

XXXII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO PAULO - SP

DIREITO EMPRESARIAL I

VIVIANE COÊLHO DE SÉLLOS KNOERR

RICARDO AUGUSTO BONOTTO BARBOZA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydée Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Ednilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Educação Jurídica

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - PR

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - SP

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - MS

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Comissão Especial

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UFRJ - RJ

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - PB

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - MG

Prof. Dr. Rogério Borba - UNIFACVEST - SC

D597

Direito empresarial I[Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Viviane Coêlho de Séllos Knoerr, Ricardo Augusto Bonotto Barboza – Florianópolis: CONPEDI, 2025.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5274-326-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Os Caminhos Da Internacionalização E O Futuro Do Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Empresarial. 2. Direito civil. 3. Contemporâneo.
XXXII Congresso Nacional do CONPEDI São Paulo - SP (4: 2025: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

XXXII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO PAULO - SP

DIREITO EMPRESARIAL I

Apresentação

O Grupo de Trabalho Direito Empresarial I, foi um espaço destinado à reflexão crítica e interdisciplinar sobre os desafios contemporâneos da atividade empresarial em um cenário marcado por crises econômicas, transformações tecnológicas e crescente complexidade regulatória. Os estudos que compuseram este GT demonstram a vitalidade da pesquisa jurídica aplicada ao ambiente de negócios, explorando temas que vão desde a governança corporativa e o funcionamento dos mercados até a estruturação de operações empresariais, mecanismos de prevenção de litígios e instrumentos de superação da crise.

No campo da insolvência e recuperação judicial, os trabalhos evidenciam o esforço de compreender a função econômica do direito na preservação da empresa viável. São exemplos disso as análises sobre a exclusão dos créditos de atos cooperativos, a criação de subclasses de credores e o papel da participação dos credores na elaboração de planos alternativos, bem como as discussões sobre o enquadramento jurídico dos honorários advocatícios e a importância da constatação prévia como instrumento técnico de diagnóstico. Essas pesquisas iluminam a tensão estrutural entre autonomia privada, preservação da empresa, proteção de credores e eficiência econômica, contribuindo para uma interpretação sistêmica da Lei nº 11.101/2005.

A interface entre governança corporativa, ética e integridade também marca presença relevante neste GT. Os estudos sobre compliance no cooperativismo gaúcho e sobre a prevenção da corrupção a partir da teoria dos stakeholders reforçam a necessidade de estruturas de controle alinhadas à responsabilidade social empresarial. Ao mesmo tempo, a discussão sobre pejotização e os posicionamentos do Supremo Tribunal Federal, com seus reflexos trabalhistas, arbitrais e tributários, exemplifica as complexidades jurídicas relacionadas à gestão de pessoas e à autonomia contratual na atualidade.

No plano da organização societária e das operações empresariais, temas como a função econômica dos contratos de fusões e aquisições, a responsabilização em joint ventures e a possibilidade de segregação patrimonial via trust sob a Convenção de Haia demonstram a sofisticação crescente das estruturas negociais e a importância da racionalidade contratual para a eficiência dos mercados. Complementarmente, o estudo sobre cláusulas contratuais

inovadoras em startups revela a relevância de mecanismos jurídicos criativos e adaptados à dinâmica dos ecossistemas de inovação, contribuindo para a prevenção de conflitos e a segurança jurídica dos investimentos.

No campo da contabilidade e análise econômica, o trabalho dedicado à importância do balanço patrimonial na tomada de decisões empresariais mostra como a informação contábil qualificada é indispensável para a gestão eficiente e para a própria compreensão econômica da empresa, ponto de convergência para diversos debates deste GT.

Por fim, o grupo acolhe reflexões que ampliam o diálogo entre o direito e outras rationalidades sociais. A discussão sobre jurisdição da prova penal algorítmica em empresas transnacionais evidencia os desafios impostos pela tecnologia e pela atuação global dos agentes econômicos. Já o trabalho que contrapõe destruição criadora e regulação democrática, a partir de autores como Schumpeter, Furtado, Polanyi e Benfatti, oferece uma leitura crítica sobre o papel do direito no equilíbrio entre inovação, desenvolvimento e proteção social.

