inteiramente revertido para a consecução do projeto.⁵³⁹

⁵³⁷ “Project finance is an emerging solution for financing infrastructure needs in many parts of the globe. In emerging markets, where the demand for infrastructure far outstrips the economic resources, it provides a financing scheme for important development. (...). The needs for enormous debt and capital, coupled with the risks involved in large project development, often make a project financing one of the few available financing alternatives in the energy, transportation, and other infrastructure industries” (Scott L. Hoffman, *The law and business of international project finance*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 7). Cf. tb. Luiz Ferreira Xavier Borges, *Project finance e infra-estrutura: descrição e críticas*, in *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, n. 6, Revista dos Tribunais, 1999, p. 123.

⁵³⁸ John D. Finnerty, *Project Financing*, New Jersey: Wiley, 2013, p. 3; José Virgílio Lopes Enei, *Project Finance*, cit., p. 37; Scott L. Hoffman, *The law and business of international project finance*, cit., p. 4; Luiz Ferreira Xavier Borges, *Project finance e infra-estrutura: descrição e críticas*, cit., p. 123; Peter K. Nevitt e Frank J. Fabozzi, *Project Financing*, 7ª ed., London: Euromoney Books, 2000, p. 79.

⁵³⁹ “A estrutura contratual dos financiamentos de projetos tipicamente prevê ainda contas em que devem ser depositados os recursos desembolsados para o projeto, assim como contas em que devem ser depositados interinamente seus resultados, e cujo funcionamento devemos agora explicar. A compreensão desta importante característica das operações de *project finance* é em muito auxiliada pela compreensão do objetivo final destas contas: elas se destinam a controlar a destinação de recursos desembolsados para o projeto ou dele provenientes. Isso é feito por meio da assinatura de acordos entre os credor, a entidade financeira e os bancos onde as contas são mantidas, pelos quais estes últimos se obrigam a dar destinação específica aos valores, ou seja, a só acolher saques em caso de se destinarem ao atendimento dos fins previstos nesses acordos. Alternativamente, tais contas são abertas em nome de um representante dos credores, que se obriga a somente efetuar saques nas condições estabelecidas nos acordos” (Eduardo Salomão Neto, *Financiamento de projetos com recursos internacionais*

Tradicionalmente, a concessão de crédito associa-se à análise da solvabilidade do mutuário, bem como às garantias prestadas por ele ou por terceiros. O mutuário, dessa forma, a cada empréstimo obtido, compromete sua capacidade pessoal, pois o grau de endividamento é levado em consideração na obtenção de novos financiamentos, bem como nos custos que lhe são pertinentes. Além disso, nessa estruturação, os riscos da atividade empreendida ficam todos a cargo do mutuário, que deve adimplir o financiamento independentemente do êxito de seus negócios.

Por isso que, para empreendimentos que apresentam risco elevado, dada sua complexidade e o largo tempo de duração, e para os quais é necessário significativo financiamento, os particulares buscam estrutura em que a viabilidade do projeto assuma o papel central, de maneira que a garantia precípua dos financiadores recaia sobre as receitas a serem geradas, não já sobre a capacidade patrimonial dos agentes envolvidos na operação.⁵⁴⁰

Essa configuração permite que os empreendedores possam iniciar variados projetos, o que potencializa sua atuação em diversas frentes, pois o risco existente em cada uma delas se circunscreve basicamente à atividade desenvolvida, sem significativo comprometimento da sua capacidade pessoal, vez que os financiadores aceitam alocar os riscos preponderantemente no sucesso do projeto.⁵⁴¹ Cuida-se, como se vê, de importante engrenagem para possibilitar a implementação de relevantes empreendimentos por agentes que, de outra forma, não poderiam realizá-los,⁵⁴² seja por já estarem deveras endividados (embora ostentem equilíbrio patrimonial), seja por não ser prudente (ou mesmo viável) assumirem riscos de elevada monta

(project finance), in *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, vol. 23, Revista dos Tribunais, 2004, p. 57). V. tb. José Virgílio Lopes Enei, *Project Finance*, cit., p. 11.

⁵⁴⁰ “The ultimate goal in project financing is to arrange a borrowing for a project which will benefit the sponsor and at the same time be completely non-recourse to the sponsor, in no way affecting its credit standing or balance sheet” (Peter K. Nevitt e Frank J. Fabozzi, *Project Financing*, cit., p. 1). V. tb. José Virgílio Lopes Enei, *Project Finance*, cit., p. 15.

⁵⁴¹ “I continui mutamenti che caratterizzano gli scenari economici internazionali, uniti alla sempre maggiore difficoltà per le Pubbliche Amministrazioni e per le imprese di disporre di adeguate risorse per la realizzazione di opere complesse, hanno generato un crescente interesse per lo sviluppo di nuove tecniche finanziarie tra cui un ruolo sempre più rilevante ha assunto, nel tempo, la *finanza di progetto*, che consente la realizzazione e gestione di iniziative di difficile, se non impossibile, attuazione attraverso i tradizionali circuiti di finanziamento (*corporate finance*). Il nostro Paese, anche avvalendosi delle esperienze internazionale al riguardo, non ha tardato a riconoscere le opportunità offerte dal ricorso a prodotti nuovi e strategie finanziarie ‘innovative’ (quale il *project financing*) in condizione di superare molti dei limiti operativi che incontrano gli strumenti tradizionali, stabilendo nuove modalità di interazione, coordinamento strategico e distribuzione del rischio, sì da rendere più agevole il reperimento delle risorse necessarie alla realizzazione di un progetto che presenta una sua intrinseca e autonoma capacità di generare adeguati flussi economico-finanziari, superando, così, i consueti canoni di affidabilità bancaria legati alla capacità di indebitamento e solidità patrimoniale dell’impresa che realizza l’iniziativa e dei suoi soci. In estrema sintesi, la valutazione del merito creditizio si incentra sulla fattibilità e redditività del progetto e sulle sue possibilità di successo che trovano rappresentazione contabile nei flussi di cassa che si prevede vengano generati dalla gestione operativa, tali da poter ripagare il debito da contrarre per il finanziamento dell’opera e, nel contempo, remunerare adeguatamente il capitale coinvolto” (Andrea Mazzieri, Gianfranco Napolitano, Diego Napolitano, *Il ‘Project Financing’*, cit., p. XIII).

⁵⁴² V. José Virgílio Lopes Enei, *Project Finance*, cit., p. 2.

em projetos de longo prazo e alta complexidade, que além de tudo impossibilitarão novas atividades para as quais se exija crédito, dado o grau de comprometimento pessoal assumido.

Daí a necessidade em se obter novos tipos de financiamento, associados não à capacidade patrimonial do mutuário, mas à viabilidade de determinado empreendimento em si considerado, como unidade econômica independente,⁵⁴³ mediante modelo que consiga delimitar ao máximo os riscos à específica atividade desenvolvida,⁵⁴⁴ e, ainda, dividi-los entre os diversos agentes.⁵⁴⁵

Para tanto, os particulares têm entabulado feixe de contratos⁵⁴⁶ a fim de regulamentar suas respectivas obrigações concernentes ao projeto, que contará com financiamento próprio e engrenagem adequada para a alocação de riscos na atividade desenvolvida.⁵⁴⁷ Tem-se, assim, o chamado “financiamento de projetos” ou *project finance*,⁵⁴⁸ que traduz financiamento de projeto e não de empresa,⁵⁴⁹ justamente por se relacionar ao sucesso da atividade

⁵⁴³ “Project financing can be arranged when a particular facility or a related set of assets is capable of functioning profitably as an independent economic unit” (John D. Finnerty, *Project Financing*, cit., p. 1). V. tb. Peter K. Nevitt e Frank J. Fabozzi, *Project Financing*, cit., p. 1.

⁵⁴⁴ Andrea Mazzieri, Gianfranco Napolitano, Diego Napoletano, *Il ‘Project Financing’*, cit., p. 27-29; Peter K. Nevitt e Frank J. Fabozzi, *Project Financing*, cit., p. vii; Eduardo Salomão Neto, *Financiamento de projetos com recursos internacionais* (project finance), cit., p. 55.

⁵⁴⁵ “Often, the risks associated with a project are so great that it would not be prudent for a single party to bear them alone. Project financing permits the sharing of operating and financial risks among the various interested parties, and it does so in a more flexible manner than financing on the sponsor’s general credit. Risk sharing is advantageous when economic, technical, environmental, or regulatory risks are of such magnitude that it would be impractical or imprudent for a single party to undertake them. A financing structure that facilitates multiple ownership and risk sharing is particularly attractive for project such as electric power generating plants, where significant economics of scale are possible and the project will provide benefits to several parties” (John D. Finnerty, *Project Financing*, cit., p. 8).

⁵⁴⁶ José Virgílio Lopes Enei, *Project Finance*, cit., p. 21; Luiz Gastão Paes de Barros Leães, *O projeto de financiamento*, in *Pareceres*, vol. II, São Paulo: Singular, 2004, p. 1.444.

⁵⁴⁷ “A project financing requires careful financial engineering to achieve a mutually acceptable allocation of the risks and rewards among the various parties involved in a project” (John D. Finnerty, *Project Financing*, cit., p. 12).

