

ANÁLISE DA “ACLIMATAÇÃO” DO TRUST AO DIREITO BRASILEIRO: O CASO DA PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA¹

RAPHAEL MANHÃES MARTINS²

“Everybody knows that the story of the trust is the story of how an obligation was turned into a right of property.”

Leonel Smith

Resumo: O presente artigo tem por objetivo analisar os valores que subjazem ao instituto denominado trust atribuindo-lhe um caráter teleológico, qual seja, a fidúcia e a segurança. O estudo busca esclarecer como tais valores foram depurados pelo ordenamento jurídico pátrio dando origem ao que se optou por chamar de solução brasileira para o trust, o que também se denomina “propriedade fiduciária”. Por fim, este artigo toma para si o dever de verificar se o que se tem feito é utilizar a figura do trust sob as mais diversas denominações, sem se querer admitir o reconhecimento de sua existência no Direito brasileiro.

Palavras-chave: trust, alienação fiduciária, propriedade fiduciária, direito comparado, common law, civil law.

ANALYSIS OF "ACCLIMATIZATION" TRUST OF THE BRAZILIAN LAW: THE CASE OF TRUST PROPERTY

Abstract: The presente article aims to analyze the values that underpin the “trust” institute providing for them the teleological attributes, which are “fidúcia” and security. The study seeks to clarify how those values were cleared by the Brazilian law, leading to what it was chosen to be called “Brazilian solution for the ‘trust’”, which is also denominated “fiduciary ownership”. Finally, this article aims to check if the figure of “trust”, under the most different denominations has been used, without recognizing its existence in the Brazilian Law.

Key words: Trust, Fiduciary Lien, Fiduciary Ownership, Comparative Law, Common Law, Civil Law.

Sumário: 1. Introdução; 2. Fundamentos axiológicos do modelo trust; 2.1.Truste fidúcia; 2.2. Truste segurança; 3. “Aclimatação” ao Direito brasileiro: a propriedade fiduciária; 3.1. Problemas de sinédoque; 3.2. Os valores do trust na propriedade fiduciária; 4. Considerações finais; 5. Referências.

¹O presente trabalho foi apresentado como requisito parcial para aprovação na disciplina “Contratos em Espécie” ministrada pela Prof. Dra. Vera Maria Jacob de Fradera, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. O autor agradece, ainda, as sugestões da Profª Drª Gisela Sampaio Cruz.

² Advogado no Rio de Janeiro

INTRODUÇÃO

O *trust* pode ser definido como a situação jurídica na qual alguém (denominado de *trustee* ou fiduciário) adquire determinado bem, em caráter fiduciário e mediante um regime especial de proteção patrimonial, assumindo o dever de empregá-lo em determinada finalidade.³

O estudo desse instituto é um dos temas mais caros à análise promovida em Direito comparado, principalmente quando versam sobre a comparação entre os sistemas da *common law* e da *civil law*.⁴ Nesse sentido, diversos foram os trabalhos de cunho doutrinário que se debruçaram sobre o assunto,⁵ mesmo que para, ao final, apenas concluir que a noção de *trust* seria ininteligível à linguagem jurídica da família romano-germânica.⁶

³ Conforme será melhor detalhado ao longo deste trabalho, o *trust* é espécie do gênero de negócio fiduciário, dentro do qual figuram ainda a *fiducie* francesa, a *Treuhand* do direito germânico, o fideicomisso, os negócios fiduciários romanos, bem como diversas outras figuras assemelhadas.

⁴ Tal interesse decorre do reconhecimento do *trust* como um dos mecanismos jurídicos mais flexíveis e dinâmicos da sociedade contemporânea, sendo o instrumento preferencial para o desenvolvimento de atividades tanto empresariais quanto filantrópicas, tanto nos países anglo-saxões que deram origem ao instituto, como naqueles países que o incorporaram aos seus ordenamentos.

⁵ O tema do *trust* e/ou do negócio fiduciário foi largamente estudado pela doutrina brasileira. Dentre estes, citamos: ALVES, Vilson Rodrigues. *Alienação fiduciária em garantia*. Campinas: Millenium, 1998; BUZAID, Alfredo. Ensaio sobre a alienação fiduciária em garantia. *RT* 401/9-29. São Paulo: Ed. RT, mar. 1969; CHALHUB, Melhim Namem. *Trust: perspectivas do direito contemporâneo na transmissão da propriedade para administração de investimentos e garantia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; FABIAN, Christoph. *Fidúcia: negócios fiduciários e relações externas*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2007; FERREIRA, Waldemar. O “trust” anglo-americano e o “fideicomisso” latino-americano. *Revista da Faculdade de Direito da USP* 51/182-202. São Paulo: USP, jan.-dez. 1956; GOMES, Orlando. Contrato de fidúcia (“trust”). *RF* 211/11-20. Rio de Janeiro: Forense, jul.-set. 1965; LIMA, Otto de Souza. *Negócio fiduciário*. São Paulo: Ed. RT, 1962; MARTINS-COSTA, Judith. Os negócios fiduciários (considerações sobre a possibilidade de acolhimento do “trust” no direito brasileiro). *Ajuris* 48/54-79. Porto Alegre: Ajuris, dez.-mar. 1990; MOREIRA ALVES, José Carlos. *Da alienação fiduciária em garantia*. 2. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1979; OPITZ, Oswaldo; OPITZ, Sílvia C. B. *Alienação fiduciária em garantia: aplicação da lei 4.728, de 14.07.1965*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 1982; RESTIFFE NETO, Paulo. *Garantia fiduciária: direito e ações*. 2. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Ed. RT, 1976; SALOMÃO NETO, Eduardo. *O trust e o direito brasileiro*. São Paulo: Ed. LTr, 1996; WALD, Arnaldo. Algumas considerações a respeito da utilização do “trust” no Direito brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* 99/105-120. São Paulo: Malheiros, jul.-set. 1995.

⁶ GAMBARO, Antonio. Problemi in materia di riconoscimento degli effetti dei trusts nei paesi di civil law. *Revista di Diritto Civile*, anno 30. Milano, genn.-febb. 1984, p. 93.

Afinal, a pedra-de-toque dessa situação jurídica é o reconhecimento do fenômeno denominado de “dupla-propriedade”,⁷ isto é, sobre um mesmo bem – aquele transferido ao fiduciário – coexistiriam mais de um direito de propriedade:⁸ um titularizado pelo próprio fiduciário e reconhecido pela *common law*; outro tendo o beneficiário como sujeito ativo e reconhecido por uma *equitylaw*.⁹ Esse segundo direito de propriedade, considerado pelos tribunais como superior ao do fiduciário, permitiria ao *trust* assumir uma eficácia real,¹⁰ de forma a tornar o instituto um

⁷ “O traço marcante reside na concepção de dupla propriedade, inaceitável nos sistemas que a reunificaram sob inspiração romana. Têm os mesmos bens dois proprietários, sem serem condôminos. É relativa a propriedade do fiduciário [*trustee*] porque, embora proprietário para todos, não é para terceiro. Trata-se, desse modo, de construção singular, alicerçada na acumulação do domínio pelo jogo da aparência com a realidade admissível, com tão largas conseqüências, nos sistemas legislativos que não se acham presos ao conceito unitário de propriedade.” (GOMES, Orlando. Op. cit., p. 12).

⁸ Não há de confundir-se o fenômeno da dupla propriedade, existente no *trust*, com o condomínio, tal como reconhecido nos ordenamentos jurídicos modernos. Naquele coexistem direitos de propriedade distintos sobre um mesmo bem, enquanto neste o mesmo direito de propriedade sobre o bem é titularizado por dois ou mais condôminos.

⁹ O que viria a ser o direito de equidade é explicado por Timothy Walker: “It may be laid down in the meantime as a general proposition, that whenever one man has a legal title to land, to which another, on the established principles of equity, has a right, the latter may, by recourse to a court of chancery, render his equitable title available against the legal title. In all such cases, the owner of the legal estate is held to be a trustee, for the owner of the equitable estate: and chancery will compel him to execute the trust, for the use of the latter. Hence equitable estates have acquired the name of uses or trusts; under which name their properties will now be considered”. (Introduction to American Law apud HAAR, Charles M.; LIEBMAN, Lance. *Property and Law*. 2. ed. Boston/Toronto: Little Brown and Company, 1985, p. 361). É mesmo impossível compreender a natureza e evolução do *trust* sem partir da peculiar distinção do Direito inglês entre o *common law* e a *equitylaw*. Conforme esclarece Guido Soares: “os recursos ao Rei, fora das regras processuais da *common law*, aos poucos, se tornam possíveis, sendo que o Rei os decidia, em matéria de consciência, e não mais por motivos estritamente jurídicos. Um eclesiástico (ao tempo em que ainda não existia a Reforma Anglicana, portanto católico e altamente influência do pelo Direito Canônico da época), o confessor do Rei, o Chanceler (*Counsellor*), cognominado ‘thekeeperoftheking’s’ conscience’, passaria a conceder certas medidas (...) a freqüência de tais procedimentos excepcionais, sempre concedidas quando não houvesse um *writ* da *common law*, fez com que se firmasse a prática de uma verdadeira justiça paralela às [cortes da *common law*], com uma linguagem própria, seus precedentes próprios, e que acabaram por ser aplicados pelos tribunais do Chanceler: Courts of Chancery, que rivalizariam com as Courts of Westminster, tribunais aqueles que acabaram por formar um corpo de normas, a *Equity*. Na verdade, as Courts of Chancery apoiavam-se nas normas do Direito Canônico, bem mais evoluídas e racionais que o casuismo dos procedimentos da *common law*”. (SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: introdução ao direito dos EUA*. São Paulo: Ed. RT, 1999, p. 34). Cumpre notar que mesmo após a supressão das Courts of Chancery pelo Judicature Acts de 1873 e 1875, passando a competência da *Equity* aos tribunais comuns da Inglaterra, suas características e regras continuaram a ser aplicadas (SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 122-123).

