

# TRUST INGLÊS E NEGÓCIO FIDUCIÁRIO BRASILEIRO: UMA ABORDAGEM DE DIREITO COMPARADO

---

## *TRUST IN ENGLISH LAW AND FIDUCIARY DUTY IN BRAZILIAN LAW: A COMPARATIVE LAW PERSPECTIVE*

**CAROLINA MALLMANN TALLAMINI DOS SANTOS**

Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Bolsista CAPES. Especialista em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais pela UFRGS. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pelotas – UFPEL. Advogada. caroltallamini@gmail.com

**IVANA FORMIGHERI JACOB**

Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Especialista em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais pela UFRGS. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS. ivanaf@tjrs.jus.br

Recebido em: 21.04.2018  
Aprovado em: 21.01.2019

**ÁREAS DO DIREITO:** Civil; Internacional

**RESUMO:** O presente artigo pretende estabelecer uma comparação entre o modelo jurídico-conceitual de *trust* do direito inglês clássico e modelos conceituais de propriedade no Brasil, a partir de vasta resenha bibliográfica de pesquisas em sentido similar. Após a descrição das fontes doutrinárias para o caso inglês e para explicação do problema no mundo romano-germânico, analisa-se a potencial aplicabilidade do conceito de *trust* em diversas hipóteses legais. Assim, conclui-se que a dificuldade de incorporação do conceito é patente (em razão do embate entre dupla propriedade *versus* indivisibilidade). Em razão disso, o ordenamento jurídico brasileiro (ainda) não foi capaz de traduzir a multifacetada

**ABSTRACT:** The present article aims to establish a comparison between the legal-conceptual model of trust from classic English Law with conceptual models of ownership in Brazil, based on bibliographic review. After presenting the legal doctrine on the matter for the English case and explaining the problem in the Romano-Germanic world, the article analyses the potential applicability of the concept of trust in several legal hypotheses. The conclusion that it is difficult to incorporate the concept in Brazilian legal system due to a clash between the concept of indivisibility in face of a "dual" property. As a result, the Brazilian legal system was not able (yet) to translate the concept of trust – however, it is

e plástica utilização do conceito de *trust* – contudo, essa (e outras) novas formulações da propriedade enquanto fenômeno social ainda carecem de maior atenção.

**PALAVRAS-CHAVE:** *Trust* – Direito inglês – Negócio fiduciário – Propriedade – Direito comparado.

advocated that both the concept of trust, as well as new formats of property need to be studied as a social phenomenon.

**KEYWORDS:** Trust – English law – Fiduciary duty – Comparative law – Property.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. A propriedade na *common law* e na *civil law*: contrastes e similitudes. 1.1. O *trust* no Direito inglês. 1.2. O negócio fiduciário no Brasil. 2. Desdobramentos práticos a partir da diversidade de ordenamentos. 2.1. O *trust* anglo-saxão em perspectiva aplicada. 2.2. Alternativa civilística brasileira: propriedade fiduciária. Conclusões. Referências.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar o *trust* em perspectiva comparada, com vistas à observação do modo como vem se realizando, sob diferentes ângulos, verdadeira renovação do *sentido* de “propriedade”. Tal pretensão é especialmente voltada à realidade jurídica brasileira – por isso, oportunamente, alcançar-se-á a apreciação do *negócio fiduciário*.

A razão dessa escolha é a própria relevância do objeto, pois persiste sendo este um dos temas mais caros à análise em sede de direito privado comparado, afinal subsistem arestas, de modo que a comparação entre *civil law* e *common law* se procederá na essência conceitual sistemática do mais significativo direito real – malgrado, ao final, seja possível concluir pela dificuldade – talvez intransponível – entre a noção (original) de *trust* e a “linguagem jurídica” que verte na família romano-germânica.

Superficialmente, o *trust* (em seu formato mais clássico) pode ser definido como a situação jurídica na qual um sujeito (*trustee*) adquire determinado bem, em caráter fiduciário e mediante regime especial de proteção patrimonial, assumindo o dever de empregar-lo em determinada finalidade.

Ignorando, todavia, o conceito “puro”, importa seja definida, com clareza, se na situação jurídica que lastreia o fenômeno da *dupla propriedade*, ou seja, sobre um mesmo bem – aquele transferido ao fiduciário – coexistiriam mais de um direito de propriedade. O primeiro, titularizado pelo próprio fiduciário e reconhecido pela *common law*; o outro, tendo como beneficiário o sujeito ativo, reconhecido pela *equity law*. Este último, considerado pelos tribunais como superior àquele do fiduciário, permitiria ao *trust* assumir uma eficácia real, de forma a tornar o instituto mecanismo seguro para a prática de determinadas atividades, como a constituição de garantias ou a administração de patrimônio por terceiros.

Como a maior parte das instituições e conceitos do direito inglês é explicada pela história, de fato, com o *trust* não é diferente; o instituto nasce do feudalismo inglês,

As barreiras entre os institutos são robustas e expressivas. Resta nítido, contudo, cuidar-se de figura ímpar, propulsora das mais variadas atividades econômicas, e que nenhuma das figuras fiduciárias (sejam atípicas ou inominadas) hoje existentes em nosso ordenamento supre as amplas e multifacetadas funções de um *trust*.

Em razão disso, por fim, assevera-se a premente necessidade de se repensar a propriedade enquanto fenômeno social. Novas formatações (a exemplo da multipropriedade e do próprio *trust*) vêm surgindo e o merecem maiores aprofundamentos em relação à compatibilidade (ou mesmo adaptação) relativa ao sistema brasileiro, que certamente não pode restar alheio às novas realidades sociais e aos benefícios que possam trazer consigo.