⁵⁴⁸ “Neste trabalho, emprega-se a expressão ‘financiamento de projetos’ em sentido estrito, não para abranger de forma genérica todo e qualquer financiamento que, direta ou indiretamente, aproveite a um projeto ou empreendimento qualquer, mas para designar, tal qual a expressão inglesa *project finance*, o financiamento contratado com foco no empreendimento e nos seus resultados, vale dizer, uma modalidade específica de financiamento contraposta ao empréstimo convencional de que se valem mais corriqueiramente as sociedades empresárias” (José Virgílio Lopes Enei, *Project Finance*, cit., p. 2-3). “Il *project financing* può essere definito una particolare tecnica finanziaria (da inquadrarsi nella più ampia categoria delle operazioni di finanza strutturata) volta a rendere possibile il finanziamento di un progetto (...) non tanto sulla base della capacità di indebitamento dei soggetti promotori, quanto sull’autonoma valenza tecnico-economica dell’iniziativa, ossia sulla capacità della stessa di generare nel tempo adeguati flussi di cassa, sufficienti sia a ripagare il debito contratto per il finanziamento dell’opera sia a remunerare il capitale di rischio investito da parte dei promotori e soci dell’iniziativa” (Andrea Mazzieri, Gianfranco Napolitano, Diego Napoletano, *Il ‘Project Financing’*, cit., p. 4). Colhe-se do site do BNDES a seguinte definição: “Projeto financeiro ou financiamento relacionado a projeto: é uma forma de engenharia financeira suportada contratualmente pelo fluxo de caixa de um projeto, servindo como garantia os ativos e recebíveis desse mesmo projeto” (http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/Apoio_Financeiro/Produtos/Project_Financ_e/, último acesso em 28.7.2013, às 18h).

⁵⁴⁹ “O *Project Finance* ou Financiamento de Projeto é uma operação financeira que se estrutura com base no fluxo de caixa gerado pelo empreendimento financiado. Trata-se, de certa forma, de uma ruptura na abordagem

empreendida, não já à capacidade patrimonial do mutuário. A aptidão para gerar receita, isto é, o retorno esperado com o desenvolvimento do projeto, assume posição central na avaliação do financiamento e na estruturação da complexa operação.⁵⁵⁰ Os agentes financiadores consideram a capacidade do projeto de se autofinanciar muito mais do que eventuais garantias – reais ou pessoais – adicionalmente oferecidas.⁵⁵¹

Há segregação econômica do projeto em relação às demais atividades dos empreendedores em virtude da divisão de riscos pactuada, cujo principal objetivo é viabilizar o projeto com o menor comprometimento possível da capacidade pessoal dos agentes envolvidos. Para que essa separação econômica tenha força jurídica, costuma-se constituir sociedade de propósito específico (SPE) responsável por executar o empreendimento.⁵⁵²

A SPE passa a ser a titular dos ativos relacionados ao projeto, de maneira que os credores de seus sócios ou quotistas não podem excutir os direitos integrantes do seu patrimônio, o que confere maior segurança aos financiadores e demais credores do projeto. A SPE assegura, assim, que os bens e direitos pertinentes ao empreendimento não sejam ameaçados por credores a ele não relacionados, preservando-se, por conseguinte, o projeto de outros negócios entabulados pelos agentes envolvidos.⁵⁵³

tradicional dos financiamentos, centrada sempre nas empresas que buscam recursos para a implantação ou expansão de negócios. A nova forma de financiamento, ao contrário, se concentra em torno do empreendimento que se projeta instalar ou expandir, assim como na sua capacidade de gerar os recursos necessários à amortização da operação. Em suma, trata-se de financiamento de projeto e não de empresa” (Luiz Gastão Paes de Barros Leães, *O projeto de financiamento*, cit., p. 1.443). V. tb. Eduardo Salomão Neto, *Financiamento de projetos com recursos internacionais* (project finance), cit., p. 63.

⁵⁵⁰ “In a project financing, therefore, the debt terms are not based on the sponsor’s credit support or on the value of the physical assets of the project. Rather, project performance, both technical and economic, is the nucleus of project finance” (Scott L. Hoffman, *The law and business of international project finance*, cit., p. 4).

⁵⁵¹ Andrea Mazzieri, Gianfranco Napolitano, Diego Napolitano, *Il ‘Project Financing’*, cit., p. 5; John D. Finnerty, *Project Financing*, cit., p. 12; Eduardo Salomão Neto, *Financiamento de projetos com recursos internacionais* (project finance), cit., p. 53-54.

⁵⁵² “(...) na estrutura da operação, o *project financing* se efetiva, via de regra, mediante a constituição de uma empresa de propósito específico – a *Project finance company* – concebida para isolar o empreendimento dos demais ativos dos empreendedores e operar o controle do *cash flow*, tal como uma *escrow account* desvinculada das empresas participantes” (Luiz Gastão Paes de Barros Leães, *O projeto de financiamento*, cit., p. 1.443). “Como a sociedade de propósito específico não possui um histórico de atividades ou de crédito, tampouco um patrimônio geral que não aquele a serviço do empreendimento explorado, os agentes financeiros têm de basear sua decisão de concessão de crédito em critérios bastante diferentes daqueles adotados em relação a empréstimos convencionais, em que a reputação, solidez financeira e histórico da sociedade financiada bastam por si próprios. Com efeito, a decisão de crédito baseia-se preponderantemente nas perspectivas de sucesso do empreendimento explorado. Mais do que isso, sua concessão exige um grau de confiança mínimo por parte dos agentes financeiros quanto à capacidade de o projeto gerar lucros e receitas suficientes para manter-se em operação e pagar o financiamento no longo prazo” (José Virgílio Lopes Enei, *Project Finance*, cit., p. 20).

⁵⁵³ O BNDES apenas ingressa em *project finance* em que haja a constituição de SPE: “Considera-se colaboração financeira estruturada sob a forma de *project finance* a operação de crédito realizada que possua, cumulativamente, as seguintes características: a) O cliente deve ser uma Sociedade por Ações com o propósito específico de implementar o projeto financiado, constituída para segregar os fluxos de caixa, patrimônio e riscos do projeto”

Por meio da técnica da personificação, alcança-se a desejada autonomia patrimonial, que permite a estruturação da complexa operação sobre a viabilidade do projeto. Todavia, a despeito dessa inegável vantagem, tem-se que as ações ou quotas da SPE integram o patrimônio de seus acionistas ou quotistas e, por isso, sujeitam-se à agressão de seus credores. Não há forma de se proteger a continuidade do controle e, por isso, da gestão empreendida, que pode restar ameaçada pela execução da participação social na SPE.

Vale dizer, embora a SPE consubstancie fórmula capaz de promover a segregação do projeto das demais atividades desenvolvidas pelos seus sócios ou quotistas, não traduz instrumento apto a garantir a continuidade do controle (e, assim, da gestão) em razão da possibilidade de sua composição acionária ser alterada por excussão promovida pelos credores de seus sócios ou quotistas.

Neste particular, o patrimônio de afetação afigura-se mais vantajoso, pois, além de propiciar a necessária separação jurídica, assegura a constância da gestão. Com efeito, não há ações ou quotas representativas do patrimônio separado que pudessem ser executadas. Os bens integrantes do patrimônio especial, titularizados pelo sujeito que o administra, são inatacáveis pelos credores que não tenham relação com a destinação da universalidade patrimonial afetada. Blinda-se, desse modo, não apenas os ativos relacionados com o projeto como a própria continuidade da gestão, que pode ser estruturada da forma que melhor convier às partes envolvidas.⁵⁵⁴

A fidúcia, portanto, possibilitaria que a continuidade da atividade não ficasse sujeita às vicissitudes próprias da execução creditícia, individual ou coletiva, das ações ou quotas da SPE. O expediente da separação patrimonial é vocacionado a proteger integralmente a finalidade perseguida de todas as vicissitudes pessoais que ocorram com o titular do patrimônio. Cuida-se de mais um instrumento que pode se somar à SPE na implementação de projetos em que seja conveniente, a um só tempo, assegurar a contenção de riscos e a perenidade da gestão.

(http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/Apoio_Financeiro/Produtos/Project_Financ_e/, último acesso em 28.7.2013, às 18h).

⁵⁵⁴ “Al riguardo, un rilevante vantaggio, conseguente al ricorso allo schema del *trust* per la delimitazione del *ring fence* nell’ambito di un’operazione di *project financing*, è dato dal fatto che mentre i creditori del soggetto promotore che ha costituito una *SPV* possono intraprendere azioni esecutive sulle quote o azioni della società da questo detenute, un’analoga possibilità non sussiste nell’ipotesi in cui l’isolamento del rischio avvenga mediante il ricorso allo schema del *trust*” (Andrea Mazziere, Gianfranco Napolitano, Diego Napoletano, *Il ‘Project Financing’*, cit., p. 91). “La fiducie nommée, une fois introduite en droit positif par le législateur, devrait offrir aux sujets de droits de nouveaux moyens de gestion. (...) Le recours à la fiducie nommée comme organisation patrimoniale parallèle à la société pourrait aussi offrir des perspectives enrichissantes du droit positif” (François Barrière, *La réception du trust au travers de la fiducie*, cit., p. 227).

CONCLUSÃO. NOVAS ESTRUTURAS PARA NOVAS FUNÇÕES.

O negócio fiduciário, após longo período de ostracismo,⁵⁵⁵ agora desponta com todo vigor como expediente ímpar para a promoção de inúmeras atividades. Não mais se associa à ausência de específicos institutos que pudessem servir a determinado interesse: traduz o próprio expediente por meio do qual se tutelam as mais diversas situações. Embora em suas origens pudesse estar relacionado à rigidez de um sistema formalista e lacunoso,⁵⁵⁶ atualmente o negócio fiduciário se vincula à sofisticação das relações humanas em suas múltiplas vertentes patrimoniais e existenciais.