Assim, este GT se apresentou como um espaço plural, no qual convergem perspectivas jurídicas, econômicas, tecnológicas e sociais. A diversidade dos temas aqui reunidos demonstra que o Direito Empresarial contemporâneo ultrapassa a simples normatividade e se consolida como campo estratégico para compreender e orientar as transformações do ambiente de negócios. Desejamos a todos um excelente encontro, com debates fecundos e contribuições significativas para o avanço da pesquisa e da prática jurídica no Brasil.

O TRUST DA COMMON LAW E A POSSIBILIDADE DE SEGREGAÇÃO PATRIMONIAL LAW ATRAVÉS DA CONVENÇÃO DE HAIA

THE COMMON LAW TRUST AND THE POSSIBILITY OF ASSET SEGREGATION LAW THROUGH THE HAGUE CONVENTION

João Paulo Vieira Deschk

Resumo

O instituto anglo saxão denominado trust surgiu na idade média como meio de transmissão de propriedade de terras e, após longo e intenso processo de transformação, apresenta-se na sociedade contemporânea como instrumento apto à administração de bens e direitos. Na configuração moderna, o trust se ajusta perfeitamente ao dinamismo da atual noção de patrimônio, possibilitando melhor exploração do potencial de bens, com razoável delimitação de riscos, propiciando maior segurança e inúmeras atividades típicas da sociedade contemporânea, entre elas a securitização de créditos, as aplicações em fundos de investimento e os negócios imobiliários. Sob a perspectiva da civil law, é extremamente difícil, senão impossível, ajustar o instituto dentro de uma das grandes categorias dos sistemas de origem romana, não obstante a abrangência dessas categorias; de plano, deve ser afastada a comparação com a fidúcia, pois esta tem natureza contratual, enquanto a doutrina majoritária do direito anglo-americano classifica o trust com instituto de direito das coisas. De outra parte, os próprios autores do direito anglo-saxão revelam ser difícil fixar-se uma definição satisfatória para o trust e, consequentemente, sua natureza jurídica.

Palavras-chave: Trust, Common law, Civil law, Convenção de haia, Segregação patrimonial

Abstract/Resumen/Résumé

The Anglo-Saxon institution known as trust emerged in the Middle Ages as a means of transferring land ownership and, after a long and intense process of transformation, presents itself in contemporary society as an instrument suitable for the administration of assets and rights. In its modern form, the trust fits perfectly with the dynamism of the current notion of wealth, enabling better exploitation of the potential of assets, with reasonable risk delimitation, providing greater security and enabling numerous activities typical of contemporary society, including credit securitization, investments in investment funds, and real estate transactions. From a civil law perspective, it is extremely difficult, if not impossible, to fit the institution into one of the broad categories of the Roman systems, despite the comprehensiveness of these categories. The comparison with a trust must be dismissed, as the latter is contractual in nature, while the majority doctrine of Anglo-American law classifies the trust as an institution of property law. Furthermore, the authors of Anglo-Saxon law themselves reveal that it is difficult to establish a satisfactory definition for the trust and, consequently, its legal nature.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Trust, Common law, civil law, Hague convention, Asset segregation

1. INTRODUÇÃO

O direito de maneira geral, possui grande dificuldade em atualização de conceitos e de legislação, devido a sua morosidade tanto dos bancos acadêmicos quanto legislativa.

De outro lado, o mercado, mais especificamente as relações negociais que orientam e movimentam o mercado, apresentam constantes mudanças e atualizações, que fazem com que o player que atua nesse mercado precise cada vez mais estar atento a essas mudanças.

Vale ainda iniciar a presente introdução tratando sobre a questão da internacionalização dos negócios, bem como a fácil interação entre os países e os agentes do comércio, que fazem com que as relações, transações e operações internacionais tomem corpo e passem a se tornar protagonistas no tocante ao comércio e a regulação do mesmo.