¹⁰ A transposição do direito equitativo de propriedade para as categorias da *civil law*, isto é, se ele seria um direito real ou obrigacional, é problemática, uma vez que os próprios autores da *common law* possuem dificuldades – ou falta de interesse – em classificar este direito. Nestesentido: “In modern law we think of the beneficiary as having an equitable interest in the land, but it is more historically correct to say that the beneficiary has personal remedies against the trustee. The use of the word personal does not signify that purchasers are not affected, but describes the nature of the remedy. This is enhanced

mecanismo seguro para a prática de determinadas atividades, como a constituição de garantias ou a administração de patrimônio por terceiros.

Nos ordenamentos da tradição romano-germânica, por outro lado, o direito de propriedade se mostraria menos flexível à aceitação dessa estrutura,¹¹ tendo em vista a prevalência do princípio da unicidade do domínio e da incindibilidade do direito subjetivo do proprietário.¹²

Nesse sentido, numa análise que se limite ao aspecto estático ou formal do *trust*, seria silogisticamente necessário reconhecer, como fizeram os estudos precedentes, que a figura estaria condenada aos limites do direito anglo-saxão.¹³ Ocorre que tal análise peca em um ponto essencial: considerar o fenômeno jurídico apenas em seus aspectos fático-normativos, desprezando aquilo que lhe é essencial, ou seja, os valores que lhe são subjacentes.

Para seguir um caminho diferente do trilhado até então, a análise do *trust* deve, portanto, desconsiderar as idiosincrasias do sistema em que surgiu para perquirir sua funcionalidade e seus valores.

Em tal empreitada, é de grande valia a análise do instituto através da concepção proposta por Miguel Reale de “modelo”. Propõe-se, portanto, a análise do *trust* não como um conjunto de elementos constituídos a partir de uma construção histórica peculiar e vinculados a determinados aspectos de um sistema jurídico, mas como uma

when discretionary trusts are considered: it may be difficult to identify a normal property right possessed by the discretionary beneficiary. Fortunately, it is rarely necessary to decide the precise nature of the beneficiary's rights". (SMITH, Roger. *Property law*. London/New York: Longman, 1996, p. 25).

¹¹ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Quorum, 2008, p. 85.

¹² Apesar de ser reconhecida a possibilidade de uma divisão do direito de propriedade em seus três atributos (gozar, usar e dispor) e a limitação ou cessão de um ou mais destes três atributos, o direito de propriedade moderno, nos países da tradição romano-germânica, é reconhecido como “naturalmente pleno e exclusivo” (BONALDO, Frederico. *Consistência teórica do direito subjetivo de propriedade: uma leitura à luz da história do pensamento jurídico*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009, p. 8-9).

¹³ Em interessante estudo promovido pela International Association of Legal Science, William F. Fratcher demonstra, por outro lado, que mesmo esta alegação contrária ao reconhecimento do *trust* não seria de todo relevante, na medida em que diversos outros direitos de propriedade são reconhecidos nos sistemas da *civil law*, nos quais haveria um direito de propriedade dividido (*split ownership*). *In verbis*: “The civil law systems recognize many types of split ownership, joint ownership, servitudes, usufruct, usus, habitation, pledge, mortgage, antichresis, lease, and emphyteusis, and modern French Law permits the substantial equivalent of almost every type of future interest known to the common law” (Property and trust: trust. *International Encyclopedia of Comparative Law*. Chapter 11. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1973. vol. 6, p. 87). O grande obstáculo ao reconhecimento dos *trusts*, para o indigitado autor, seria o princípio do *numerus clausus* que limita o reconhecimento dos direitos reais nos países da *civil law* (Idem, p. 89-93).

“estrutura normativa” que ordena as situações fáticas “segundo valores, numa qualificação tipológica de comportamentos futuros, a que se ligam determinadas conseqüências”.¹⁴

Dessa análise exurgirá sua funcionalidade e, para surpresa de alguns, verificar-se-á – como Lepaulle bem observou¹⁵ – as razões que levam, por um lado, particulares a tentarem adaptar o *trust* aos seus ordenamentos através de negócios jurídicos indiretos¹⁶ ou mesmo negócios jurídicos atípicos;¹⁷ e, por outro, países filiados ao sistema da *civil law*¹⁸ tentarem “aclimatá-lo” em seus respectivos ordenamentos jurídicos. Este é o caso, por exemplo, da Colômbia, Argentina, Porto Rico, Japão, Quebec, Sri Lanka, México, El Salvador,¹⁹ Liechtenstein etc.²⁰

¹⁴ REALE, Miguel. *Fontes e modelos no direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 17.

¹⁵ LEPAULLE, Pierre. *Tratado teórico y práctico de lo trusts*. México: Porrúa, 1975, p. 2.

¹⁶ Pelo negócio jurídico indireto “as partes recorrem a um determinado negócio jurídico, mas o escopo prático visado não é afinal, ao normalmente realizado através do negócio adotado, mas um escopo diverso, muitas vezes análogo àquele de outro negócio (...)” (ASCARELLI, Tullio. Op. cit., p. 156). Tullio Ascarelli reconhece que a denominação utilizada não é a mais adequada, sendo preferível falar em “negócios com fins indiretos”. Dada a aceitação do termo negócio jurídico indireto, entretanto, o Ascarelli também se rende ao conceito mais usual (Idem, 227, p. 156). Arnoldo Wald, analisando a criação de negócios jurídicos indiretos relacionados ao *trust* elencou: (a) estruturas societárias; (b) o fideicomisso; (c) o usufruto; (d) a comissão mercantil; (e) as fundações; (f) o negócio fiduciário; e (g) a procuração em causa própria. Ao final do seu estudo, entretanto, o indigitado autor consternou-se em avaliar que nenhuma das soluções seria plenamente satisfatória se comparadas ao instituto anglo-saxão (Op. cit., p. 105-120).

¹⁷ O *trust* começou sua trajetória nos países da tradição romano-germânica sendo tratado como uma modalidade de negócio jurídico atípico, os chamados negócios fiduciários. Estes nada mais seriam do que uma manifestação da autonomia da vontade, materializado na celebração de um negócio jurídico tendo por objeto a transferência de determinados bens a outrem, que se incumbiria de administrá-los no interesse de terceiro ou do próprio transferidor. Tal negócio, no dizer de Orlando Gomes, caracterizava-se pela “excedência do meio sobre o fim, desdobrando-se em negócio dispositivo e obrigacional. Compõe-se, assim, de dois elementos: a transmissão real de um direito e a obrigação do adquirente restituí-lo. Mas, ao contrário do que ocorre no *trust*, o titular do direito a ser restituído não pode compelir o fiduciário a fazê-lo, nem lhe cabe reivindicá-lo de terceiro que o adquiriu” (Op. cit., p. 12). Nesse sentido, e este é apenas um dos inconvenientes do negócio fiduciário, enquanto contrato atípico, não existe qualquer segurança jurídica em relação ao bem transferido em fidúcia. Não pode aquele que é o instituidor do negócio fiduciário exigir a restituição do bem, não haveria direito de seqüela, o bem não estaria alheio ao regime do regime sucessório, em caso de falecimento do administrador etc. Orlando Gomes lembra também que outra dificuldade criada pelo negócio fiduciário é que a própria restituição do bem confiado ao administrador, caso ocorra, implica em novo negócio jurídico translativo de propriedade, daí decorrendo todos os efeitos deste ato (Loc. cit.).

¹⁸ O Projeto de Código das Obrigações, de autoria dos juristas Cario Mário da Silva Pereira, Orozimbo Nonato, Sílvio Marcondes, Teófilo Azevedo Santos, Nehemis Gueiros, e Orlando Gomes, tipificou o *trust* em seus arts. 672 a 683, tendo denominado este negócio jurídico de contrato fiduciário. Lamentavelmente, entretanto, o novo Código Civil não tratou do negócio fiduciário de forma genérica, tendo disciplinado apenas a alienação fiduciária em garantia que será objeto de análise infra. Sobre o contrato de fidúcia no Projeto de Código das Obrigações, v. GOMES, Orlando. Op. cit., p. 11-20.

¹⁹ LEPAULLE, Pierre. Op. cit., p. 372-373.

Dessa forma, a análise a seguir recairá pura e tão-somente sobre os valores que subjazem ao instituto, atribuindo-lhe um caráter teleológico (dever ser): a fidúcia e a segurança.²¹ A partir da identificação e compreensão destes valores, verificar-se-á como eles foram depurados pelo nosso ordenamento jurídico para criar o que poderíamos qualificar de a solução brasileira para o *trust*, qual seja, a “propriedade fiduciária”.

Tal estudo faz-se necessário na medida em que a “propriedade fiduciária”, tal como entendemos e será exposta na segunda parte deste trabalho, foi introduzida no direito brasileiro de forma esparsa e errática, sem qualquer preocupação sistemática. Assim e suprindo tal lacuna legislativa, verificar-se-á, à luz dos princípios da segurança e da fidúcia, se seria possível reconduzir as esparsas espécies de “propriedades fiduciárias” existentes em nossa legislação a um grupo unitário, em cuja base se assentaria a proposta brasileira de “aclimatação” do modelo *trust*.

O objetivo final deste trabalho é verificar a validade da provocação feita pelo Prof. Arnaldo Wald,²² sobre se, como um dos personagens de Molière que falava em prosa e verso sem sabê-lo, estaríamos utilizando a figura do *trust*, sob as mais diversas denominações, sem querer admitir o reconhecimento de sua existência no Direito brasileiro.

2. FUNDAMENTOS AXIOLÓGICOS DO MODELO *TRUST*

2.1. *Truste fidúcia*

A compreensão do conteúdo do valor fidúcia é matéria por demais extensa e controversa para os limites do presente trabalho. Entretanto, para os fins ora propostos, parece adequada a idéia apresentada por Fritz Schutz para a fidúcia

²⁰ No plano internacional, é relevante a Convenção de Haia para a Lei Aplicável ao *Trust* e o seu Reconhecimento, concluída em 01.07.1985, cujo objeto é estabelecer os parâmetros mínimos para o reconhecimento do *trust* em países não vinculados à tradição do direito anglo-saxão. Até o momento, a convenção já está em vigor em 11 países. Disponível em: [www.hcch.net]. Acesso em: 17.05.2009.

²¹ Em semelhante análise, mas focando o tema sobre outros fundamentos, MelhimChalhub assim também observou: “o *trust* se caracteriza por dois elementos essenciais, a saber, a segregação dos bens ou direitos, que permanecem destacados no patrimônio do *trustee*, e a atribuição de uma obrigação fiduciária ao *trustee*, seja em razão de uma convenção ou de disposição legal” (Op. cit., p. 22).