Em primeiro lugar, há de se observar que o negócio fiduciário consubstancia amplo modelo ao qual se reconduzem os negócios que apresentam, como nota característica, a titularidade à conta de outrem ou para a promoção de certa finalidade, ou seja, a titularidade fiduciária. Cuida-se de esquema geral no qual a titularidade é imputada de maneira instrumental, para viabilizar a persecução de funções por seu intermédio. Atribui-se ao titular fiduciário o poder-dever de agir: o poder decorre da transmissão do direito; o dever, do caráter fiduciário da alienação, funcionalizada para o alcance da finalidade pretendida.

As opiniões doutrinárias que qualificam o negócio fiduciário à luz do risco de abuso (*rectius*, inadimplemento) do fiduciário ou em razão da desproporção entre o meio utilizado e o fim pretendido não merecem ser acolhidas. A uma porque a atribuição plena da propriedade, longe de se mostrar excessiva, afigura-se o mecanismo apropriado para garantir ao fiduciário plena atuação, que não seria alcançada a partir de outros instrumentos, como o mandato. A duas porque a situação de perigo identificada pela doutrina não é diversa do risco de inadimplemento de qualquer outro contrato, cuja tutela, de ordinário, é apenas *inter partes*, dada a relatividade dos pactos. Daí decorre a insubsistência do entendimento segundo o qual o legislador, ao tipificar o ajuste e prever as sanções para a sua violação, estaria a retirar o caráter fiduciário do negócio.

Tais opiniões se mostram também censuráveis por reduzirem o negócio fiduciário à utilização indireta de tipos contratuais, a exemplo da compra e venda para fins de gestão ou de

⁵⁵⁵ “A fídúcia eclipsou-se no direito romano-helênico, com o desaparecimento da *mancipatio* e da *in iure cessio*. Os compiladores justiniâneos suprimiram a palavra *fiducia* de muitos textos referentes ao instituto, os quais eles retocaram. Já havia ela cumprido a sua função histórica, dando ensejo ao aparecimento do penhor, do comodato e do depósito, que vieram a tornar-se contratos distintos” (Ebert Chamoun, *Instituições de Direito Romano*, Rio de Janeiro: Forense, 1962, p. 344). V. tb. François Barrière, *La réception du trust au travers de la fiducie*, cit., p. 51-55.

⁵⁵⁶ Francesco Ferrara, *A simulação dos negócios jurídicos*, cit., p. 76-77.

garantia. O negócio fiduciário, entretanto, não se confunde com o negócio indireto. Trata-se de categoria autônoma que se identifica, repita-se, pela transmissão instrumental da titularidade, com vistas a viabilizar a realização do escopo avençado pelas partes. Embora o negócio fiduciário possa se valer de estrutura típica para atingir, indiretamente, os fins colimados, ocasião em que poderá ser considerado negócio indireto, tal conformação não é da sua essência, admitindo-se, igualmente, que adote feição atípica.

Em definitivo, por meio do negócio fiduciário – seja mediante expediente indireto, seja diretamente por contrato atípico – ocorre a transmissão da titularidade de uma situação jurídica subjetiva ativa ao fiduciário, para que ele dela se utilize de determinada forma, com vistas a atingir os objetivos estipulados pelo fiduciante.

O negócio fiduciário assim configurado é plenamente admissível no direito brasileiro como legítima expressão da autonomia negocial voltada para a promoção de interesses dignos de tutela à luz dos valores do ordenamento. Não traduz simulação nem tampouco desafia o princípio da taxatividade dos direitos reais.

A indevida confusão entre simulação e negócio fiduciário ocorre quando este se vale de expediente indireto, como uma compra e venda para fins de garantia. Fosse um negócio atípico que as partes intitulassem negócio fiduciário, já não haveria as mesmas questões dogmáticas suscitadas pela doutrina. Todavia, mesmo no caso de negócio indireto não há de se falar em simulação. Isso porque a vontade manifestada pelas partes é séria, os contratantes desejam efetivamente o ajuste com as suas consequências jurídicas, ainda que se sirvam dele para finalidade diversa.

Registre-se, ainda, que não procede a crítica segundo a qual a propriedade transmitida fiduciariamente restaria desfigurada e, por conseguinte, seria atípica, em razão de ser temporária e no interesse de outrem. Em primeiro lugar, a perpetuidade não é da essência da propriedade no direito brasileiro, que, de resto, admite e regulamenta expressamente a propriedade resolúvel. Além disso, o negócio fiduciário, por si só, não cria uma propriedade temporária. O vínculo obrigacional não tem força de influir no tipo do direito real. A propriedade permanece plena e ilimitada, seja nas mãos do fiduciário como na de outrem para quem este venha a transmitir a propriedade.

Também não merece ser acolhida a opinião segundo a qual o negócio fiduciário não seria causa idônea à transferência do domínio, em razão de suposto princípio da taxatividade dos títulos translativos. Tal princípio incide nos direitos reais em virtude da oponibilidade *erga omnes* que ostentam, a demandar prévia valoração legislativa. Mas a forma de constituição e circulação de tais direitos de maneira nenhuma interfere com aludido princípio.

O legislador pátrio não estipulou a taxatividade dos negócios suscetíveis de criarem ou transmitirem direitos reais.

Nessa direção, o art. 167 da Lei nº. 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos) não deve ser interpretado como se estabelecesse um elenco exaustivo dos títulos hábeis à transmissão imobiliária. A Lei nº. 6.015/1973 disciplina o *modo* de aquisição (no caso, o registro) dos direitos reais sobre imóveis, ao passo que Código Civil e demais leis regulam o *título causal* apto a possibilitar a aquisição dos direitos reais sobre imóveis. O registro de um negócio fiduciário translativo de propriedade, ainda que atípico, encontra-se em estrita consonância com a lei, pois o Código Civil admite, em termos amplos, o registro no Registro de Imóveis de qualquer título translativo. O oficial do registro de imóveis, advirta-se, submete-se ao princípio da legalidade, o que não se confunde, contudo, com (inexistente) princípio da taxatividade das causas aptas a serem registradas ou com a alegada exaustividade do elenco do art. 167 da Lei nº. 6.015/1973. Nesse sentido, negar o registro de um contrato atípico significa negar aplicação ao Código Civil, em injustificada violação ao princípio da legalidade.

Uma vez reconhecida sua admissibilidade no direito brasileiro, rege-se o ajuste fiduciário pela disciplina geral dos contratos e demais normas pertinentes. Oportuno ressaltar, ao propósito, que os herdeiros do fiduciário não podem ser indiferentes ao ajuste entabulado. Com o falecimento do fiduciário, suas relações jurídicas são imediata e automaticamente transmitidas aos herdeiros, que devem ultimar os ajustes empreendidos pelo *de cujus*, quando não personalíssimos, ou, neste caso, respeitar as consequências provenientes da extinção do negócio. Em qualquer hipótese, devem os herdeiros observar as disposições contratuais e dar-lhes cumprimento.

Da mesma forma, o cônjuge do fiduciário deve respeitar o negócio fiduciário como qualquer outro ajuste validamente entabulado pelo seu consorte. Desde que o negócio fiduciário não traduza meio fraudulento de prejudicar os direitos assegurados ao cônjuge, este não pode ter pretensão que redunde em violação ao pacto fiduciário.

No que concerne à eventual insolvência do fiduciário, o fiduciante ou o terceiro a quem deve ser revertido o bem sujeitam-se ao concurso universal. Mostra-se possível, de todo modo, a aposição de condição resolutiva para este caso, de forma que o fiduciante ou o terceiro adquiram automaticamente a propriedade com a insolvência e, por tal razão, possam reaver o bem.

Na hipótese de inadimplemento do fiduciário, o fiduciante pode se utilizar dos meios coercitivos legais contra o fiduciário inadimplente, de maneira a obter não apenas a reparação

por perdas e danos como também a execução específica do pactuado. Entretanto, como se trata de vínculo pessoal, o direito do fiduciante de retomar o bem não é oponível aos terceiros de boa-fé que porventura tenham adquirido o direito do fiduciário inadimplente. Por outro lado, caso o terceiro colabore com o inadimplemento do fiduciário, pode ser responsabilizado com base na tutela externa do crédito.

Além da possibilidade de aposição de condição resolutiva para reforçar o escopo fiduciário, mostra-se admissível, ainda, ao menos nos ajustes fiduciários gratuitos, pactuar as cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade. Na medida em que a transmissão do direito, no negócio fiduciário, tem função instrumental, tais cláusulas, longe de limitarem direito vocacionado a satisfazer os interesses de seu titular, recrudescem a função perseguida com a alienação, reforçando o escopo do ajuste fiduciário.

Oportuno ressaltar que o negócio fiduciário pode, também, ser associado à técnica do patrimônio separado, proporcionando às partes contratantes flexibilidade e segurança extraordinárias. A flexibilidade resulta da elasticidade do conteúdo do patrimônio, entendido como universalidade de direito, que pode se expandir ou se comprimir sem alteração da sua configuração unitária. Desse modo, em razão de a universalidade apresentar conteúdo mutável e, ao mesmo tempo, figurar, enquanto tal, como objeto de relação jurídica, tem-se que: (i) se um componente sair da universalidade patrimonial, não mais se submete às relações jurídicas a esta pertinentes; e (ii) se um novo elemento ingressar no patrimônio, submete-se *tout court* às relações jurídicas que o vinculam.

De outra parte, a técnica do patrimônio separado oferece segurança ímpar aos contratantes do negócio fiduciário. Com efeito, com vistas a promover o escopo que o unifica sem interferências externas, o patrimônio separado é vocacionado a garantir, com exclusividade, as dívidas pertinentes ao fim que persegue. Esse efeito da afetação patrimonial constitui eficiente mecanismo jurídico para assegurar, da maneira mais plena possível, a realização da finalidade a que se dirige, pois tem como importante e fundamental consequência blindar o patrimônio separado das vicissitudes atinentes ao patrimônio geral. Dessa forma, os credores pessoais, herdeiros e cônjuge do titular do patrimônio separado não podem ter qualquer pretensão, nessa qualidade, a excutir os bens que o integram.