## REFERÊNCIAS

- ARESPACOCCHAGA, Joaquín de. *El trust, la fiducia y figuras afines*. Madrid: Marcial Pons, 2000.
- ASCARELLI, Tullio. *O negócio jurídico indirecto*. Lisboa: Jornal do Foro, 1965.
- ASHTON, Peter Walter. A Common Law e a Equity do Direito Anglo-Saxônico. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, n. 64, p. 163-187, out.-dez. 2009.
- AUSENESS, Richard C. Non-charitable purpose trusts: past, present, and future. *Real Property, Trust & Estate Law Journal*, v. 51, n. 2, p. 321-372, 2016.
- CARVALHO, Orlando de. Negócio jurídico indirecto: teoria geral. *Boletim da Faculdade de Direito*, supl. n. 10, p. 1-149, 1952.
- CASTRO, Alexandre Barros. *Trust e off-shore: elisão ou evasão fiscal?* *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 8, n. 30, p. 110-118, jan.-fev. 2000.
- CASTRO, Felipe Faltay Katz de. *Validade e eficácia dos contratos de trust no direito brasileiro*. 2000. Trabalho de Conclusão (Graduação Interdisciplinar) – Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2000.
- CHALHUB, Melhim Namem. Propriedade fiduciária de bens móveis em garantia. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 6, n. 21, p. 302-338, jul.-set. 2003.
- CHALHUB, Melhim Namem. Afetação patrimonial no direito contemporâneo. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 8, n. 29, p. 111-147, jan.-mar. 2007.
- CLARRY, Daniel. Fiduciary ownership and trusts in a comparative perspective. *International & Comparative Law Quarterly*, v. 63, n. 4, p. 901-933, Oct. 2014.
- CORDEIRO, Antônio Barreto Menezes. *Do trust no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2017.
- CORDEIRO, Antônio Barreto Menezes. Princípio da boa-fé na execução dos contratos no direito inglês. *Revista de direito civil contemporâneo*, v. 14, n. 5, p. 369-382, jan.-mar. 2018.

- DAVID, Renè. *O direito inglês*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- ESPÍNOLA, Eduardo. Negócio fiduciário. *Revista dos Tribunais*, v. 39, n. 184, p. 532-542, mar. 1950.
- FERREIRA, Waldemar. O “trust” anglo-americano e o fideicomisso latino-americano. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 51, p. 182-202, jan.-dez. 1956.
- FOERSTER, Gerd. *O trust do direito anglo-americano e os negócios fiduciários no Brasil: perspectiva de direito comparado (considerações sobre o acolhimento do trust pelo direito brasileiro)*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2013.
- FREYGOFLE, Eric T. Owning nature: private property, the market, and environmental change in twentieth-century united states. *Revista de Direito Ambiental*, v. 6, n. 22, p. 9-37, abr.-jun. 2001.
- GOMES, Orlando. Contrato de fidúcia: trusts. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 62, n. 211, p. 11-20, jul.-set. 1965.
- GONÇALVES, Aderbal da Cunha. *Da propriedade resolúvel: sua projeção na alienação fiduciária em garantia*. São Paulo: Ed. RT, 1979.
- GOODWIN, James. Purpose trusts: Doctrine and policy. *King’s Law Journal*, v. 24, n. 1, p. 102-110, mar. 2013.
- KOOPS, E.; ZWALVE, W. J. (Ed.). *Law & equity: approaches in Roman law and Common Law*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2014.
- LUPOI, Maurizio. *Trusts: a comparative study*. Cambridge: University Press, 2000.
- MAITLAND, Frederic W. *Equity also the forms of action at common law*. Cambridge: University Press, 1909.
- MARTINS-COSTA, Judith. Os negócios fiduciários: considerações sobre a possibilidade de acolhimento do *trust* no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, v. 79, n. 657, p. 37-50, jul. 1990.
- MARTINS-COSTA, Judith. O Trust e o direito brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, n. 12, p. 165-209, jul.-set. 2017.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. *Da alienação fiduciária em garantia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- OLCESE, Tomás. *Formação histórica da real property law inglesa: tenetures estates, equity & trusts*. 2012. 186 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo (USP), Faculdade de Direito.
- OSILI, Una O. et al. Philanthro-metrics: Mining multi-million-dollar gifts. *Journal PLos one*, v. 12, n. 5, p. 1-10, mai. 2017.
- OTADUY, Javier. Perspectiva canónica del *trust*. *Ius Canonicum*, Navarra, v. 55, n. 110, p. 593-640, dez. 2015.
- PETTT, Philip Henry. *Equity and the Law of Trusts*. 12. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. v. 3.
- SHEARS, Peter; STEPHENSON, Graham. *James' introduction to English Law*. London: Butterworths, 1996.
- SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2007.
- VON JHERING, Rudolf. *O espírito do Direito Romano: nas diversas fases de seu desenvolvimento*. Trad. Rafael Beraiom. Rio de Janeiro: Alba, 1943.
- WATERS, Donovan W. M. The institution of the trust in civil and common law. In: *Collected courses of the Hague Academy of International Law*. Leiden: Martinus Nijhoff, 1995. v. 252. p. 117-451.
- WILSON, R. Paul. Charitable remainder trust. *Podiatry Management*, p. 67-70, jun.-jul. 2015.



## PESQUISA DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Civil; Internacional

### Veja também Doutrina relacionada ao tema

- O *trust* e o direito brasileiro, de Judith Martins-Costa – RDCC 12/165-209.