²²Op. cit., p. 105.

(*fides*),²³ em seu clássico estudo sobre os princípios da sociedade romana. Nesse sentido, o indigitado autor defende que o conteúdo significativo mínimo de *fides*, na sociedade romana antiga, seria o dever de agir conforme a palavra empenhada.²⁴

Apesar de singela a definição, é esse o valor fundamental que sustenta a posição jurídica de fiduciário: ele deve agir conforme a palavra empenhada.

Note-se que a utilização de uma idéia aplicável à sociedade romana para buscar o sentido de fidúcia não é, por certo, gratuita. Afinal, em sua origem, o *trust* se aproximava do pacto fiduciário romano,²⁵ isto é, a convenção pela qual se transferia determinado bem a outrem, para atender uma finalidade específica.²⁶ Após cumprida essa finalidade pela qual se operou a transferência, deveria o fiduciário romano restituir a propriedade ao proprietário original ou àquele designado como beneficiário, conforme o caso.

Tanto na fidúcia romana quanto no *trust*, em seus contornos originais, a obrigação tinha um caráter meramente pessoal, na medida em que se houvesse a quebra da *fides* – pela venda da coisa a um terceiro, por exemplo – aquela parte que confiou na palavra alheia apenas teria o direito à indenização dos prejuízos e não o direito de reaver a coisa.²⁷

Assim, fidúcia e *trust* estão um para o outro como verdadeira relação de origem e desenvolvimento.²⁸

²³“Es gehört zu ihnen Lebensprinzipien, treu zu sein. Natürlich haben auch sie sich gelegentlich des Treubruchs schuldig gemacht, aber die Existenz ihrer Maxime wird dadurch so Wenig beeinträchtigt wie die Existenz einer Rechtsnorm durch ihre Übertretung. Sie streben in der Tat ernstlich nach Treu; Treulosigkeit ist ihnen ein sozialer Makel” (*Prinzipien des römischen Rechts*. Berlin: Duncker & Humbolt, 1954, p. 151).

²⁴Idem, ibidem.

²⁵ Sobre essa aproximação entre a fidúcia romana e o *trust* v. por todos FERREIRA, Waldemar. Op. cit., p. 196-197.

²⁶ Conforme lembra Orlando Gomes: “na fidúcia romana a obrigação de restituir o bem transferido ao fiduciário era meramente pessoal, ao contrário do que ocorre no *trust* bretão. Fundava-se exclusivamente na confiança do alienante no adquirente. Se o fiduciário não quisesse devolver o bem recebido, respondia, tão-somente, por perdas e danos, enquanto, no *trust*, a obrigação de revertê-lo ao beneficiário é de caráter real, nisso consistindo sua grande superioridade” (Op. cit., p. 11).

²⁷SOHM, Rudolf. *Institutionen, Geschichte und System des römischenPrivatrechts*. Berlin: Drucker & Humboldt, 1949, p. 60 e ss., 341 e ss.

²⁸Como B. A. Wortley já destacou: “La grant secret du trust reposé ici non pas sua la propriété mais sur les standards de confiance et de conscience imposés par le cour” (WORTLEY, B. A., *Les trust et ses applications modernes en droit anglais*. *Revue Internationale de Droit Comparé* n. 4, 14^{ème} année. Paris, oct.-dec. 1962, p. 702).

E mesmo após o reconhecimento, pela Corte de Chancelaria inglesa, de um direito assemelhado ao de propriedade e titularizado pelo beneficiário, não é despidendo a fundamentação utilizado pela Corte para tanto. Segundo a Corte, tal direito decorreria do fato de o fiduciário ter empenhado sua palavra ao aceitar os encargos do *trust*, o que, por um lado, constituiu um dever de consciência para o fiduciário e, por outro, levou à necessidade de proteção daquele que confiou na palavra deste, isto é, o beneficiário.

Nesse dever de consciência passou a residir os limites de proteção do beneficiário. Não apenas contra o fiduciário, mas também em relação a terceiros que eventualmente viessem a interferir na situação jurídica do *trust* adquirindo o bem afetado. Assim, se estes terceiros estivessem com a consciência limpa, isto é, atuando no que denominaríamos de boa-fé (em seu aspecto subjetivo), a aquisição do bem seria reconhecida pelo direito como legítima e passariam a ser proprietários exclusivos do referido bem. Se, por outro lado, tivessem-no adquirido em violação à sua própria consciência, por conhecerem ou ter podido conhecer o *trust*, então a aquisição seria ilegítima e estes passariam a ter que atuar como *trustees* do bem adquirido,²⁹ no que ficou conhecido como *constructivetrusts*.³⁰

E prova circunstancial desta correlação entre fidúcia e *trust* é que a violação do dever de consciência do fiduciário não era analisada de outra forma pela Corte de Chancelaria que não uma *laesio fides*.³¹

Mas também é importante notar que a fidúcia não exerce apenas uma função formativa do vínculo ou um efeito negativo – no sentido de justificar a responsabilidade civil do fiduciário – mas, principalmente, um efeito positivo,

²⁹Nessesentido, conforme Roger Smith ao analisando a posição do terceiro que comprara um bem do *trustee*: “The chancellor considered that a purchaser who was aware of the trust was implicated in the breach, conscience dictated that the purchaser should also be bounded by the trust” (Op. cit., p. 25).

³⁰Conforme Wortley esclarece: “C’est donne pour amener le *trustee* qu’elle contrôle – l’homme de confiance – à purifier sa conscience que la cour le contraindra de s’en tenir au *trust* qui lui a été confié par un autre ou, dans le cas où le *trustee* lui-même a créé le *trust*, de suivre la volonté qu’il a formellement manifestée. L’idée de conscience marque aussi les limites de la protection accordée aux bénéficiaires. C’est-à-dire que, quand le *trustee*, propriétaire légal du bien objet du *trust*, vend celui-ci à un acquéreur de bonne foi, qui paye le prix et qui ne connaît ni ne devrait connaître rien du *trust* cet acquéreur acquiert le bien qu’il a acheté sans que sa conscience soit affectée par le *trust*, et il sera propriétaire légal sans avoir à s’occuper de ce dernier; il ne sera en aucun sens un *trustee* institué par la cour” (Loc. cit.).

³¹CHALHUB, Melhim. Op. cit., p. 22.

relacionado à criação de obrigações para o fiduciário e estabelecendo uma finalidade, isto é, o rumo ou norte para o qual deve direcionar-se a atuação do fiduciário.

Entende-se, dessa forma, que as obrigações de um fiduciário não são aquelas de um “bom pai de família”, que deve administrar os bens de forma proba e honesta. Ao contrário, “el trustee debe poner en el ejercicio de sus funciones todas las cualidades que sean necesarias para la realización normal de la afectación del patrimonio que se le ha confiado”.³²

Neste sentido, a referência obrigatória é o caso *Meinhardvs.Salmon*, decidido no Tribunal de Apelação de Nova York, em que se decidiu que as relações de caráter fiduciário impõem um estrito dever de cuidado e lealdade ao fiduciário da relação. Conforme o voto do Juíz Benjamin Cardoso:

“Many forms of conduct permissible in a workaday world for those acting at arm’s length, are forbidden to those bound by fiduciary ties. A trustee is held to something stricter than the morals of the market place. Not honesty alone, but the punctilio of an honor the most sensitive, is then the standard of behavior. As to this there has developed a tradition that is unbending and inveterate. Uncompromising rigidity has been the attitude of courts of equity when petitioned to undermine the rule of undivided loyalty by the “disintegrating erosion” of particular exceptions (...). Only thus has the level of conduct for fiduciaries been kept at a level higher than that trodden by the crowd. It will not consciously be lowered by any judgment of this court.”³³

Assim, embora não se possa caracterizar uma obrigação de resultado para o fiduciário,³⁴ mesmo porque, em diversos *trusts*, principalmente com finalidade pública ou de caridade, os seus objetivos são de todo inalcançáveis – pense-se no combate ao analfabetismo, na proteção das crianças abandonadas, na ajuda aos países em desenvolvimento etc. – é adequado reconhecer que sua responsabilidade está em um nível moral superior ao de quem simplesmente gere bens alheios. Isso, exclusivamente, em virtude de seu compromisso fiduciário.

Há, portanto, um dever de cuidado, informação e de lealdade,³⁵ que, nos países de tradição romano-germânica, seriam associados aos *standards* impostos pela boa-fé

³²LEPAULLE, Pierre. Op. cit., p. 200.

³³ Disponível em: [www.courts.state.ny.us]. Acesso em: 24.05.2009.

³⁴ Cf. SALOMÃO NETO, Eduardo. Op. cit., p. 46.

³⁵ V. idem, p. 43 e ss.

objetiva, uma vez que a realização do *trust* requer-se uma maior exigência de “prudencia, de competencia y de honradez”.³⁶

A fidúcia, esta palavra empenhada, também determina a finalidade do *trust*, ou melhor, o seu aspecto funcional e teleológico. É mesmo impossível compreender o *trust* sem levar em consideração a sua finalidade. Isso, na medida em que o *trustee* é investido do direito de propriedade sobre os bens objeto do *trust* exclusivamente em vistas à consecução de determinado objetivo ou para beneficiar terceiros.³⁷

Para tanto, são atribuídos ao fiduciário um feixe de poderes instrumentais a esta finalidade, pré-determinada por aquele que instituiu o *trust*, de forma que todos os poderes, incluindo o direito de propriedade sobre seu objeto, estão vinculados, ou melhor, tem como causa final, alcançar estes objetivos (ainda que inalcançáveis). Em um juízo de equidade seria inconcebível que alguém se valha de um direito de propriedade para fins pessoais, na medida em que isto seria inconsistente com a base de sua aceitação da propriedade,³⁸ ou, dito de outra maneira, seria um “ato inconcebível de violação da fidúcia”.

2.2. Truste segurança

Intrinsecamente ligado à fidúcia está o valor segurança. Tamanha é a conexão e interpenetração entre os dois que os estudos sobre o tema dividem-se em três grupos: aqueles que alegam que haveria apenas o valor fidúcia e mecanismos para sua proteção e preservação; os que entendem que a segurança seria o valor principal e a fidúcia seria um mero “perfume”, e ainda aqueles que, como será aqui defendido, entendem que fidúcia e segurança são os dois lados de uma moeda, que, embora um dos lados da moeda esteja virado para cima, em determinado momento, isto não anula seu outro lado.