Sublinhe-se, contudo, que a autonomia negocial, na qual se fundamenta o negócio fiduciário no direito brasileiro, não tem o condão de criar patrimônio separado, vez que se trata de distinta universalidade de direito sujeita a regime jurídico próprio, cuja constituição somente pode ser autorizada pelo legislador.

Note-se, por oportuno, que, atento às inúmeras funções que podem ser desempenhadas por meio da titularidade fiduciária associada à separação patrimonial, o legislador pátrio se utiliza desse esquema em atividades estratégicas, de que são exemplos os fundos de investimento imobiliário, a securitização de créditos imobiliários, a incorporação imobiliária, o consórcio, o sistema brasileiro de pagamento e o depósito centralizado de ativos financeiros e valores mobiliários.

Nada obstante, o legislador brasileiro não introduziu o negócio fiduciário com patrimônio separado como esquema negocial de amplo alcance. Daí decorre que os indivíduos não podem aplicar tal mecanismo a outros negócios ou atividades, além daqueles especificamente contemplados pela legislação. Por essa razão, o negócio fiduciário não pode ser considerado, tal como hoje configurado no direito brasileiro, como um equivalente funcional do *trust* previsto na Convenção de Haia, o qual autoriza a constituição de titularidade fiduciária com patrimônio segregado para fins variados, desde que legítimos.

A incorporação, no direito brasileiro, de esquema negocial equivalente ao *trust*, – ao qual se pode atribuir a denominação *fidúcia*, em homenagem aos projetos de lei que procuraram introduzi-lo na legislação pátria,⁵⁵⁷ – se mostraria especialmente valiosa para o aprimoramento da tutela jurídica conferida a inúmeras situações existenciais e patrimoniais. À luz da experiência de outros países, como Canadá, Luxemburgo, Panamá, México, Porto Rico, Argentina e França, que assimilaram os elementos fundamentais do *trust* a partir da ideia de patrimônio separado, mostra-se possível identificar determinados setores do direito brasileiro que seriam particularmente beneficiados.

Com efeito, a consagração da fidúcia poderia ser de grande valia para o sistema de garantias. A alienação fiduciária em garantia, tal como hoje estruturada, não permite a dissociação entre as figuras do fiduciário e do beneficiário. De fato, o credor é, ao mesmo tempo, o proprietário fiduciário e o beneficiário da garantia. Congregam-se na mesma pessoa centros de interesses distintos, a saber, o da titularidade funcionalizada a um fim e o do beneficiário desta mesma titularidade. Essa conformação traduz amarra à otimização do aproveitamento dos bens, vez impossibilitar que a propriedade do mesmo bem seja funcionalizada à satisfação de mais de um credor. Nesse cenário, a consagração da fidúcia poderia ser extremamente útil, uma vez que permitiria variadas configurações da garantia, de

⁵⁵⁷ Confira-se, entre outros, o Projeto de Código das Obrigações de 1965. A propósito, já se observou que: “Malgrado tenham resultado frustradas, até agora, as tentativas do Direito positivo brasileiro para consagrar uma regulamentação genérica do instituto, várias são as normas legais para hipóteses específicas, como as que disciplinam a alienação fiduciária em garantia, a cessão fiduciária de ações, a propriedade fiduciária de imóveis para fins de constituição de fundos de investimento imobiliário etc.” (Luiz Gastão Paes de Barros Leães, *O acordo de acionistas como negócio fiduciário*, cit., p. 1.373, p. 1.374-1.375).

maneira a viabilizar o exercício da titularidade por terceiro imparcial e em proveito de mais de um credor.

Também na atividade de gestão de recursos a fidúcia despontaria como expediente valoroso. A administração de ativos demanda flexibilidade, para que possa se adequar com celeridade às mudanças do mercado, e segurança, no sentido de que não esteja sujeita a interferências externas, isto é, ao ataque de credores que não se relacionem à finalidade da gestão. Flexibilidade e segurança são precisamente as notas características do patrimônio separado e, conseqüentemente, da fidúcia que, por isso mesmo, traduz poderoso instrumento para a gestão patrimonial.

A atividade de gestão do patrimônio, embora se refira a elementos de valor pecuniário, pode ter por escopo primordial proteger situações existenciais, assegurando, por exemplo, condições dignas de vida aos incapazes. Por intermédio da fidúcia é possível a tutela de variados interesses, valendo destacar, por sua importância, as situações existenciais daqueles que se encontram em especial situação de vulnerabilidade.

Nessa direção, a fidúcia poderia se somar aos mecanismos protetivos da tutela e curatela. Com a fidúcia, a gestão patrimonial ficaria a cargo de instituições especializadas, responsáveis por garantir o padrão de vida dos incapazes e a preservação dos seus interesses. O fiduciário, ao gerir o patrimônio dos incapazes para específicas finalidades, acabaria não apenas por auxiliar o tutor ou o curador em seu mister, como também por fiscalizar sua atuação. Da mesma maneira, o tutor e o curador também fiscalizariam a gestão patrimonial empreendida pelo fiduciário, tratando-se de mútuo controle proveitoso para os interesses do incapaz, sem prejuízo do controle judicial.

Além disso, na esteira da valorização da autonomia decisória da pessoa em relação a aspectos que envolvem sua saúde e vida, a possibilidade de criação, em virtude da incapacidade, de patrimônio fiduciário gerido por profissional independente, pode permitir, com segurança e flexibilidade, a concretização de decisões constantes em diretivas antecipadas relativas à forma de administrar os bens para a satisfação de necessidades existenciais.

Seria possível, assim, subtrair da discricionariedade do curador determinadas escolhas já efetuadas pelo (atualmente) incapaz. Com isso decisões relacionadas ao custo de tratamentos, hospitais, médicos, fisioterapias etc. poderiam fazer parte de diretivas antecipadas, que disciplinariam a forma de gerir o patrimônio para a máxima realização das necessidades psicofísicas do incapaz sob a perspectiva deste. E mais: com a fidúcia, o

patrimônio poderia contar com gestão especializada, imparcial e dinâmica, que não se submetesse às rígidas regulamentações aplicáveis à curatela, nem às habilidades do curador.

Não bastasse tudo isso, a fidúcia poderia atingir o escopo pretendido com as cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sem o engessamento e a rigidez de tais cláusulas, que podem inclusive ser prejudiciais àquele que se objetivou tutelar. De fato, por intermédio da fidúcia seria possível, respeitando-se as mesmas restrições legais existentes para as cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, garantir um aproveitamento dinâmico dos bens. A fidúcia permitiria que o objeto da transmissão fosse uma universalidade patrimonial autônoma cuja gestão ficaria a cargo de entidade diversa do beneficiário. Aliena-se não um bem gravado com as cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade, mas a atividade de gestão do patrimônio, inteiramente voltado para a promoção dos interesses do beneficiário.

Registre-se, a propósito, que, como qualquer outro negócio dispositivo, a fidúcia deve respeitar as normas de ordem pública aplicáveis, especialmente, (i) a legítima dos herdeiros necessários, (ii) os direitos do cônjuge, a exemplo da anuência conjugal para certos casos de disposição, (iii) a vedação do pacto comissório, (iv) a proibição da substituição fideicomissária além do segundo grau, (v) o direito dos credores, e (vi) as regras sobre legitimação ou capacidade para certos atos.

Observe-se ainda que a consagração legislativa da fidúcia, como esquema negocial de amplo alcance, permitiria sistematizar a disciplina jurídica das espécies legais existentes.⁵⁵⁸ Atualmente, observa-se quadro normativo fragmentado e, em alguns aspectos, incoerente, vez que nem sempre a disparidade entre os regimes jurídicos se justifica.

De todo o exposto, verifica-se a conveniência de se regulamentar a fidúcia como esquema negocial amplo,⁵⁵⁹ aos moldes dos projetos de lei apresentados no Brasil e na esteira da experiência estrangeira.⁵⁶⁰ A crescente complexidade dos mercados financeiros e das

⁵⁵⁸ Confira-se, no âmbito do direito francês, a análise da doutrina antes da lei que introduziu, em 2007, a fidúcia: “Les fiducies innommées son sujettes à des régimes divers. L’adoption de cette loi pourrait permettre de combler les lacunes des différents régimes spéciaux et offrir un cadre général d’interprétation, permettant d’unifier le droit des fiducies” (François Barrière, *La réception du trust au travers de la fiducie*, cit., p. 220). V. tb. Exposé des motifs de loi instituant la fiducie, présentée par Philippe Marini, p. 2.

⁵⁵⁹ “Il est, sans doute, préférable que la loi consacrant la fiducie en droit français se limite à disposer des seuls éléments fondamentaux permettant de régir les aspects principaux de la fiducie, afin d’éviter d’encadrer trop strictement les diverses situations pouvant advenir. Le texte se doit de rester un texte général, ‘de droit commun’; sa physionomie offre une grande liberté contractuelle aux personnes qui auront recours à cet instrument” (Exposé des motifs de loi instituant la fiducie, présentée par Philippe Marini, p. 4).