O presente trabalho tem por escopo analisar inicialmente o contrato de trust, que é oriundo dos países da common law, onde o proprietário do bem, transfere determinada parcela de seu patrimônio a um administrador que, seguindo as determinações expressas no instrumento que cria o trust, administra tal patrimônio, devendo destinar o benefício oriundo dessa administração e determinada pessoa ou causa.

Evidente que o conceito acima apresentado é uma rápida sintetização de um amplo conceito de um instituto jurídico presente e atuante nos países da common law, e que deriva de relações jurídicas oriundas dos regimes monárquicos dos séculos passados.

Porém, tal regime jurídico, ainda possui grande relevância e utilização nas relações não somente negociais, mas também interpessoais, visto o trust poder ser testamentário, onde, o administrador do patrimônio de terceiro, previamente indicado, irá destinar o fruto da administração àqueles herdeiros que, por força legal ou mesmo por disposição de vontade do testador¹, não terão como administrar a herança recebida.

¹ Menores ou pródigos, respectivamente.

Como já anteriormente citado, o presente trabalho possui em viés atrelado ao direito empresarial e ao mercado, que, por sua constante evolução, acaba por criar novos institutos, muitas vezes fazendo utilizando-se de institutos estrangeiros e, em algumas vezes, dando azo a consequências jurídicas não previstas, pela simples importação de conceitos e teorias.

2 – O TRUST

2.1 – Origem e Evolução histórica

Para uma mais fácil compreensão dos marcos iniciais do instituto sob análise, importante ter presente alguns dos principais aspectos das diferentes perspectivas sob as quais é concebida a noção do direito de propriedade em sistema legislativo da tradição romana e no direito inglês.

Nos países de tradição romana, a propriedade aparece como una, absoluta, principalmente ao se tratar do contexto histórico do conceito, temos que a ideia central é a da exclusividade da propriedade, em que se concentra na mão de um único titular. Há a indicação do direito real sendo aqueles previstos de maneira explícita pela lei.²

A formação do direito de propriedade na *commom law*, inicialmente tem por base que a propriedade se trata de uma ação real, é apenas aquela garantida pelo rei, pois conforme Rene David (1996) “ninguém exceto o rei, seria capaz de concentrar em suas mãos a totalidade dos atributos de uma propriedade (pois então a propriedade correspondia a soberania). Assim, para o direito inglês, não há possibilidade de exercício de uma propriedade plena sobre determinado imóvel.

Resta clara portanto uma primeira diferença entre a forma de análise do instituto do direito de propriedade no direito romano e no direito inglês, em que o direito romano trata de forma taxativa e enumerada as possibilidade do direito de propriedade, quando que no direito inglês a propriedade é verificada por um sistema totalmente aberto dando azo a criação de quantos tipos forem necessários ao atendimento das demandas sociais ou econômicas, observadas por óbvio, as vedações aos abusos e má utilização dos referidos institutos.

² Em que pese tratar-se do contexto histórico, faz-se a ressalva de que com o passar do tempo vivencia-se uma relativização do direito absoluto da propriedade tendo em vista a observância da função social da propriedade e outros institutos que acabam por mitigar as extensões ao direito uno da propriedade.

Por ser o tema do presente estudo, o *trust*, verificado nos países de tradição da *commom law*, é nítida versatilidade deste instrumento – *trust* – bem como sua capacidade de transformação e adaptação às necessidades daqueles contratantes.

Na Inglaterra do Século IX, começa-se a delinear a ideia do *trust*, quando as terras da nobreza foram tomadas por Guilherme I, que as concentrou em sua propriedade e começou a distribuí-las de acordo com o sistema feudal, sob a forma de *tenures*, isto é, uma concessão feita pelo senhor ao seu vassalo visando-lhe assegurar o seu legítimo sustento e permitir-lhe prestar ao seu senhor, o serviço requerido.