Tal confusão decorre, por certo, da já referida proteção conferida à fidúcia pelos tribunais anglo-saxões, em relação a terceiros que adquirem bens de um fiduciário, sabendo que tais bens são objetos de um *trust*. Ocorre que este é apenas

³⁶LEPAULLE, Pierre. Op. cit., p. 204.

³⁷CHALHUB, Melhim. Op. cit., p. 2.

³⁸SMITH, Roger. Op. cit., p. 22.

um dos pontos de contato entre os valores fidúcia e segurança. Este se autonomiza e ganha relevo, entretanto, quando se considera a estrutura de afetação patrimonial do *trust*.³⁹

Tamanho é a relevância da afetação patrimonial que a já referida “Convenção sobre a Lei Aplicável ao Trust e seu Reconhecimento” definiu como um dos elementos essenciais ao *trust*: “the assets constitute a separate fund and are not a part of the trustee’s own estate” (art. 2.º). E mais, em seu art. 11, considera-se a separação patrimonial como uma das conseqüências mínimas do reconhecimento extraterritorial de um *trust*, *in verbis*: “A trust created in accordance with the laws specified by the preceding Chapters shall be recognized as a trust. Such recognition shall imply, as a minimum, that the trust property constitutes a separate fund (...)”.⁴⁰

Em primeiro lugar, é relevante conceituar o que seria essa afetação patrimonial:

O patrimônio, conforme a tradicional teoria formulada no século XIX, por AubryetRau e inspirada nos estudos pandectísticos de Zachariae, é compreendido como o conjunto de bens de uma pessoa, formando uma universalidade de direito,⁴¹ que, conforme definição de nosso Código Civil viria a ser “o complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico”.⁴²

Desta forma e segundo a mesma teoria tradicional, o patrimônio seria “une enveloppe indissociablement liée à la personne (...) et regroupant la totalité de ses biens et de ses dettes. Cette construction juridique, dynamique car no figée dans le temps, est vue comme permettant à ça résonné de s’engager, en garantissant que ses biens présents et futurs de ses dettes actuelles et à venir”.⁴³

³⁹ Conforme Lepaulle: “La afectación es un elemento esencial de su existencia. Si no se ha previsto ninguna afectación, el *trust* es nulo” (Op. cit., p. 124).

⁴⁰ Assim esclareceu o “Relatório Explicativo” desta Convenção, elaborado por Alfred E. von Overbeck, “The conference wanted to emphasize that the trust assets constitute a fund separated from the trustee’s own estate (...) This is an essential element of a trust, without which its recognition would have no meaning” (Disponível em: [http://hcch.e-vision.nl]. Acesso em: 29.05.2009).

⁴¹ EMERICH, Yaëll. Les fondements conceptuels de la fiducie française face au trust de la common law: entre droit des contrats et droit des biens. *Revue internationale de droit comparé* n. 1, 61^{ème} année, jan.-mar. 2009, p. 61.

⁴² Art. 91 do CC/2002.

⁴³ EMERICH, Yaëll. Op. cit., p. 61-62.

Pela afetação patrimonial, por outro lado, parte do patrimônio anteriormente detido pelo sujeito separa-se do seu patrimônio geral, tendo em vista que aquele passa a estar “afetado” a determinada finalidade, seja esta determinada pela vontade das partes ou por lei⁴⁴.

Nesse sentido, conforme esclarece Pierre Lepaulle,⁴⁵ a afetação patrimonial ocorre quando se aplica sobre determinada parte do patrimônio uma “idearectora”, um propósito essencial. Tal propósito, no caso do *trust* vem a ser, justamente, a finalidade que se persegue. Trata-se, portanto, da causa psicológica profunda - mas objetivamente aferível - que se encontra por trás da criação do *trust*.

Por conta dessa afetação patrimonial, os bens (*rectius* as relações jurídicas tendo por objeto tais bens) objeto do *trust* não se confundem ou se misturam com o restante do patrimônio do fiduciário, na medida em que esse patrimônio carece de uma finalidade específica, enquanto aquele outro o tem.⁴⁶

Importante esclarecer que o patrimônio afetado não queda sem titularidade,⁴⁷ nem constitui uma mera expectativa de direito. Ao contrário, o patrimônio tão-somente ganha autonomia em relação ao patrimônio restante, de forma que os feixes de relações jurídicas que compõe cada um dos patrimônios não se entrecruzam, mas tem no mesmo titular um dos seus pólos. Também não se pode considerar uma mera expectativa de direito, na medida em que o direito não se encontra na pendência de uma condição resolutiva.

As conseqüências de tal construção são inúmeras:

Quando o fiduciário ou o beneficiário agem em nome próprio, no curso normal de suas vidas, contraindo obrigações etc., seus credores não terão sobre os bens em

⁴⁴ Conforme Pontos de Miranda: “Todo patrimônio especial tem um fim. Esse fim é que lhe traça a esfera própria, lhe cria a pele conceptual, capaz de armá-lo ainda quando nenhum elemento haja nele (...) A especialidade do patrimônio faz nascerem direitos, pretensões, ações e exceções que não tinha o titular do patrimônio geral, de que foi separado (...)” (Op. cit. t. V. p. 379).

⁴⁵ LEPAULLE, Pierre. Op. cit., p. 21.

⁴⁶ É mesmorelevante que a eventual impossibilidade de uma afetação patrimonial termina por impossibilitar a própria constituição do *trust*, conforme exemplifica William F. Fratcher: “although enforceable obligations of other, arising from bonds, notes, insurance policies, special contracts or torts, may serve as trust property, an obligation of the trustee cannot, because it is not enforceable by him. Hence a corporation cannot be trustee of its obligation under a general deposit, and an insurance company cannot be trustee of its own obligation to pay the proceeds of a policy at maturity. If, however, a bank or a trust company agrees to segregate funds from its own, invest them and hold the fund upon trust, a trust arises when the funds are actually segregated” (Op. cit., p. 28).

⁴⁷ Em sentido contrário, vide SALOMÃO NETO, Eduardo. Op. cit., p. 62.

trust uma garantia em caso de inadimplemento, tal como ocorre com o restante de seus patrimônios.⁴⁸ Por outro lado, caso tais obrigações venham a ser contraídas em relação à administração ou à consecução das finalidades do *trust*, é lícito que seus efeitos fiquem restritos aos ativos e passivos que compõe o patrimônio afetado, preservando, por outro lado, o restante de seus patrimônios.⁴⁹

Da mesma forma, em caso de falência do fiduciário, por exemplo, os ativos afetados não constituem garantia para as dívidas deste, de forma que seus credores não teriam como executar tais ativos. Tampouco, os direitos afetados estão sujeitos ao regime geral sucessório ou podem ser objeto de doação⁵⁰.

Importante notar que o valor segurança afeta não apenas o fiduciário e o beneficiário, mas também o próprio instituidor do *trust*. Este fica impedido não apenas de retomar os bens em *trust*, como de, mediante acordo com o fiduciário, atribuir aos bens objetos do *trust* uma nova finalidade,⁵¹ na medida em que tanto este quanto o fiduciário perderam o poder de livre disposição sobre o bem.

Desta forma, fica claro que a segurança se coloca como um dos valores sobre os quais se construiu a figura do *trust*, não apenas de forma autônoma em relação à fidúcia, mas também permitindo que esta se desenvolvesse.

3. “Aclimação” ao Direito brasileiro: a propriedade fiduciária

3.1. Problemas de sinédoque

Sinédoque é um tropo que consiste em tomar a parte pelo todo, o todo pela parte; o gênero pela espécie, a espécie pelo gênero etc. Se tal figura é responsável pelas mais belas construções literárias, sendo um espaço privilegiado para a criatividade do artista, parece-nos que deveria ser usada com uma certa parcimônia

⁴⁸EMERICH, Yaëll. Op. cit., p. 63.

⁴⁹ Conforme Pierre Lepaulle esclarece: “Si el *trustee*, por cualquier razón llega a tener que responder con sus propios bienes de una obligación legalmente contraída por el *trust*, *tiene naturalmente derecho a resarcirse sobre el patrimonio del trust*” (Op. cit., p. 222 – grifos no original).

⁵⁰Idem, p. 9.

⁵¹ “Whereas the parties are always free to change it by mutual agreement, a trust, once established, is regarded by the courts as irrevocable because it creates rights for the third party beneficiary which the trustee and the promissor are not entitled to change” (STONE, Richard. *Principles of contract law*. 3. ed. London: Cavendish, 1997, p. 96).

pelo legislador. Isso na medida em que, ao contrário do artista, o legislador não deve ter como objetivo abrir o leque de possibilidades hermenêuticas para o interprete, mas sim o de delimitá-lo.

Apesar desta advertência parecer banal, ela não é de todo despicienda quando aplicada às tentativas de “aclimatação” do *trust* ao Direito brasileiro, através da denominada “propriedade fiduciária”. Apesar da já referida abundância de estudos dedicados a erigir os fundamentos dogmáticos sobre os quais se poderia construir uma solução brasileira para a incorporação do *trust*, conforme bem observado por MelhimChalhub, as tentativas até agora têm sido empreendidas de forma “tímida, esparsa e errática”.⁵²

Num vôo rasante, como de quem quer apenas observar os contornos de determinada paisagem, o que se verifica é a profusão de *nomen iuris*, aliada à falta de um tratamento sistemático da denominada “propriedade fiduciária”. Vejamos:

A propriedade fiduciária foi incorporada ao direito brasileiro, através da Lei 4.728, de 14.07.1965 (Lei do Mercado de Capitais). Na ocasião, ao regular o negócio jurídico da “alienação fiduciária em garantia”, em seus arts. 66 e parágrafos, e posteriores alterações,⁵³ o legislador referiu-se ao novo instituto como um “domínio resolúvel” (conforme a redação alterada pelo Dec. 911, de 01.10.1969).