⁵⁶⁰ Novamente se faz oportuno transcrever a observação doutrinária relativa ao direito francês no período anterior à incorporação da fidúcia: “L’esprit est à la fois d’ouverture et de pragmatisme: l’introduction d’une fiducie dérivée du *trust* parmi les grands contrats nommés du droit français pourrait clarifier notre droit positif, où elle se rencontre déjà de-ci de-là, et de plus en plus souvent, mais à l’état innommé; elle pourrait aussi fournir

estruturaciones económicas; a tomada de consciência de que as pessoas podem regular suas situações existenciais e patrimoniais para quando não mais tiverem discernimento; a legítima pretensão de disciplinar de maneira dinâmica a transmissão de certos direitos, apreendidos não em si mesmos, de forma estática, mas como atividade em desenvolvimento, demandam instrumento que possa agregar flexibilidade – que garanta adaptação às concretas necessidades – e segurança – com vistas a assegurar que o escopo pretendido seja alcançado sem percalços que lhe sejam estranhos.

O negócio fiduciário, quando associado à técnica da separação patrimonial, consubstancia o necessário instrumento para a promoção dessas inúmeras atividades. Por isso que a fidúcia traduziria novo esquema negocial⁵⁶¹ apto à promoção de inúmeras novas funções,⁵⁶² de maneira a potencializar a proteção de interesses valorados positivamente pelo ordenamento.

à la pratique française l'instrument d'opérations économiques utiles et importantes qui, pour l'heure, se font ailleurs" (Michel Grimaldi, Prefácio à obra de François Barrière, *La réception du trust au travers de la fiducie*, Litec, Groupe Lexis Nexis, 2004).

⁵⁶¹ "(...) el fideicomiso define un esquema pero no un contenido. Está concebido – en su versión moderna – para servir a una multiplicidad de objetivos lícitos en ámbitos tan diversos como, por ejemplo, los intereses familiares, las obras de beneficencia, las relaciones de crédito y la inversión en grandes emprendimientos" (Jorge Roberto Hayzus, *Fideicomiso*, cit., p. 77). V. tb. Michel Grimaldi e François Barrière, *La fiducie en droit français*, cit., p. 257.

⁵⁶² "El amplio margen de libre contratación (*numerus apertus*) que anima esta materia, hace prácticamente imposible enunciar la variedad de combinaciones en las cuales el fideicomiso puede intervenir, es decir, aquellos negocios en que la propiedad fiduciaria es el medio elegido para lograr la finalidad perseguida por las partes. Sin embargo, por la función o finalidad inmediata de los bienes fideicomitados y la función que en relación a ellos cumple al fiduciario, con las limitaciones que toda clasificación implica, podemos reunir las especies en cuatro grupos generales: los fideicomisos de inversión, los fideicomisos de garantía, los de administración y los mixtos, estos últimos resultantes de la combinación de las anteriores categorías" (Claudio M. Kiper e Silvio V. Lisoprawski, *Tratado de Fideicomiso*, cit., p. 197).

REFERÊNCIAS

- AGHIARIAN, Hércules. Patrimônio de Afetação. *ADCOAS*, São Paulo, ano VIII, n.3, p. 55-60, fev. 2005.
- ALVARENGA, Luiz Carlos. A representação nos atos notariais celebrados consigo mesmo: análise do art. 117 do novo Código Civil. In: ALVARENGA, Luiz Carlos. *Direito Notarial Registral: coletânea de artigos*. Belo Horizonte: Edição do autor, 2005. p. 9-25.
- ALVES, José Carlos Moreira. *A retrovenda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- _____. *Da alienação fiduciária em garantia*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- ALVIM, Agostinho. *Da compra e venda e da troca*. Rio de Janeiro: Forense, 1961.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria Geral da Relação Jurídica*. Coimbra: Almedina, 1983. V.2
- _____. *Teoria Geral da Relação Jurídica*. Coimbra: Almedina, 2003. V.1
- ANELLI, Franco. *L'alienazione in funzione di garanzia*. Milano: Giuffrè, 1996.
- ANTUNES, João Tiago Morais. *Do contrato de depósito escrow*. Coimbra: Almedina, 2007.
- APOCALYPSE, Sidney Saraiva. *PGBL: a falácia da blindagem patrimonial e do planejamento sucessório*. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 66, fev. 2006.
- ARESPACCHAGA, Joaquín de. *El trust, la fiducia y figuras afines*. Madrid: Marcial Pons, 2000.
- ASCARELLI, Tullio. *Problema das Sociedades Anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1969.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *A Tipicidade dos Direitos Reais*. Lisboa: Livraria Petrony, 1968.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: teoria geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. V.3.
- AUBRY; RAU. *Cours de Droit Civil Français d'après la méthode de Zachariae*. Paris: Marchal & Billard, 1917.
- AVVAD, Pedro Elias; LIMA, Rafael Augusto de Mendonça. *Direito Imobiliário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

AYNES, Laurent; CROCQ, Pierre. *Les sûretés – La publicité foncière*. Paris: Defrénois, 2008.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Cláusula de inalienabilidade In: ENCICLOPÉDIA Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1977. V.15.

_____. *Comentários ao código civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. V.19.

_____. Negócio Fiduciário. In: ENCICLOPÉDIA Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1977. V.54.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Negócio Fiduciário. Frustração da fidúcia pela alienação indevida do bem transmitido. Oponibilidade ao terceiro adquirente dos efeitos da fidúcia germânica e de procuração em causa própria outorgada ao fiduciante. In: _____. *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

AZEVEDO, Philadelpho. *Destinação do Imóvel*. São Paulo: Max Limonad, 1957.

BANDEIRA, Paula Greco. Fundamentos da responsabilidade civil do terceiro cúmplice. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 30, p. 79-127, 2000.

BARBOSA FILHO, Marcelo Fortes. *Sociedade Anônima Atual: comentários e anotações às inovações trazidas pela Lei n. 10.303/01 ao texto da Lei n. 6.404/76*. São Paulo: Atlas, 2004.

BARBOZA, Heloisa Helena. *Poder familiar em face das práticas médicas*. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 76, 2004.

BAREA, Juan B. Jordano. *El negocio fiduciario*. Barcelona: Bosch, 1959.

BARRIERE, François. *La réception du trust au travers de la fiducie*. Litec : Groupe Lexis Nexis, 2004.

BARTOLI, Saverio. *Il Trust*. Milano: Giuffrè, 2001.

BAVETTA, Giuseppe, *Mandato (dir. priv.)*. In: ENCICLOPEDIA del diritto. Milão: Giuffrè Editore, 1987. V.XXV

BEAULNE, Jacques. *Droit des fiducies*. Montréal: Wilson & Lafleur, 2005.

BESSONE, Darcy. *Direitos reais*, São Paulo: Saraiva, 1996.

BETTI, Emilio. *Consapevole Divergenza della Determinazione Causale nel Negozio Giuridico*. In: BULLETTINO dell'Istituto di Diritto Romano: Vittorio Scialoja. Roma: Istituto di Diritto Romano, 1934. V.I.

_____. *Consapevole Divergenza della Determinazione Causale nel Negozio Giuridico. Simulazione e riproduzione dicis causa o fiduciae causa*. In: BULLETTINO dell'Istituto di Diritto Romano 'Vittorio Scialoja'. Roma: Istituto di Diritto Romano, 1934. V.1.

BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1960. V.2.

BETTI, Emilio. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. V.3.

_____. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, Rio de Janeiro: Editora Rio, Edição Histórica.

_____. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. V.6

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Da fidúcia à securitização*, Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

_____. *Lei de recuperação de empresas e falências comentada*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BIANCA, Mirzia. *Giornata di Studio sul Trust*, in *Rivista di Diritto Civile*, anno 41, n. 3, 1995.

BOMTEMPO, Tiago Vieira, *Diretivas antecipadas: breves considerações*, *Revista jurídica Consulex*,[S.l.], n. 364, 2012.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*, Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

BORGES, Luiz Ferreira Xavier. *Project finance e infra-estrutura: descrição e críticas*, in *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, n. 6, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro, *Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado*, in *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org.), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BRANCO, Carlos Eduardo Castello; MONTEIRO, Eliane de Mello Alves Rebouças, Um estudo sobre a indústria de Fundos de Investimentos Imobiliários no Brasil. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 20, 2003.

BRETZ, Talita. *A justa causa do artigo 1.848 do Código Civil: autonomia privada e legítima proteção dos herdeiros*. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 45, 2011.

BRITO, Rodrigo Azevedo Toscano de. *Incorporação Imobiliária à Luz do CDC*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BUSNELLI, Francesco Donato. *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano: Giuffrè, 1964.

CAMBLER, Everaldo Augusto. *Incorporação Imobiliária*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

CAMPOS, Francisco, *Direito Civil*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

CANÇADO, Miguel Ângelo S.; CALDAS, Marco Antônio; CALDAS, Rodrigo O., *A propriedade imobiliária em construção e a falência*, in *Revista da OAB Goiás*, n. 50, ano XIV, 2002.

CANDIAN, Albina. *Le garanzie mobiliari*, Milano: Giuffrè, 2001.

CANDIAN, Aurelio. *Nozioni Istituzionali di Diritto Privato*, Milano: Giuffrè, 1949.

CANTIDIANO, Luiz Leonardo, *Reforma da Lei das S.A. comentada*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CARDOSO, Patrícia Silva, *A posição do terceiro no contrato – uma abordagem não dogmática*, Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2006.

CARIOTA-FERRARA, Luigi, *I Negozi Fiduciari*, Padova: Cedam, 1933.

CARVALHO, Afrânio de, *Registro de Imóveis*, in *Revista dos Tribunais*, vol. 481, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

_____. *Registro de imóveis*, Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CARVALHOSA, Modesto, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, vol. I, São Paulo: Saraiva, 2002.

CHALHUB, Melhim Namem, *Curso de Direito Civil: direitos reais*, in SOUZA, Sylvio Capanema de (coord.), *Curso de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *Da Incorporação Imobiliária*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. *Negócio Fiduciário*, Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. *Trust*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *Trust: breves considerações sobre sua adaptação aos sistemas jurídicos de tradição romana*, in *Revista dos Tribunais*, vol. 790, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CHALHUB, Melhim Namem; ASSUMPÇÃO, Márcio Calil de, *Cessão fiduciária de direitos creditórios: aspectos da sua natureza jurídica e seu tratamento no concurso de credores*, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 38, Rio de Janeiro: Padma, 2009.