Nos sistemas de origem romana, a ideia fundamental é a de exclusividade da propriedade, concentrada em um único titular, não admitindo desmembramento, a não ser aqueles previstos de maneira explícita pela lei, ou seja, os direitos reais são limitados àqueles enumerados taxativamente pela lei, prevalecendo o princípio *numerus clausus*.³

A partir dessa concepção, é possível perceber a versatilidade do *trust*, sua capacidade de mutação e de adaptação às transformações econômicas e sociais; a partir dessa formulação, é possível compreender como o *trust* pode dar origem a um desmembramento dos direitos sobre a propriedade: cria-se, para o bem objeto do *trust*, um *legal estate*⁴, cujo titular é o *trustee*, e um *equitable estate*, cujo titular é o beneficiário (*cestui que trust*). Esses *estates* interagem na conformidade da determinada função que, em cada *trust*, se empresta à propriedade. Vista essa dinâmica sob a perspectiva do nosso sistema, é possível vislumbrar a interação de relações obrigacionais e reais, atuando segundo o conteúdo de cada um dos interesses e em vista da consecução do objetivo determinado no ato de constituição do *trust*.

Diante dessa dinâmica acima indicada, opera-se a constituição de um *trust* mediante entrega de certos bens a uma pessoa, para que deles faça uso conforme determinado encargo que lhe tenha sido cometido, repousando esse conceito na confiança depositada naquele que recebe os bens.

Para fins de conceituação e adequação terminológica pois, por se tratar de um instituto que não possui aplicação plena nos países da *civil law*, quão menos no Brasil, a

³ Vale neste ponto a ressalva das restrições que a cada vez mais limitam a extensão do direito subjetivo do proprietário, e que atingem diretamente seu conteúdo, como por exemplo o cumprimento da função social da propriedade.

⁴ Para o conceito de *estate* não há relevância a distinção entre direitos reais e pessoais. Para tanto, pode-se entender que o proprietário de um imóvel tem um *estate* sobre o bem, porém o locatário deste imóvel também possui um *estate* sobre o mesmo, valendo dizer que “o conteúdo de cada um desses *estates*, sem julgar necessário, nem mesmo útil, determinar sua natureza jurídica”

indicação dos partícipes do *trust*, e suas atribuições, se mostra como fundamental para o desenvolvimento e compreensão do tema. Valendo ainda indicar que na sequência será feita menção à Convenção de Haia, onde se busca uma aproximação do instituto do *trust* aos países da *civil law*.

2.2. Conceituação

O *trust* é um conceito originário do direito Inglês, que se espalhou pela jurisdição da *commom law*. É possível se definir o *trust*, como sendo uma relação jurídica de origem anglo-saxônica que permite que uma pessoa (*settlor*), passar a propriedade dos seus bens ou direitos, em *trust*, para uma outra pessoa (*trustee*) administrá-los. Além disso, o rendimento desses bens ou direitos será repassado para um beneficiário (*cestui que trust*).

O instituto do *trust* foi uma criação do direito da equidade para solucionar situações que não encontravam amparo dentro da *commom law*. À época de sua criação não havia solução satisfatória para a proteção dos bens de incapazes e da mulher casada. Surgiu, dessa necessidade, a figura do *trust*.

A *commom law* ignorava os direitos do beneficiário quando o *trustee* apresentava seu título dominial. Isso se dava porque o instituto da propriedade, sob a *commom law*, não poderia ser dividido. De acordo com Vieira (2007), “o direito da equidade acabou por reconhecer que ambos – *trustee* e beneficiário – tinham direito a propriedade do bem deixado em *trust*, cada qual com direitos proprietários distintos sobre o mesmo bem.”

Não há nada que impeça o próprio *settlor of the trust* de se nomear *trustee*, ou mesmo nomear uma mesma pessoa *trustee* e beneficiário junto com outros beneficiários. Neste caso, quando o *trustee* é também um dos beneficiários, todo cuidado deve ser tomado para que não haja um conflito de interesses, quando então, pelo direito da equidade o *trustee* seria responsabilizado por sua má-fé na administração do bem deixado em *trust*.