Em outra oportunidade, na Lei 8.668, de 25.06.1993 (Lei dos Fundos de Investimento Imobiliário), o legislador já preferiu a denominação de “propriedade fiduciária”, provavelmente por entender a inadequação do tratamento de tal situação como propriedade resolúvel. Para tanto, definiu que os bens que constituíam o patrimônio de um fundo de investimentos imobiliário, apesar de vinculados ao seu administrador, constituíam um patrimônio independente e incomunicável. Assim e na forma do *caput* de seu art. 7.º: “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

⁵² Afetação patrimonial no direito contemporâneo. *Revista Trimestral de Direito Civil* 29/112. Rio de Janeiro: Padma, jan.-mar. 2007.

⁵³ Posteriormente o art. 66 e seus parágrafos foram substituídos pelo art. 66-A e parágrafos, pelo Dec. 911, de 01.10.1969, que, por sua vez, foi substituído pelo art. 66-B e parágrafos, pela Lei 10.931, de 02.08.2004, atualmente em vigor.

comunicam com o patrimônio desta, observadas, quanto a tais bens e direitos, as seguintes restrições (...)" (grifou-se)

Posteriormente, entretanto, o legislador retomou o *nomen juris* "propriedade resolúvel", na Lei 9.514, de 20.11.1997 (Lei de Financiamento Imobiliário), que, em seus arts. 22 a 33, regula a "alienação fiduciária de coisa imóvel". Em seu art. 22, assim esclareceu o legislador: "A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da *propriedade resolúvel* de coisa imóvel". Entretanto e na mesma lei, facultou-se, na operação de securitização de recebíveis, a constituição de um "regime fiduciário".⁵⁴

No Código Civil, o legislador retomou a idéia da propriedade fiduciária, inclusive para diferenciá-lo da propriedade resolúvel, dedicando àquela um capítulo, compreendendo os arts. 1.361 a 1.368. Entretanto, atentando para tais artigos, verifica-se que se referem apenas à situação tratada na Lei 4.728/1965, isto é, à alienação fiduciária em garantia de bem móvel. Não se refere à alienação fiduciária em garantia de bem imóvel, nem ao que o próprio legislador já havia definido como propriedade fiduciária...

Na última oportunidade que teve, na Lei 10.931, de 02.08.2004, o legislador passou a tratar do tema através da denominada "afetação patrimonial", um dos mecanismos de modernização do sistema de financiamento imobiliário, pelo qual os bens afetados ao desenvolvimento de uma incorporação imobiliária não se confundiriam com o patrimônio do incorporador, permanecendo como patrimônio separado.

E assim vamos... A impressão que se fica é que o legislador incutiu de forma tão profunda a máxima de que o *trust* é ininteligível para a família da tradição romano-germânica, que tem preferido valer-se de sinédoques (cessão fiduciária, regime

⁵⁴ Pelo aludido regime, nos termos do artigo seu art. 11, "Os créditos objeto do regime fiduciário: I – constituem patrimônio separado, que não se confunde com o da companhia securitizadora; II – mantêm-se apartados do patrimônio da companhia securitizadora até que se complete o resgate de todos os títulos da série a que estejam afetados; III – destinam-se exclusivamente à liquidação dos títulos a que estiverem afetados, bem como ao pagamento dos respectivos custos de administração e de obrigações fiscais; IV – estão isentos de qualquer ação ou execução pelos credores da companhia securitizadora; V – não são passíveis de constituição de garantias ou de excussão por quaisquer dos credores da companhia securitizadora, por mais privilegiados que sejam; VI – só responderão pelas obrigações inerentes aos títulos a ele afetados".

fiduciário, patrimônio de afetação) ou pseudo-sinédoques (transmissão do domínio resolúvel, propriedade resolúvel) do que aceitar e sistematizar a “aclimatação” do *trust*, através da propriedade fiduciária.

Sem uma tal aceitação, por certo, é inviável pensar na propriedade fiduciária – como aqui entendido e não nos termos consagrados no Código Civil – como um direito real reconhecido pelo Direito brasileiro, salvo nas situações tratadas na legislação especial.⁵⁵ Entretanto, o papel da doutrina é justamente realizar a ponte que separa a forma casuística com que o legislador tratou o tema do conceito abstrato que lhe subjaz.

Portanto, e terminado o rasante para iniciar um mergulho sobre o tema, faz-se necessário verificar em que consiste esta propriedade fiduciária e como ela incorpora os valores do *trust*.

Para tanto, deve-se começar por estabelecer as distinções entre a propriedade fiduciária e a propriedade resolúvel. Tal distinção não é, por certo, um mero esforço lingüístico, mas para denominar de forma específica situações que são essencialmente diversas.

Em sua clássica obra sobre os negócios jurídicos indiretos, Tullio Ascarelli observou que novos conceitos não costumam surgir no Direito de improviso. Eles são objeto de adaptação de antigas e históricas formas às necessidades de preencherem determinadas funções, que surgem com o desenvolvimento sócio-econômico. Não se trata por certo de uma espécie de misoneísmo jurídico, mas de uma tentativa de conciliar as novas exigências da vida prática, com a certeza e segurança da disciplina jurídica, através da criação de novo direito sem comprometer a integridade do sistema.

Dessa forma, atende-se às necessidades da vida hodierna através de institutos conhecidos, de forma que à nova matéria oferece-se um arcabouço jurídico já conhecido e seguro.⁵⁶

⁵⁵ Tal entendimento é reforçado com a inclusão do art. 1.368-A, ao Código Civil, pela Lei 10.931/2004, que assim dispõe: “As demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária submetem-se à disciplina específica das respectivas leis especiais, somente se aplicando as disposições deste Código naquilo que não for incompatível com a legislação especial”.

⁵⁶ ASCARELLI, Tulio. Op. cit., p. 156.

A “aclimação” para o sistema jurídico brasileiro da estrutura de dupla propriedade do *trust*, seguindo proposta já vislumbrada por ocasião do Anteprojeto de Código de Obrigações, se deu através da utilização da propriedade resolúvel, figura já reconhecida no Código Civil de 1916, em seus arts. 647 e 648.⁵⁷ Nesse sentido, conforme propugnou Orlando Gomes: “A dupla propriedade – característica do instituto [do *trust*] – torna-o incompreensível, à primeira vista, por se chocar com o conceito de domínio predominante nos sistemas jurídicos de filiação romana (...). Embora seja, de fato, inconcebível a dissociação da propriedade nos termos admitidos no direito inglês, pode-se naturalizar o instituto, considerando-se resolúvel a propriedade do fiduciário em relação aos imóveis, ainda tendo ele a faculdade de disposição, mas obrigado quanto aos móveis que alienar a sub-rogá-los”.⁵⁸ Entretanto, propriedade fiduciária e propriedade resolúvel não são conceitos intercambiáveis, sendo antes duas espécies distintas do gênero propriedade limitada.

A propriedade, em linha de princípio, é irrevogável, dado que, por sua própria definição, é esta absoluta, exclusiva e perpétua. Exceção a tal situação é feita quando existe determinação em lei estabelecendo a sua limitação, ou, pela autonomia das partes, elas estabelecem, no título em que a aquisição do direito se funda, a condição para a sua extinção.

Nesta última hipótese, isto é, quando existe no título formal, do qual se origina o direito de propriedade, uma condição resolutiva ou termo,⁵⁹ cujas ocorrências implicam na extinção do domínio sobre o bem, estamos tratando de uma propriedade resolúvel.⁶⁰

⁵⁷ “Art. 647. Resolvido o domínio 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 detenha.

Art. 648. Se, porém, o domínio se resolver por outra causa superveniente, o possuidor, que o tiver adquirido por título anterior à resolução, será considerado proprietário perfeito, restando à pessoa em cujo benefício houve a resolução ação contra aquele cujo domínio se resolveu para haver a própria coisa, ou seu valor.”

⁵⁸ GOMES, Orlando. Op. cit., p. 13.

⁵⁹ A distinção entre condição e termo é mais do que trabalhada pela doutrina. A distinção fundamental entre as duas espécies residiria em que, a condição subordinaria a existência ou a exercibilidade dos efeitos de um negócio jurídico ao acontecimento de eventos futuros e incertos, enquanto no caso do termo, tais acontecimentos seriam também futuros, mas certos (MOTAPINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. atual. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Ed. Coimbra, 2005, p. 561 e 577).

⁶⁰ GONÇALVES, Aderbal da Cunha. *Da propriedade resolúvel: sua projeção na alienação fiduciária em garantia*. São Paulo: Ed. RT, 1979, p. 151.

Nesta modalidade de propriedade limitada, o proprietário (resolúvel) que adquire um bem, sob condição ou termo, atua como proprietário para todos os fins, sendo-lhe lícito praticar os atos de administração e disposição sobre a coisa. Com o implemento da condição ou o advento do termo, resolve-se os direitos reais concedidos na sua pendência, retornando a coisa ao seu proprietário anterior (o proprietário diferido), em favor do qual operou-se a resolução. Caso caduque a condição, o proprietário resolúvel torna-se o proprietário pleno da coisa, uma vez que desapareceu a restrição que pendia sobre a propriedade.

Diferente do que ocorre no *trust*, não há uma dupla titularidade sobre o mesmo bem. O proprietário diferido, enquanto pendente a condição ou o termo, tem apenas uma expectativa de direito, ou seja, não é proprietário do bem. Apenas após o implemento da condição ou o advento do termo é que este pode reivindicar a coisa em poder de quem quer que esteja, como lhe faculta o art. 1.359 do CC/2002.

A propriedade resolúvel está presente em uma série de outros negócios jurídicos, como a venda a contento, a doação com cláusula de reversão,⁶¹ a compra e venda com cláusula de preempção ou preferência, a compra e venda com cláusula de reserva de domínio⁶² etc.

A propriedade fiduciária também é uma propriedade limitada, mas não pela vontade das partes, como ocorre no negócio suspensivo, mas sim por determinação legal,⁶³ em decorrência da celebração de um negócio jurídico que atribui ao bem ou ao conjunto de bens determinada finalidade específica, seja ela de garantia, de administração ou de inversão, segundo a tripartição do negócio fiduciário defendida por Orlando Gomes.⁶⁴

⁶¹FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao Código Civil: parte especial: direito das coisas*. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 15, p. 320.

⁶²VIANA, Marco Aurelio S. *Comentários ao novo Código Civil: dos direitos reais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. vol. 16, p. 571.

