

O TRUST E O DIREITO BRASILEIRO

TRUST AND BRAZILIAN LAW

JUDITH MARTINS-COSTA

Presidente do Instituto de Estudos Culturalistas (IEC), Rio Grande do Sul. Ex-professora adjunta de Direito Civil da Faculdade de Direito do Rio Grande do Sul (UFRGS). Livre-docente pela Universidade de São Paulo. judith@jmartinscosta.adv.br

Recebido em: 29.11.2016
Aprovado em: 13.01.2017

ÁREA DO DIREITO: Civil

RESUMO: O artigo tem como objetivo analisar a figura do *trust* no tocante à sua qualificação dogmática e às suas eficácias à luz do Direito brasileiro. Para tanto, examinam-se as características gerais do *trust*, bem como suas principais espécies, para então proceder à sua qualificação como negócio jurídico que reúne elementos de direito real e de direito obrigacional. Considerando a proximidade entre as figuras do *trust* e do negócio jurídico fiduciário, investigam-se também os efeitos reais e obrigacionais de eventual violação do negócio por parte do fiduciário. Delineados certos aspectos que aproximam o *trust*, em alguns pontos, de figuras do Direito brasileiro e assinaladas suas possíveis eficácias, aborda-se brevemente questões de Direito Internacional Privado relativas aos efeitos de um *trust* constituído nos Estados Unidos da América projetados no Brasil. Muito embora indiquem-se os aspectos específicos em que é possível a parcial recepção do *trust* no ordenamento brasileiro, conclui-se pela dificuldade de sua recepção, em especial pela impossibilidade legal – neste momento – de configurar-se patrimônio separado, exceto nas hipóteses legalmente tipificadas.

PALAVRAS-CHAVE: Trust – Direito comparado – Equity – Negócio jurídico fiduciário – Direito Internacional Privado – Lei aplicável.

ABSTRACT: The article aims to analyze the dogmatic qualification and the legal effects of the trust institute under the Brazilian Law. For this purpose, the study exams the general traits of a trust and its main types, subsequently proceeding to its classification as a "negócio jurídico" (Rechtsgeschäft/negozio giuridico) with elements from rights *in rem* and from law of obligations. Then, the article demonstrates the partial reception of the trust institute in Brazilian Law in light of its functional similarity with the "negócio jurídico fiduciário" (fiduziarischen Rechtsgeschäfte/negozio fiduciario). Considering the similarity between these two figures, the text proceeds to investigate the legal effects (concerning the rights *in rem* and the law of obligations) of a breach of the "negócio jurídico fiduciário" (fiduziarischen Rechtsgeschäfte/negozio fiduciario) by the fiduciary. Once outlined certain aspects that the trust institute has in common with certain Brazilian Law institutes, and analyzed its possible legal effects, some questions of International Private Law concerning the legal implications in Brazil of a trust constituted in the United States are briefly discussed. Even though the article points out the specific aspects in which the partial reception of the trust institute in the Brazilian Law is possible, it reaches the conclusion that it is difficult to achieve a full reception of the trust, especially in view of the present legal impossibility of creating a separate patrimony, except for the legally provided hypothesis.

KEYWORDS: Trust – Comparative law – Equity – "Negócio jurídico fiduciário" – International Private Law – Applicable law.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Parte I. Do *trust* e da sua qualificação jurídica. 2.1. Caracterização geral do *trust*. 2.2. Principais espécies de *trust*. 2.3. Da qualificação do *trust*: direito real e direito obrigacional. 3. Parte II. Dos negócios fiduciários. 3.1. Características gerais dos negócios fiduciários. 3.2. Negócios fiduciários e negócios simulados. 3.3. Interpretação de um *trust* segundo as normas gerais dos contratos, dos próprios negócios fiduciários e da boa-fé. 4. Parte III. Eficácias reais e obrigacionais dos negócios fiduciários. 5. Parte IV. Da eficácia, no Brasil, de um *trust* constituído nos Estados Unidos da América. 5.1. Regras de Direito Internacional Privado. 5.2. Eficácia de Cláusula de Lei Aplicável.

1. INTRODUÇÃO

1. Um dos efeitos da globalização econômica é de índole cultural: modelos jurídicos característicos dos sistemas da *Common Law* passam a circular nos países de *Civil Law*, sendo o trânsito inverso de menor intensidade. O fenômeno não é novo, porém, apresenta-se agora, incontrovertidamente, com mais acendrada frequência, suscitando estudos, dentre os juristas da *Civil Law*, acerca da possível compatibilização entre institutos de diversa origem.¹

2. Sendo incontroverso entre os comparatistas que os modelos jurídicos não são meramente “transplantáveis”², duas atitudes metodológicas se impõem: (i) não se há de pretender qualificar institutos de Direito estrangeiro forçando a sua integração em categorias do Direito nacional; (ii) se não de buscar, ao revés, formas dotadas de possível similitude funcional, destacando-se, todavia, as peculiaridades não passíveis de acolhimento no sistema.

3. Assim se verifica especialmente em relação ao *trust* do direito anglo-saxão tido por alguns como “o mais complicado” instituto³ oriundo da família jurídica⁴ da *Common Law*. A primeira regra de método acima destacada é da maior relevância, pois, ausente esse alerta, a tendência, por todos os meios equivocada, poderia ser a de enquadrar dogmaticamente o *trust* em categorias desconhecidas no direito anglo-saxão.

1. A autora agradece a Vitor Silveira Vieira o auxílio à pesquisa sobre os aspectos de Direito Internacional Privado envolvidos neste estudo e a Gustavo Haical a sempre profícua troca intelectual.
2. Essa asserção é voz comum entre os comparatistas dos finais do séc. XX em diante. Vide SACCO, Rodolfo. *La Comparaison Juridique au Service de La Connaissance du Droit*. Paris: Economica, 1991. Ainda: LEGRAND, Pierre. Sur l'analyse différentielle des juriscultures. *Revue Internationale de Droit Comparé*, 4, 1999, p. 1053-1071.
3. Assim qualificava RODRIGUES, Sizino em: Os *trust* em face do direito brasileiro. *Revista Forense*, 1944, p. 43.
4. Adota-se a nomenclatura proposta por DAVID, René. *Les grands systemes de droit contemporains*. 11. ed. atual. Camille Jauffret-Spinozi. Paris: Dalloz, 2002.