CHAMOUN, Ebert Vianna, *Direito Civil*, 4º ano, Rio de Janeiro: Aurora, 1955.

_____. *Instituições de Direito Romano*, Rio de Janeiro: Forense, 1962.

CHARLIN, Jacques, *La fiducie-libéralité: essai de synthèse en vue d'un contrat*, in *Les opérations fiduciaires*, Colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984, Paris: Feduci, 1985.

CHEDIAK, Julian, *A propriedade fiduciária de valores mobiliários*, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 39, Rio de Janeiro: Padma, 2009.

CICERO, Cristiano, *Riflessioni su trust e categorie civilistiche*, in *De Jure* (revista eletrônica), Giuffrè, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa, *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*, São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Curso de Direito Comercial*, vol. II, São Paulo: Saraiva, 2008.

CORDEIRO, Antonio Menezes, *Direitos Reais*, Lisboa: Lex, 1993.

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, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

CRUZ, Elisa Costa; AZEVEDO, Lilibeth de, *Planejamento sucessório*, in *Diálogos sobre direito civil*, vol. III, Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

CUMYN, Madeleine Cantin, *Reflections regarding the diversity of ways in which the trust has been received or adapted in civil law countries*, in *Re-imagining the trust*, Edited by Lionel Smith, Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

CUNHA, Ivo Gabriel da, *A dispensa do ônus da inalienabilidade e a decisão judicial*, in *Ajuris*, vol. 10, Porto Alegre, 1977.

CUNHA, Paulo, *Do património*, Lisboa: Minerva, 1934.

CUPIS, Adriano De, *Il danno*, Milano: Giuffrè, 1970.

DAVID, René, *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DINIZ, Maria Helena, *Sistemas de Registros de Imóveis*, São Paulo: Saraiva, 2012.

DIP, Ricardo Henry Marques, *São taxativos os atos registráveis?*, in *Revista de Direito Imobiliário*, vol. 47, n. 22, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Sobre a qualificação no registro de imóveis*, in *Títulos judiciais e o registro de imóveis*, Rio de Janeiro: Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, 2005.

DUFAUX, Jacques, *Les opérations fiduciaires à des fins de libéralité*, in *Les opérations fiduciaires*, Colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984, Paris: Feduci, 1985.

DUNAND, Jean-Philippe, *Le transfert fiduciaire: donner pour reprendre*, Faculté de Droit de Genève, 2000.

EIZIRIK, Nelson, *A Lei das S/A comentada*, vol. I, São Paulo: Quartier Latin, 2011.

EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna B.; PARENTE, Flávia; HENRIQUE, Marcus de Freitas, *Mercado de Capitais: Regime Jurídico*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ENEI, José Virgílio Lopes, *Project Finance*, São Paulo: Saraiva, 2007.

ESPÍNOLA, Eduardo, *Manual do Código Civil brasileiro*, vol. III, LACERDA, Paulo de (coord.), Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1923.

_____. *Posse, Propriedade, Compropriedade ou Condomínio, Direitos Autorais*, Rio de Janeiro: Conquista, 1956.

FACHIN, Luiz Edson, *Comentários ao Código Civil*, vol. 15, São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; FACHIN, Melina Girardi; GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha, *O presente do futuro incapaz*, disponível em www.mpmg.mp.br, último acesso em 1.8.2013, às 11h.

FADDA, Carlo; BENZA, Paolo Emilio, *Note dei traduttori al libro secondo*, in *Diritto delle Pandette*, vol. I, parte II, Bernardo Windscheid, Torino: UTET, 1902.

FERNANDES, Jean Carlos, *Cessão Fiduciária de Títulos de Crédito*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Lições de Direitos Reais*, Lisboa: *Quid Juris*, 1997.

FERRARA, Francesco, *A simulação dos negócios jurídicos*, trad. Bossa, São Paulo: Saraiva, 1939.

_____. *Trattato di Diritto Civile Italiano*, vol. I, Roma: Athenaeum, 1921.

FERRARI, Chiara; UGOLINI, Sonia, *I trusts in ambito successorio, in Donazioni, atti gratuiti, patti di famiglia e trusts successori*, diretta da PRATO, Enrico del; COSTANZA, Maria; MANES, Paola, Torino: Zanichelli, 2010.

FINNERTY, John D., *Project Financing*, New Jersey: Wiley, 2013.

FIORANELI, Ademar, *Das cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade, incomunicabilidade. Sub-rogação. Aspectos práticos. Doutrina. Jurisprudência*, in *Revista de Direito Imobiliária*, vol. 19/20, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

FIÚZA, César, *Alienação Fiduciária em Garantia*, Rio de Janeiro: AIDE, 2000.

FORSTER, Nestor José, *Alienação fiduciária em garantia*, Porto Alegre: Sulina, 1976.

FRANCESCHELLI, Remo, *Il 'Trust' nel diritto inglese*, Padova: Cedam, 1935.

FRANCESCHINI, José Ignácio Gonzaga, *Contratos inominados, mistos e negócio indireto*, in *Revista dos Tribunais*, vol. 464, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

FRANCO, João Nascimento, *Incorporações Imobiliárias*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

FREIRE, J. Renato Corrêa, *Negócio Jurídico Fiduciário — Fidúcia: uma forma brasileira de 'trust'?*, in *Revista dos Tribunais*, vol. 411, n. 59, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

FREITAS, Ricardo de Santos, *Natureza Jurídica dos Fundos de Investimento*, São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GAGGINI, Fernando Schwarz, *Fundos de Investimento no Direito Brasileiro*, São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2001.

GALGANO, Francesco, *Il negozio giuridico*, in *Trattato di Diritto Civile e Commerciale* (già diretto da CICU, Antonio; MESSINEO, Francesco; MENGONI, Luigi, continuato da SCHLESINGER, Piero), Milano: Giuffrè, 2002.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, *Direito Civil: sucessões*, São Paulo: Atlas, 2007.

GHESTIN, Jacques; GOUBEAUX, Gilles, *Traité de Droit Civil*, vol. I, Paris: L.G.D.J., 1977.

GIANDOMENICO, Marco Eugenio Di; FESTA, Davide, *Consorti, fondazioni e trust*, Dogana: Maggioli Editore, 2006.

GOMES, Orlando, *Alienação Fiduciária*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

_____. *Contrato de Fidúcia ('trust')*, in *Revista Forense*, vol. 211, n. 62, 1965.

_____. *Contrato de Incorporação Imobiliária*, in *Revista dos Tribunais*, vol. 461, n. 63, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

_____. *Contratos*, Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Direitos Reais*, atualizado por FACHIN, Luiz Edson, Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Introdução ao Direito Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Sucessões*, Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GONÇALVES, Luiz da Cunha, *Tratado de Direito Civil*, vol. I, t. I, São Paulo: Max Limonad, 1955.

GRASSETTI, Cesare, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, vol. XXXIV, Parte I, Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1936.

GRAZIADEI, Michele; MATTEI, Ugo; SMITH, Lionel, *Commercial Trusts in European Private Law: the interest and scope of the enquiry*, in *Commercial Trusts in European Private Law*, GRAZIADEI, Michele; MATTEI, Ugo; SMITH, Lionel (coord.). Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

GRAZIANI, Alessandro, *Negozi Indiretti e Negozi Fiduciari*, in *Rivista del Diritto Commerciale*, vol. XXXI, parte prima, 1933.

GRETTON, George, *Scotland: the evolution of the trust in a semi-civilian system*, in *Itinera Fiducia*, edited by HELMHOLZ, Richard; ZIMMERMANN, Reinhard, Berlin: Duncker & Humblot, 1998.

GRIMALDI, Michel; BARRIERE, François, *La fiducie en droit français*, in *La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires*, CUMYN, Madeleine Cantin (direction), Bruxelles: Bruylant, 1999.

GRIMALDI, Michel; DAMMANN, Reinhard, *La fiducie sur ordonnances*, in *Recueil Dalloz*, n. 10, 2009.

GRIMALDI, Michel, Prefácio à obra de BARRIERE, François, *La réception du trust au travers de la fiducie*, Litec, Groupe Lexis Nexis, 2004.

GUIMARÃES, Carlos Roberto Teixeira, *Comentários ao tabelionato de notas e ao registro de imóveis*, Rio de Janeiro, 2006.

GUSMÃO, Mônica, *Lições de Direito Empresarial*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GUTIÉRREZ, Pedro F., *Los Fideicomisos y las Obligaciones Negociables*, Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2004.

HAYTON, D.J.; KORTMANN S.C.J.J.; VERHAGEN, H.L.E., *Principles of European trust law*, vol. 1, Kluwer Law International, 1999.

HAYZUS, Jorge Roberto, *Fideicomiso*, Buenos Aires: Astrea, 2004.

HELMHOLZ, Richard; ZIMMERMANN, Reinhard, *Views of Trust and Treuhand: an introduction*, in *Itinera Fiduciae*, edited by HELMHOLZ, Richard e ZIMMERMANN, Reinhard, Berlin: Duncker & Humblot, 1998.

HESPANHA, António M., *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*, Mira-Sintra: Publicações Europa-América, 1997.

HIRONAKA, Giselda, *Comentários ao Código Civil*, vol. 20, AZEVEDO, Antônio Junqueira de (coord.), São Paulo: Saraiva, 2003.