⁶³Sem a determinação legal, estaríamos diante de um negócio fiduciário em garantia, cujos problemas já foram objeto de análise supra.

⁶⁴Op. cit., p. 15. Para o referido autor, os negócios fiduciários poderiam ser de três espécies: (a) de garantia, que visa a substituir o penhor e a hipoteca, aproximando-se da retrovenda; (b) de administração, quando o bem é transferido para ser administrado por um terceiro e não pelo seu beneficiário, na medida em que este pode não ter capacidade ou competência para fazê-lo por si; ou (c) de inversão, assim considerando aqueles em que concede-se ao fiduciário certa soma de dinheiro para que a aplique, com a obrigação de pagar a renda estipulada e devolver o capital transferido, logo que seja reclamado.

Assim, enquanto na propriedade resolúvel a autonomia da vontade apõe uma limitação ao direito de propriedade, a fim de subtrair parte da finalidade econômica desse direito, utilizando-se dele para outro fim prático que não aquele determinado em lei, a propriedade fiduciária é criada, por lei, justamente para atender determinadas necessidades.⁶⁵ Nesse sentido, conforme Yaëll Emerich, tratando da propriedade fiduciária no direito francês: “il est vrai que lapropriétéfiduciaireconstitueunmodeparticulaire de lapropriété. Il s’agit d’abord d’une propriété *finalisée*. La fiduciaire ne dispose, pas de l’intégralité des prérogatives d’un propriété ordinaire, puisqu’il doit agir dans un ‘but déterminé’ par le constituant”.⁶⁶

Na “alienação fiduciária em garantia”, quer de bem móvel ou imóvel, a propriedade fiduciária tem a finalidade, atribuída por lei, de garantir o adimplemento de uma obrigação. Quando houver a cessação deste escopo, por perdão da dívida, adimplemento da obrigação ou a renúncia à garantia haverá a extinção da alienação fiduciária e, conseqüentemente da propriedade fiduciária.⁶⁷

No “patrimônio de afetação” da incorporação imobiliária e na “propriedade fiduciária” dos Fundos de Investimento Imobiliário, por outro lado, a finalidade é a administração, isto é, determinada universalidade de bens é transferida para um terceiro, com o propósito exclusivo de ser administrada por este. Isso, na medida em que presumidamente o incorporador e o administrador do fundo têm maiores condições técnicas do que aqueles que cederam, fiduciariamente, seus bens para gerir tal patrimônio.

No “regime fiduciário”, por outro lado, a finalidade da constituição da propriedade fiduciária é fundamentalmente de inversão, isto é, o futuro retorno de um certo capital ou crédito investido, administrado pelo fiduciário.

Além desta distinção quanto à finalidade, é relevante notar que seus regimes não são intercambiáveis.⁶⁸

⁶⁵ MOREIRA ALVES, José Carlos. Op. cit., p. 115. Neste sentido, o Código Civil de 2002, no art. 1.361, tratou de distinguir as duas figuras, esclarecendo que propriedade fiduciária seria uma espécie de propriedade resolúvel (*sic.*), criada com o escopo exclusivamente de garantia (“Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor”).

⁶⁶ Op. cit., p. 68 – grifo no original.

⁶⁷ Idem, p. 120.

⁶⁸ As distinções a seguir são desenvolvidas por MOREIRA ALVES, José Carlos. Op. cit., p. 120 e ss.

Em primeiro lugar, enquanto pendente a condição da propriedade resolúvel, o proprietário resolúvel possui todas as faculdades jurídicas que formam o conteúdo da propriedade plena, com a restrição apenas de poder vir a deixar de ser proprietário, caso se verifique a condição resolutiva. Na propriedade fiduciária, por outro lado, o proprietário fiduciário possui limitações ao seu direito de propriedade, conforme a espécie que se trate. Na alienação fiduciária em garantia, por exemplo, ele não pode desfrutar de todas as faculdades jurídicas da propriedade plena, em decorrência do desdobramento da posse. Na propriedade fiduciária da alienação fiduciária o credor sequer mantém a posse direta do bem. Nos fundos de investimento imobiliário e no patrimônio de afetação, por outro lado, o proprietário, mesmo mantendo a posse do bem, apenas pode empregá-lo para as finalidades às quais foi constituído.

Em segundo lugar, caso se verifique a condição, no caso da propriedade fiduciária, opera-se a resolução *extunc* da propriedade, que retorna à titularidade do alienante. Na propriedade fiduciária, uma vez atingida a finalidade à qual se destinou a sua constituição, opera-se em regra a restituição da propriedade, não nas condições em que haviam sido entregues ao proprietário fiduciário, mas o seu produto, operando-se a transferência com eficácia *ex nunc*.

Em terceiro lugar, caso não se verifique a condição, na propriedade resolúvel, a propriedade torna-se plena para o proprietário – até aquele momento resolúvel – na medida em que desaparece a restrição que sobre ela pendia. Na propriedade fiduciária, por outro lado, as consequências do não implemento da condição variam conforme a propriedade e a finalidade a que se destina. Na alienação fiduciária em garantia, por exemplo, não se resolve a propriedade, mas se consolida a posse na figura do credor, que passa a ter o ônus de vendê-la para pagar-se e devolver o bem ao alienante. No patrimônio de afetação, por outro lado, podem os adquirentes do imóvel tomar para si a administração do bem afetado a fim de empregar tal patrimônio na consecução das finalidades da propriedade fiduciária.

Uma vez assentada esta diferença, resta verificar como os valores do *trust* refletem-se na propriedade fiduciária:

3.2. Os valores do trust na propriedade fiduciária

a) Fidúcia.

A ideia de uma propriedade fiduciária, em qualquer uma de suas modalidades, é indissociável do valor fidúcia e não apenas por uma questão onomástica. Por trás da propriedade fiduciária reside, em toda a sua força motriz, um ato de fidúcia, menor no caso daquelas com o escopo de garantia, maior nas de administração, mas sempre presente.

Quem bem percebeu a existência deste valor foi Pontes de Miranda, ao observar que subjacente a toda outorga da titularidade ou da posse de um determinado bem ou direito a um terceiro existe o elemento fiduciário.⁶⁹

Tanto é este o caso que na alienação fiduciária em garantia, encontraremos dois atos fiduciários, quais sejam: de um lado, a transferência da propriedade em garantia ao proprietário fiduciário e, de outro, a transferência da posse direta do bem ao devedor. Por conta desse duplo ato de transferência fiduciária teremos a necessidade de uma dupla proteção. Pelo lado do devedor fiduciante, há previsão expressa, no art. 66-B, § 2.º, da Lei 4.728/1965 que aquele que “alienar ou der em garantia a terceiros, coisa que já alienara fiduciariamente em garantia, ficará sujeito à pena prevista no art. 171, § 2.º, I, do Código Penal”. Pelo outro lado, entretanto, conforme bem esclareceu Alfredo Buzaid, o domínio não era apenas formal ou limitado, “todavia, não se pode deixar de reconhecer que o fiduciário está indiretamente vinculado, no exercício de suas faculdades de proprietário, a obrigações assumidas em face do fiduciante ou que derivam, quanto a ele, da natureza da boa-fé do negócio fiduciário; se ele deseja evitar responsabilidade, deve comportar-se, em relação à coisa, de modo a não contrair as obrigações”.⁷⁰

Entretanto, deve-se notar que a fidúcia tem contornos diferentes no ordenamento brasileiro, em relação ao sistema anglo-saxão. Conforme já aludido no *trust*, este elemento produz efeitos tanto em relação ao reconhecimento de um direito

⁶⁹ Curiosamente, Pontes de Miranda denominava o negócio fiduciário de garantia atípico como “transmissão em garantia” e reservava para o negócio típico a alcunha de “transmissão *fiduciária*, em garantia” (op. cit., t. LII, p. 339).

⁷⁰ Op. cit., p. 19.

de propriedade ao beneficiário que confia no fiduciário, como através do fortalecimento dos deveres gerais do fiduciário, que supera ao paradigma do “bom pai de família”.

No Direito brasileiro, por outro lado, a fidúcia, enquanto elemento da relação obrigacional, provoca o estreitamento, ou melhor, o fortalecimento dos vínculos da relação jurídica obrigacional. Afinal, a parte da relação jurídica marcada pelo elemento fiduciário necessariamente se coloca em uma posição de maior vulnerabilidade, sujeitando-se aos possíveis efeitos nocivos do comportamento do *auter*. Isso na medida em que a *fides* leva o fiduciante a “abrir suas guardas”, impossibilitando-o de se precaver contra todas as conseqüências nefastas de uma quebra do dever fiduciário.

Como conseqüência, tanto no Direito brasileiro como nos demais países da tradição romano-germânica,⁷¹ o caráter fiduciário da relação jurídica provoca um acirramento dos deveres laterais decorrentes da boa-fé,⁷² de forma a proteger a posição da parte vulnerável na relação jurídica.

Sem prejuízo de tal dever geral de boa-fé, as espécies de propriedade fiduciária do ordenamento brasileiro foram positivadas em conjunto com uma série de deveres laterais de conduta, visando resguardar o fiduciante.

Para os fundos de investimento imobiliário (Lei 8.668/1993), por exemplo, há não apenas a previsão geral de responsabilidade do administrador do fundo por “má gestão, gestão temerária, conflito de interesses, descumprimento do regulamento do

⁷¹ Este ponto foi observado Anthony H. Angelo, *in verbis*: “what was provided for in the civil law systems by the general causes of action in obligations with their supporting requirements of good faith, was dealt with in Anglo-American system by the morality and discretionary rules of equity” (Restitution of benefits acquired in breach of fiduciary relations. *International encyclopedia of comparative law: restitution – unjust enrichment and negotiurumgestio*. Chap. 9. Tübingen: MohrSiebeck, 2006. vol. 10, p. 4-5).

⁷² Para uma análise da relação entre boa-fé, deveres laterais e a relação obrigacional, remetemos ao nosso trabalho anterior: MARTINS, Raphael Manhães. A teoria do inadimplemento e transformações no direito das obrigações. *RDPriv* 33. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2008, p. 250-289. Neste trabalho, assim tratamos de caracterizar os deveres laterais: “as normas heterônomas produzidas pela boa-fé, no caso concreto, que implicam na imposição de deveres aos sujeitos, são os denominados ‘deveres laterais’. Elas surgiram da observação de que a simples idéia de ‘possibilitar o cumprimento’ demandava não apenas o estado passivo de permitir o adimplemento, havendo mesmo a necessidade de impor determinadas condutas de colaboração ao devedor. Nesse sentido, os deveres laterais não são orientados ao cumprimento do dever principal da prestação. Seu papel é auxiliar a realização positiva do fim da relação obrigacional, principalmente, protegendo as pessoas envolvidas ou os bens da outra parte da relação contra os riscos de danos concomitantes” (Idem, p. 279).

fundo ou de determinação de assembléia de quotista” (art. 8.º), como deveres expressos de informação (art. 15) e deveres de diligência com a administração do Fundo, com a previsão de atos considerados vedados (art. 12).

Na incorporação imobiliária (Lei 4.591/1964), em havendo a constituição de patrimônio de afetação, deve o incorporador “promover todos os atos necessários à boa administração e à preservação do patrimônio de afetação” (art. 31-D, I). Deve, sem prejuízo deste dever geral, atender aos deveres de informação (art. 31-D, IV, VI, VII, VIII), diligência (art. 31-D, III) e cuidado (art. 31-D, IV e V).

b) Segurança.

Ao lado da fidúcia teremos também presente, tal qual no *trust*, o valor segurança, assumindo, na propriedade fiduciária, um duplo efeito.

Em primeiro lugar, no seu aspecto interno, a segurança fundamenta a afetação patrimonial, na medida em que sua causa nada mais é do que a mitigação de riscos externos à relação jurídica.

Assim como ocorre com o *trust*, o conjunto relações jurídicas que compõe o patrimônio fiduciário ganha autonomia⁷³ em relação ao restante do patrimônio geral do fiduciário. Isso na medida em que aquele possui uma destinação especial em relação ao patrimônio comum, sendo tal destinação reconhecida em lei.

É importante notar que a idéia de um patrimônio autônomo ao comum não é uma exclusividade da propriedade fiduciária. Ao contrário, a autonomia patrimonial, isto é, a sujeição de parte de um patrimônio a um tratamento especial está presente,

⁷³ Esta autonomia significa que um mesmo sujeito pode vir a ser titular de mais de um patrimônio, na medida em que o que os definirá não é a titularidade, mas a destinação comum das relações jurídicas que o compõem. A questão foi bem observada por Uinie Caminha. Para a indigitada autora, a teoria clássica ou subjetiva do patrimônio vinculava este à própria personalidade do sujeito, de forma que a existência de um único titular seria o elemento de coesão do conjunto de direitos e deveres que o compunham. Pela teoria moderna ou objetiva, entretanto, o fator de coesão deixa de ser a ligação com determinada pessoa, para ser a destinação comum a um conjunto de bens e direitos. Assim: “ao contrário da teoria clássica, pela teoria moderna é factível uma pessoa possuir mais de um patrimônio, desde que afetados a fins diferentes” (CAMINHA, Uinie. *Securitização*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 118-119).

por exemplo, na falência, na ausência, em regimes matrimoniais, na herança quanto às dívidas do falecido etc.⁷⁴

Na propriedade fiduciária, entretanto, a afetação patrimonial assume um caráter instrumental à consecução das específicas finalidades econômicas e/ou financeiras, reconhecidas pelo legislador em cada uma das espécies dessa propriedade. Isso na medida em que a afetação patrimonial visa “resguardar tais negócios contra riscos patrimoniais estranhos ao ambiente específico da situação que se visa proteger e às obrigações a ela vinculadas de forma específica”.⁷⁵

Assim é, por exemplo, o tratamento da propriedade fiduciária no regime fiduciário da securitização de recebíveis imobiliários, que estabelece: “os créditos objeto do regime fiduciário: I – constituem patrimônio separado, que não se confunde com o da companhia securitizadora; II – manter-se-ão apartados do patrimônio da companhia securitizadora até que se complete o resgate de todos os títulos da série a que estejam afetados (...)”.⁷⁶

No mesmo sentido, o patrimônio de afetação das incorporações imobiliárias assim estabeleceu: “O patrimônio de afetação [da incorporação imobiliária] 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”.⁷⁷

Até na alienação fiduciária em garantia, há a idéia de um patrimônio de afetação. Não de forma expressa e clara, como ocorre nas outras espécies, mas de forma indireta, através da divisão do domínio sobre o bem objeto do negócio jurídico. E esse entendimento é respaldado pelo STJ:

“Processual civil. Locação. Penhora. Direitos. Contrato de alienação fiduciária. Violação ao art. 535 do CPC. Inexistência. I – Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC, tampouco recusa à apreciação da matéria, se o E. Tribunal de origem

⁷⁴ CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário: alienação fiduciária*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 91-92.

⁷⁵ Idem. Afetação patrimonial no direito contemporâneo cit., p. 115.

⁷⁶ Art. 11 da Lei 9.514/1997. Comentando esse dispositivo, assim entendeu Uinie Caminha: “A exemplo do que ocorre com os fundos imobiliários, a lei criou um regime fiduciário especial para operações de securitização de recebíveis, protegendo expressamente o patrimônio segregado para a securitização de eventuais demandas contra o originador ou mesmo contra o VPE [Veículo de Propósito Específico]” (Op. cit., p. 153).

⁷⁷ Art. 31-A, § 1.º, da Lei 4.591/1964.

fundamentadamente apreciou a controvérsia. II – O bem alienado fiduciariamente, por não integrar o patrimônio do devedor, não pode ser objeto de penhora. Nada impede, contudo, que os direitos do devedor fiduciante oriundos do contrato sejam constrictos. Recurso não conhecido.”⁷⁸

Em consequência desta afetação patrimonial, temos a segunda função da segurança, em seu aspecto externo, qual seja, limitar os efeitos das relações jurídicas do credor em relação ao conjunto de bens que constituem a propriedade fiduciária.

Estas limitações decorrem do reconhecimento de que, se o patrimônio afetado constitui um feixe ou centro de relações jurídicas próprias, vinculados à finalidade para a qual foi constituído, não poderiam relações jurídicas estranhas a estas finalidades e que constituem o patrimônio comum (do fiduciário ou do fiduciante) ou um outro patrimônio afetado a outra finalidade, interferir ou prejudicar aquele objetivo.

Assim tratou-se de regular, por um lado, a contaminação da propriedade fiduciária pelos passivos do fiduciário e, por outro, que a própria situação econômico-financeira do fiduciário viesse a resvalar nessa propriedade.

Exemplo paradigmático dessa proteção é o patrimônio de afetação nas incorporações imobiliárias.⁷⁹ Conforme a regra geral prevista no § 1.º do art. 31-A: “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”.

Em havendo patrimônio de afetação numa incorporação imobiliária, os bens e direitos que estiverem compreendidos no patrimônio fiduciários (não apenas o terreno, mas todo o complexo de relações jurídicas vinculados ao desenvolvimento de um empreendimento imobiliário) não podem se comunicar com o patrimônio do fiduciário ou com os demais empreendimentos imobiliários desenvolvidos pelo próprio incorporador.⁸⁰

⁷⁸ REsp 679.821/DF, 5.ª T., j. 23.11.2004, rel. Min. Félix Fischer. No mesmo sentido, vide ainda: REsp 916782/MG, 2.ª T., j. 18.09.2008, rel. Min. Eliana Calmon.

⁷⁹ As referências a seguir foram introduzidas pela Lei 10.931/2004, na Lei 4.591/1964.

⁸⁰ Esta afetação é um mecanismo interessante para evitar o que o mercado denomina de “pedalar” os resultados das incorporações, isto é, o incorporador, tendo em vista não haver uma separação patrimonial entre suas incorporações, passa manipular o resultado e as receitas de um empreendimento com o dos demais. O resultado da incorporação superavitária serve para encobrir o resultado das deficitárias. Além dos problemas evidentes relacionados a aspectos de governança corporativa, tal

Outrossim, em decorrência desta afetação patrimonial, não apenas o incorporador sofre restrições em relação à utilização dos bens e direitos relacionados objeto da propriedade fiduciária,⁸¹ como os próprios frutos do patrimônio de afetação passam a integrá-lo, não se comunicando com o restante do patrimônio do devedor, e devendo ser aplicados no custeio das despesas relacionadas à incorporação.⁸²

E mais: a manutenção da efetiva afetação patrimonial passa a constituir uma obrigação do incorporador, conforme os termos do seu art. 31-D: “Incumbe ao incorporador: (...) II – manter apartados os bens e direitos objeto de cada incorporação”, cabendo-lhe não apenas manter e movimentar os recursos financeiros do patrimônio de afetação em conta de depósito aberta especificamente para tal fim, como manter uma escrituração contábil completa e específica para cada patrimônio de afetação, ainda que esteja desobrigado pela legislação tributária.

Mas tão relevante quanto proteger o patrimônio das demais relações jurídicas do fiduciário com terceiros é a proteção do patrimônio de afetação, em relação à própria situação econômico-financeira do fiduciário.

Para tanto, em primeiro lugar, no caso de falência do incorporador os seus efeitos não atingem os patrimônios de afetação constituídos, “não integrando a massa concursal o terreno, as acessões e demais bens, direitos creditórios, obrigações e encargos objeto da incorporação”.⁸³

E mais, como de nada adiantaria proteger o ativo afetado se a sua utilização ficasse a cargo de um administrador judicial ou do incorporador falido, a própria lei autorizou os adquirentes de unidades imobiliárias a assumirem o patrimônio afetado e

prática criava a preocupante situação de que, em caso de falência da incorporadora, os empreendimentos, ainda que superavitários, eram arrastados pelos prejuízos da empresa falida pelas dívidas acumuladas com os demais empreendimentos deficitários, derrubando todos como se fossem pinos num jogo de boliche.

⁸¹ Por exemplo, no caso do § 3.º do art. 31-A da Lei 4.591/1964: “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”.

⁸² “Art. 31-A (...) § 4.º No caso de cessão, plena ou fiduciária, de direitos creditórios oriundos da comercialização das unidades imobiliárias componentes da incorporação, o produto da cessão também passará a integrar o patrimônio de afetação, observado o disposto no § 6.º (...) § 6.º Os recursos financeiros integrantes do patrimônio de afetação serão utilizados para pagamento ou reembolso das despesas inerentes à incorporação.”