HOFFMAN, Scott L., *The law and business of international project finance*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

HOSS, Philippe, *L'expérience Luxembourgeoise*, in *La fiducie et ses applications dans plusieurs pays européens*, Colloque organisé par le Centre d'études juridiques françaises, Direction scientifique du colloque: WITZ, Claudio, Centre d'Études Juridiques Françaises, Université de la Sarre, 29 novembre 1990.

JAEGER, Pier Giusto, *La separazione del patrimonio fiduciario nel fallimento*, Milano: Giuffrè, 1968.

KIPER, Claudio M.; LISOPRAWSKI, Silvio V., *Tratado de Fideicomiso*, Buenos Aires: Depalma, 2004.

KIRSCHBAUM, Deborah, *Cláusula resolutive expressa por insolvência nos contratos*, in *Revista Direito GV*, vol. 2, n. 1, Fundação Getúlio Vargas, 2006.

KONDER, Carlos Nelson, *Causa do contrato x Função social do contrato: estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial*, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 43, Rio de Janeiro: Padma, 2010.

KROEHN, Márcio, *Um plano para chamar de seu*, in *ISTO É Dinheiro*, 2009, disponível em <http://www.istoedinheiro.com.br/noticias/1602>, último acesso em 19.7.2013, às 21h.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros, *Contrato de locação de postos de abastecimento como negócio indireto*, in *Pareceres*, vol. I, São Paulo: Singular, 2004.

_____. *O acordo de acionistas como negócio fiduciário*, in *Pareceres*, vol. II, São Paulo: Singular, 2004.

_____. *O projeto de financiamento*, in *Pareceres*, vol. II, São Paulo: Singular, 2004.

LEPAULLE, Pierre, *Traité Théorique et Pratique des Trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1932.

LIMA, Alvino, *A fraude no direito civil*, São Paulo: Saraiva, 1965.

LIMA, Otto de Sousa, *Negócio Fiduciário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962.

LIPARI, Nicolò, *Il negozio fiduciario*, Milano: Giuffrè, 1964.

LIRA, Ricardo Pereira, *Crédito imobiliário e sua conceptualização. A revogação da categoria dos bens imóveis por acessão intelectual pelo Código Civil brasileiro de 2002: consequências. As pertenças e seu regime jurídico. A securitização. Os recebíveis: Créditos Recebíveis Imobiliários (CRIs) e as Cédulas de Crédito Imobiliário (CCIs). O Continuum Imobiliário como lastro da emissão desses títulos imobiliários*, in *Revista Forense*, vol. 373, n. 100, 2004.

LOBO, Jorge, *Efeitos da concordata e da falência em relação aos contratos bilaterais do concordatário e do falido*, in *Revista Forense*, vol. 347, 1999.

LÔBO, Paulo Luiz Netto, *Comentários ao Código Civil*, vol. 6, AZEVEDO, Antônio Junqueira de (coord.), São Paulo: Saraiva, 2003.

LOPES, Miguel Maria de Serpa, *Curso de direito civil*, vol. III, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.

LUCENA, José Waldecy, *Das Sociedades Anônimas*, vol. I, Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

LUPOI, Maurizio, *Il trust nel diritto civile*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Rodolfo Sacco. Torino: UTET, 2004.

_____. *Trusts: a comparative study*, Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

MAIA, Felipe Fernandes Ribeiro, *O sistema de consórcio financeiro na Lei 11.795/2008*, in *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, n. 47, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MAIA, Paulo Carneiro, *Da retrovenda*, São Paulo: Saraiva, 1956.

MAJO, Adolfo Di, *Delle obbligazione in generale*, libro IV, In: *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di GALGANO, Francesco, Bologna: Nicola Zanichelli Editore, 1988.

_____. *Responsabilità e Patrimonio*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2005.

MALUF, Carlos Alberto Dabus, *Cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MALUMIÁN, Nicolás; DIPLOTTI Adrián G.; GUTIÉRREZ, Pablo, *Fideicomiso y Securitización. Análisis Legal, Fiscal y Contable*, Buenos Aires: La Ley, 2006.

MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo, *Notas sobre o negócio jurídico fiduciário*, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 20, Rio de Janeiro: Padma, 2004.

MARQUES, Beatriz Pereira de Samuel; MARQUES, Luiz Henrique de Oliveira; MARQUES, José de Samuel, *Os rumos da hipoteca diante do advento da Súmula 308 do Superior Tribunal de Justiça*, in *Revista de Direito Imobiliário*, vol. 63, n. 30, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARTINEZ, Pedro Romano; PONTE, Pedro Fuzeta da, *Garantias de Cumprimento*, Coimbra: Almedina, 2006.

MARTINS, Raphael Manhães, *A propriedade fiduciária no direito brasileiro: uma proposta para a construção dogmática do modelo*, in *Revista da Emerj*, vol. 13, n. 51, 2010.

MARTORELL, Mariano Navarro, *La propiedad fiduciaria*, Barcelona: Bosch, 1950.

MARZO, Cristina Celeste, *Analysis of an 'escrow agreement' in an M&A transaction*, in *RSDE*, vol. 8, 2011.

MASTROPAOLO, Fulvio, *Il Deposito*, in *Trattato di Diritto Privato* (RESCIGNO, Pietro), vol. XII, Torino: UTET, 1985.

MATIAS, Armindo Saraiva, *Titularização: um novo instrumento financeiro*, in *Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro*, vol. 112, ano XXXVI, São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

MATTOS, Aldo Dórea, *O patrimônio de afetação vai vingar no mercado imobiliário?*, in *Jus Navigandi*, <http://jus.com.br>, último acesso em 15.7.2013, às 19h.

MAXIMILIANO, Carlos, *Direito das Sucessões*, vol. I, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937.

_____. *Direito das Sucessões*, vol. II, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937.

MAZZIERI, Andrea; NAPOLITANO, Gianfranco; NAPOLETANO, Diego, *Il 'Project Financing'*, Napoli: Jovene, 2006.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau, *Autonomia privada e dignidade humana*, Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MELLO, Henrique Ferraz Corrêa de, *A tipicidade dos direitos reais*, in *Revista de Direito Imobiliário*, n. 52, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MELO FILHO, Álvaro, *Princípio do direito registral imobiliário*, in *Revista Forense*, vol. 291, 1985.

MELO, Marcelo Augusto Santana de, *A qualificação registral como tutela preventiva de conflitos*, in *Revista de Direito Imobiliário*, vol. 68, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Breves Anotações sobre o Registro de Imóveis*, in *Novo Direito Imobiliário Registral*, TUTIKIAN, Cláudia Fonseca; TIMM, Luciano Benetti; Paiva, João Pedro Lamana (org.), São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____. *O meio ambiente e o Registro de Imóveis*, in *Registro de Imóveis e Meio Ambiente*, JACOMINO, Sérgio; MELO, Marcelo Augusto Santana de; CRIADO, Francisco de Asís Palacios (coord.), São Paulo: Saraiva, 2010.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de, *Direito das Coisas*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. VI, livro IV, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960.

_____. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. VII, livro V, parte I, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960.

_____. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. VIII, livro V, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

MENDONÇA, Manoel Ignacio Carvalho de, *Doutrina e Prática das Obrigações*, t. I, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938.

MESSINA, Giuseppe, *Scritti Giuridici*, vol. I, *Negozi Fiduciari*, Milano: Giuffrè, 1948.

MESSINEO, Francesco, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, Milano: Giuffrè, 1957.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino, *Negócio jurídico indireto e negócios fiduciários*, in *Doutrinas Essenciais: obrigações e contratos*, vol. VI, TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MIRANDA, Pontes de, *Tratado de Direito Privado*, t. III, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Tratado de Direito Privado*, t. IV, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Tratado de Direito Privado*, t. V, Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

_____. *Tratado de Direito Privado*, t. XXI, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MONTEIRO, Washington de Barros, *Curso de direito civil*, vol. 6, São Paulo: Saraiva, 2003.

MONTINARO, Roberta, *Trust e negozio di destinazione allo scopo*, Milano: Giuffrè, 2004.

MORAES, Maria Celina Bodin de, *O procedimento de qualificação dos contratos e a dupla configuração do mútuo no direito civil brasileiro*, in *Revista Forense*, vol. 309, 1990.

MOREIRA, Alberto Camiña, *Falência de instituição financeira. Contrato de depósito e ineficácia de cláusula contratual prevendo atuação como trustee*, in *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 2, n. 40, 2008.

NEGREIROS, Teresa, *Teoria do Contrato: novos paradigmas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NERI, Arianna, *Il trust e la tutela del beneficiario*, Padova: CEDAM, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson, *Alienação do poder de controle em sociedades limitadas como compra e venda mercantil. Compra e venda entre ascendentes e descendentes. Nulidade e anulabilidade. Negócios indiretos, simulação e fraude à lei. Semelhanças e distinções entre as figuras. Negócios jurídicos com interpostas pessoas. Prescrição e decadência. Sua função e inexistência no caso concreto. Ações declaratórias, condenatórias e constitutivas e os critérios de determinação de sua extinção pelo decurso de prazo*, in *Revista de Direito Privado*, vol. 10, n. 37, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NEVITT, Peter K.; FABOZZI, Frank J., *Project Financing*, 7^a ed., London: Euromoney Books, 2000.

NONATO, Orosimbo, *Estudos sobre sucessão testamentária*, vol. II, Rio de Janeiro: Forense, 1957.

OLIVA, *Patrimônio Separado: herança, massa falida, securitização de créditos imobiliários, incorporação imobiliária, fundos de investimento imobiliário, trust*, Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

OLIVA, Milena Donato; RENTERÍA, Pablo, *Fidúcia: a importância da incorporação dos efeitos do trust no direito brasileiro*, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 48, Rio de Janeiro: Padma, 2011.

OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de, *Tratado de direito das sucessões*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

OMMESLAGHE, Pierre van, *Rapport de Synthèse*, in *Les opérations fiduciaires*, Colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984, Paris: Feduci, 1985.

PAGE, Henri De, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, Bruxelles: Émile Bruylant, 1941.

_____. *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. IX, Bruxelles: Émile Bruylant, 1941.

PEREIRA FILHO, Valdir Carlos, *Clearing houses: aspectos jurídicos relevantes e seu papel no mercado de capitais e no sistema de pagamentos brasileiro*, in *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*, vol. 27, Revista dos Tribunais, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Incorporação Imobiliária*, in *Revista Forense*, vol. 265, n. 75, 1979.

_____. *Instituições de Direito Civil*, vol. III, Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. *Instituições de Direito Civil*, vol. IV, atualizada por MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo, Rio de Janeiro: Forense, 2012.

_____. *Instituições de Direito Civil*, vol. V, Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. *Instituições de Direito Civil*, vol. VI, Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PEREIRA, Lafayete Rodrigues, *Direito das Coisas*, vol. I, Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

PEREIRA, Regis Velasco Fichtner, *A fraude à lei*, Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

PEREIRA, Virgílio de Sá, *Direito das Coisas*, in *Manual do Código Civil Brasileiro*, LACERDA, Paulo de (coord.), vol. VIII, Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1924.

PERLINGIERI, Pietro, *Introduzione alla problematica della 'proprietà'*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011.

_____. *O direito civil na legalidade constitucional*, trad. CICCO, Maria Cristina De, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*, trad. CICCO, Maria Cristina De, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PERLINGIERI, Pietro; BARTOLOMEO, Maria Di, *Accordo simulatorio*, in *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000.

PERLINGIERI, Pietro; RIZZO, Vito, *Vincoli nella formazione dei contratti*, in *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000.

PETRULLI, Mario; RUBINO Francesco, *Il trust*, Matelica: Halley, 2006.

PINO, Augusto, *Il Patrimonio Separato*, Padova: Cedam, 1950.

PORCELLI, Giacomo, *Successioni e Trust*, Napoli: Edizioni Scirntifiche Italiane, 2005.

PUGLIATTI, Salvatore, *Fiducia e Rappresentanza Indiretta*, in *Diritto Civile: metodo, teoria, pratica*, Milano: Giuffrè, 1951.

REID, K.G.C., *National report for Scotland*, in HAYTON, D.J.; KORTMANN, S.C.J.J.; VERHAGEN, H.L.E., *Principles of European trust law*, vol. 1, Kluwer Law International, 1999.

RENTERÍA, Pablo, *Obrigações de meios e de resultado: análise crítica*, São Paulo: Método, 2011.

REQUIÃO, Rubens, *Curso de Direito Comercial*, vol. II, São Paulo: Saraiva, 2003.

RESTIFFE NETO, Paulo, *Garantia Fiduciária*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio, *Alienação fiduciária e o fim da prisão civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

RICHTER, Luiz Egon, *A problemática conceitual do registro de imóveis – rudimentos de uma teoria crítica da atividade registral*, in *Estudos em homenagem a Gilberto Valente da Silva*, DIP, Ricardo (coord.), Porto Alegre: Sergio Fabris, 2005.

RIZZARDO, Arnaldo, *Direito de empresa: Lei nº 10.406, de 10.01.2002*, Rio de Janeiro: Forense, 2007.

RODRIGUES, Silvio, *Direito Civil: Direito das Sucessões*, vol. 7, São Paulo: Saraiva, 2003.

RODRIGUES, Sizino, *Os 'trusts' em face do direito brasileiro*, in *Revista Forense*, vol. 493, ano XLI, julho de 1944.

RODRIGUEZ-AZUERO, Sergio, *La fiducie en Amérique latine: une expérience étonnante*, in *Trust & Fiducie: concurrents ou compléments*, Actes du colloque tenu à Paris les 13 et 14 juin 2007, Academy & Finance: Genève, 2008.

ROMERO, Miguel Acosta, *Naturaleza Jurídica del Fideicomiso*, in *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. XLIII, n. 191-192, 1993.

RUBINO, Domenico, *Il negozio giuridico indiretto*, Milano: Giuffrè, 1937.

SACCO, Rodolfo, *Autonomia contrattuale e tipi*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno XX, Milano: Giuffrè, 1966.

SALAZAR, Luis Bustamante, *El patrimonio: dogmatica juridica*, Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1979.

SALOMÃO NETO, Eduardo, *Financiamento de projetos com recursos internacionais (project finance)*, in *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, vol. 23, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *O trust e o direito brasileiro*, São Paulo: LTr, 1996.

SANTAMARÍA, Eduardo Casas e Sanz de, *La Fiducia*, Santa Fe de Bogotá: Temis, 1997.

SANTORO-PASSARELLI, Francesco, *Interposizione di persona, negozio indiretto e successione della prole adulterina*, in *Il Foro Italiano: raccolta generale di giurisprudenza*, vol. LVI, 1931.

_____. *La Surrogazione Reale*, Roma: Attilio ampaolesi, 1926.

SANTOS JÚNIOR, E., *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito*, Coimbra: Almedina, 2003.

SANTOS, J. A. Penalva, *Obrigações e contratos na falência*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SANTOS, J. M. de Carvalho, *Código Civil brasileiro interpretado*, vol. II, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.

_____. *Código Civil brasileiro interpretado*, vol. VII, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961.

_____. *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. VIII, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963.

_____. *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. XXII, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.

_____. *Código Civil brasileiro interpretado*, vol. XXIV, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963.

SASSO, Lorenzo, *Trust e fiducie nella nuova legge lussemburghese*, in *De Jure* (revista eletrônica), Giuffrè, 2004.

SCHREIBER, Anderson, *Direito Civil e Constituição*, São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, João Carlos Pestana de Aguiar, *Registro de Imóveis*, in *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara*, n. 22, Rio de Janeiro, 1970.

SILVA, João Gomes da, *Herança e Sucessão por Morte*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2002.

SIMLER, Philippe; DELEBECQUE, Philippe, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, Paris: Dalloz, 2009.

SIQUEIRA, João Carlos de, *Propriedade Resolúvel*, in *Revista de Direito Imobiliário*, n. 3, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

SOUZA, José Ulpiano Pinto de, *Das cláusulas restritivas da propriedade*, São Paulo: Escolhas Prof. Salesianas, 1910.

SOUZA NETO, José Soriano de, *Publicidade material do registro imobiliário: efeitos da transcrição*, Recife, 1940.

STEFANO, Zulema Anacleto de, *Cláusulas restritivas: de inalienabilidade, de incomunicabilidade e de impenhorabilidade*, in *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, vol. 16, n. 62, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

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*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 11, 2001.

SZTAJN, Rachel, *Quotas de Fundos Imobiliários – Novo Valor Mobiliário*, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 93, ano XXXIII, 1994.

T'KINT, François, *La fiducie-sûreté*, in *Le trust et la fiducie: implications pratiques*, Bruxelles: Bruylant, 1997.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado, *Saúde, corpo e autonomia privada*, Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

TELES, Inocêncio Galvão, *Das Universalidades*, Lisboa: Minerva, 1940.

TEPEDINO, Gustavo, *Autonomia Privada e Obrigações Reais*, in *Temas de Direito Civil*, t. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. *Comentários ao novo código civil*, vol. X, TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.), Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Multipropriedade Imobiliária*, São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. *Novos princípios contratuais e teoria da confiança: a exegese da cláusula to the best knowledge of the sellers*, in *Temas de Direito Civil*, t. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Questões controvertidas sobre o contrato de corretagem*, in *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Teoria dos bens e situações subjetivas reais: esboço de uma introdução*, in *Temas de Direito Civil*, t. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Parecer sobre o *Sistema de Consórcio*, original gentilmente cedido pelo autor, 2011.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES Maria Celina Bodin de, *et al.*, *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. I, Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

_____. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. III, Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

TERRA, Marcelo, *Permuta de terreno por área construída (art. 39 da Lei 4.591/64)*, in *Revista de Direito Imobiliário*, n. 27, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Comentários ao Código Civil*, vol. III, t. I, TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.), Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TOMÉ, Maria João Romão Carreiro Vaz, *Fundos de Investimento Mobiliários Abertos*, Coimbra: Almedina, 1997.

TORRES, Marcelo Krug Fachin, *A publicidade no sistema registral imobiliário*, in *Revista de Direito Imobiliário*, vol. 72, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

VALLIM, João Rabello de Aguiar, *Direito imobiliário brasileiro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Contratos Atípicos*, Coimbra: Almedina, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo, *Inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade*, in *Revista do Advogado*, n. 91, São Paulo: AASP, 2007.

VEIGA, Alexandre Brandão da. *Fundos de Investimento Mobiliário e Imobiliário*. Coimbra: Almedina, 1999.

VIANNA, Martha Heloísa Winkler da Costa e Silva. *Das cláusulas restritivas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade*, in *Revista dos Tribunais*, vol. 79, n. 660, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

WALD, Arnaldo, *Algumas considerações a respeito da utilização do 'trust' no direito brasileiro*, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 99, ano XXXIV, 1995.

_____. *Da natureza jurídica do fundo imobiliário*, in *Revista Forense*, vol. 309, 1990.

WATERS, Donovan, *The Hague Trusts Convention twenty years on*, in *Commercial Trusts in European Private Law*, Edited by GRAZIADEI, Michele; MATTEI, Ugo; SMITH, Lionel, Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

WINDSCHEID, Bernardo, *Diritto delle Pandette*, FADDA, Carlo; BENZA, Paolo Emilio (trad.), Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1902.