⁸³ *Caput* do art. 31-F da Lei 4.591/1964.

o empregarem na consecução do objetivo previamente definido, a construção de um empreendimento imobiliário.⁸⁴

Apesar de o patrimônio de afetação ter regulado da forma mais adequada e completa os efeitos do valor fidúcia, encontraremos estes dois vetores (proteção contra as demais relações jurídicas do fiduciário e de sua própria situação jurídica) em todas as espécies de propriedade fiduciária.⁸⁵

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em um trabalho afeto ao Direito Comparado, a principal preocupação do jurista deve ser, por certo, evitar o que Capistrano de Abreu denominou de “transoceanismo”,⁸⁶ isto é, a incorporação acrítica e mecânica dos conceitos e institutos alienígenas.

Para tanto, fugiu-se de numa análise ao estilo “cara-crachá”, pela qual os elementos do *trust* ou as idiossincrasias do sistema jurídico da *common law* seriam comparados, respectivamente à propriedade fiduciária e ao ordenamento jurídico brasileiro. Mesmo porque, como é inegável, cada espécie de propriedade fiduciária consagrada no direito brasileiro possui suas peculiaridades, o que de todo condenaria ao fracasso tal empreitada. Em uma modalidade vamos encontrar a posse dos bens divididas em posse direta e posse indireta, em outra vamos ter a constituição de um fundo para promover a adequada segregação patrimonial em relação ao fiduciário, em outra teremos a mera segregação contábil do patrimônio, e por aí vamos.

⁸⁴ “Art. 37-F. (...) § 1.º. Nos 60 (sessenta) dias que se seguirem à decretação da falência ou da insolvência civil do incorporador, o condomínio dos adquirentes, por convocação da sua Comissão de Representantes ou, na sua falta, de 1/6 (um sexto) dos titulares de frações ideais, ou, ainda, por determinação do juiz prolator da decisão, realizará assembléia geral, na qual, por maioria simples, ratificará o mandato da Comissão de Representantes ou elegerá novos membros, e, em primeira convocação, por 2/3 (dois terços) dos votos dos adquirentes ou, em segunda convocação, pela maioria absoluta desses votos, instituirá o condomínio da construção, por instrumento público ou particular, e deliberará sobre os termos da continuação da obra ou da liquidação do patrimônio de afetação (art. 43, inciso III); havendo financiamento para construção, a convocação poderá ser feita pela instituição financiadora.”

⁸⁵ Sobre este ponto, v. na doutrina brasileira fundamentalmente o trabalho de FABIAN, Christoph. Op. cit., passim.

⁸⁶ Sobre o termo e uma análise crítica de sua utilização, v. WEHLING, Arno. *Pensamento político e elaboração constitucional no Brasil: estudos de história das idéias políticas*. Rio de Janeiro: IHGB, 1994, p. 14.

Para superar esta encruzilhada, os elementos de comparação escolhidos foram os valores que subjazem ao *trust* e como eles foram refletidos em nosso ordenamento jurídico, na categoria da propriedade fiduciária.

Com isso, mesmo nesta pluralidade de situações de propriedade fiduciária espalhadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, foi possível não apenas uní-los em uma categoria única, como encontrar os reflexos do *trust*.

Nesse sentido, verificou-se que na propriedade fiduciária do Direito brasileiro encontram-se de forma implícita os mesmos valores que subjazem ao *trust* e que lhe conferem uma função relevante nas relações jurídicas hodiernas dos países que o reconhecem. E não é por outro motivo que a propriedade fiduciária, em especial na modalidade da alienação fiduciária em garantia, vem sendo o instrumento preferido em relação aos institutos civilistas mais tradicionais.

Por certo não é a propriedade fiduciária a única tentativa brasileira de “aclimatar” o *trust*, mas se trata da mais viável das alternativas “civilísticas” para tanto.

REFERÊNCIAS

ALVES, Vilson Rodrigues. *Alienação fiduciária em garantia*. Campinas: Millenium, 1998.

AMES, James Barr. The origins of uses and trusts. *Havard Law Review* 21. Cambridge, jan.-dez. 1908, p. 261-274.

ANGELO, Anthony H. Restitution of benefits acquired in breach of fiduciary relations. *International encyclopedia of comparative law: restitution – unjust enrichment and negotiurumgestio*. Chap. 9. Tübingen: MohrSiebeck, 2006. vol. 10.

ARESPACOHAGA, Joaquín de. *El trust, la fiducia y figuras afines*. Madri: Marcial Pons, 2000.

ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Quorum, 2008.

ATIYAH, Patrick Salim. *An introduction to the law of contract*. 5. ed. Oxford: Clarendon, 1995.

BONALDO, Frederico. *Consistência teórica do direito subjetivo de propriedade: uma leitura à luz da história do pensamento jurídico*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009.

BUZAID, Alfredo. Ensaio sobre a alienação fiduciária em garantia. *RT* 401/9-29. São Paulo: Ed. RT, mar. 1969.

CAMINHA, Uinie. *Securitização*. São Paulo: Saraiva, 2005.

CAVALCANTI, José Paulo. *O penhor chamado alienação fiduciária em garantia*. Recife: Companhia Editora de Pernambuco, 1989.

CHALHUB, Melhim Namem. *Trust: perspectivas do direito contemporâneo na transmissão da propriedade para administração de investimentos e garantia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *Da incorporação imobiliária*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. Afetação patrimonial no direito contemporâneo. *Revista Trimestral de Direito Civil* 29/111-147. Rio de Janeiro: Padma, jan.-mar. 2007.

_____. *Negócio fiduciário: alienação fiduciária*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

DAVID, René. *O direito inglês*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

EMERICH, Yaëll. Les fondements conceptuels de la fiducie française face au trust de la common law: entre droit des contrats et droit des biens. *Revue internationale de droit comparé* n. 1, 61^{ème} année, jan.-mar. 2009, p. 49-71.

FABIAN, Christoph. *Fidúcia: negócios fiduciários e relações externas*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao Código Civil: parte especial: direito das coisas*. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 15.

FERREIRA, Waldemar. O “trust” anglo-americano e o “fideicomisso” latino-americano. *Revista da Faculdade de Direito USP* 51/182-202. São Paulo: USP, jan.-dez. 1956.

FRATCHER, William F. Property and trust: trust. *International Encyclopedia of Comparative Law*. Chap. 11. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1973. vol. 6.

FRIEDMAN, Laurence M. *Storia del diritto americano*. Milano: Giuffrè, 1995.

GALLARATI, Alberto. La galassia del *trust* in *common law*: una questione di (ottimale) path dependence. *Supplemento annuale di studi e ricerche*. Milani: Cedam, 2008, p. 173-217.

GAMBARO, Antonio. Problemi in materia di riconoscimento degli effetti dei *trusts* nei paesi di *civil law*. *Revista di Diritto Civile*, anno 30. Milano: Padova genn.-febb. 1984, p. 93-108.

GOMES, Orlando. Contrato de fidúcia (“trust”). *RF* 211/11-20. Rio de Janeiro: Forense, jul.-set. 1965.

GONÇALVES, Aderbal da Cunha. *Da propriedade resolúvel: sua projeção na alienação fiduciária em garantia*. São Paulo: Ed. RT, 1979.

HAAR, Charles M.; LIEBMAN, Lance. *Property and law*. 2. ed. Boston/Toronto: Little Brown and Company, 1985.

LEPAULLE, Pierre. *Tratado teorico y pratico de los trusts*. México: Porrúa, 1975.

LIMA, Otto de Souza. *Negócio fiduciário*. São Paulo: Ed. RT, 1962.

MARTINS, Raphael Manhães. A teoria do inadimplemento e transformações no direito das obrigações. *RDPriv* 33/250-289. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. Os negócios fiduciários (considerações sobre a possibilidade de acolhimento do *trust* no direito brasileiro). *Ajuris* 48/54-79. Porto Alegre: Ajuris, dez.-mar. 1990.

MAUDSLAY, R. H.; MARTIN, Jill. E. *Modernequity*. London: Stevens and Sons, 1981.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Da alienação fiduciária em garantia*. 2. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. atual. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Ed. Coimbra, 2005.

OPITZ, Oswaldo; OPITZ, Silvia C. B. *Alienação fiduciária em garantia: aplicação da Lei 4.728, de 14.07.1965*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 1984, t. III, IV, V, XXI e LII.

REALE, Miguel. *O direito como experiência*. São Paulo: Saraiva, 1968.

_____. *Fontes e modelos no direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994.

RESTIFFE NETO, Paulo. *Garantia fiduciária: direito e ações*. 2. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Ed. RT, 1976.

SALOMÃO NETO, Eduardo. *O trust e o direito brasileiro*. São Paulo: Ed. LTr, 1996.

SCHULZ, Fritz. *Prinzipien des römischen Rechts*. Berlin: Duncker&Humbolt, 1954.

SERIO, Mario. Trust, contract e consideration. *Rivista di Diritto Civile* 5/509-521, anno XLIV. Padova, sett.-ott. 1998.

SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

SMITH, Roger. *Property law*. London/New York: Longman, 1996.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law: introdução ao direito dos EUA*. São Paulo: Ed. RT, 1999.

SOHM, Rudolf. *Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts*. Berlin: Drucker & Humboldt, 1949.

STONE, Richard. *Principles of contract law*. 3. ed. London: Cavendish, 1997.

VIANA, Marco Aurelio S. *Comentários ao novo Código Civil: dos direitos reais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. vol. 16.

WALD, Arnoldo. Algumas considerações a respeito da utilização do *trust* no Direito brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* 99/105-120. São Paulo: Malheiros, jul.-set. 1995.

WEHLING, Arno. *Pensamento político e elaboração constitucional no Brasil: estudos de história das idéias políticas*. Rio de Janeiro: IHGB, 1994.

WOLF, Manfred. *Sachenrecht*. 4. Auflage. München: C.H. Beck, 1982.

WORTLEY, B. A. Les *trust* et ses applications modernes en droit anglais. *Revue Internationale de Droit Comparé*. 4, 14^{ème} année. Paris, oct.-dec. 1962, p. 699-710.