Numa análise romano-germânica do instituto David (1996) menciona que o jurista é levado a entender o *trustee* como um representante do incapaz ou da pessoa jurídica, uma vez que estes são, na verdade, os verdadeiros proprietários dos bens deixados em *trust*.

Assim, em linhas gerais, pode-se afirmar que o *trust* consiste na transferência da propriedade de bens a um administrador, por determinado período de tempo, em certas

condições, para que tal patrimônio seja gerido e reverta em favor de um beneficiário, que pode inclusive, ser o proprietário original⁵.

A definição do *trust* é tarefa que muitos autores pátrios buscam esclarecer, mas, contudo, pela dificuldade em visualizar tal instituto nos países de tradição romano-germânica, tal conceituação é atribuição ardilosa e divergente dentre aqueles que o fazem.

No entanto, dentro da *commom law*, o instituto funciona não como mera representação ou mandato. Trata-se de uma verdadeira transferência de propriedade do *settlor* ao *trustee*. O *trustee* pode administrar os bens deixados em *trust*, de acordo com o disposto no *trust instrument*, podendo inclusive dispor desses bens, e demais atos inerentes à propriedade, desde que previsto no referido instrumento.

A definição de *trust* é algo que demanda interpretação e muito estudo, e de início apresenta-se a definição de F.W. Mailand, citado na obra de David (1996) que apresenta a seguinte fórmula para a compreensão da ideia geral do instituto, vejamos:

“Quando uma pessoa tem direitos que deve exercer no interesse de outra ou para a realização de um objetivo especial dado, diz-se que essa pessoa tem os direitos em *trust* para a outra pessoa ou para o objetivo em causa, chamada de *trustee*.”

Por esse mecanismo o *trustee* torna-se proprietário de determinados bens, mas de todos os poderes inerentes à propriedade o *trustee* só pode exercer aqueles que sejam necessários para a consecução de determinado objetivo ou para beneficiar outra pessoa, conforme estiver prescrito no ato constitutivo do *trust*; vale dizer, os poderes conferidos ao *trustee* são um meio para consecução da finalidade estabelecida pelo *settlor* no ato de constituição do *trust*. Em suma, o *trustee* só detém essa propriedade em *trust*, para a outra pessoa ou para o objetivo em causa; logo, quando uma propriedade é transmitida em *trust*, os bens não são incorporados em termos plenos ao patrimônio do adquirente (*trustee*), mas vão acompanhados de encargos imputados a este último, daí por que passam a constituir um patrimônio de afetação, distinto do patrimônio do *trustee* e guardando autonomia em relação a este patrimônio, de modo que eventuais desequilíbrios sofridos pelo patrimônio do *trustee* não atingem os bens em *trust*.

⁵ De acordo com Melhim Namem Chalhub, “configura-se o *trust* pela entrega de certos bens a uma pessoa, para que deles faça uso conforme determinado encargo que lhe tenha sido cometido, repousando esse conceito na confiança depositada naquel que recebe os bens. CHALHUB,Melhin Namem. A Fidúcia no sistema de garantias reais no direito brasileiro. Disponível em www.felsberg.com.br/Portugues/Artigos/pPFiducia.html. acesso em 20/10/2019

Dada essa configuração, os bens em *trust* são tutelados por um regime jurídico peculiar, cuja finalidade é protegê-los em proveito das partes envolvidas, de acordo com a finalidade definida no respectivo ato jurídico.

O Professor D.M.W. Waters, citado por Forster (2013) apresenta um conceito bastante didático e funcional, pois traz, principalmente para aqueles não familiarizados com o tema e que são oriundos do sistema da *Civil law*:

“(i) Um *trust* consiste numa relação triangular entre o *settlor*, que também podemos denominar de testador ou instituidor, o qual transfere a titularidade de determinado patrimônio ao *trustee*, também denominado instituído ou substituto, o qual assume a obrigação de gerir e administrar o referido patrimônio em *trust* m favor do *beneficiary*, também dito beneficiário ou substituído. Designaremos alguma terceira pessoa a quem o *trustee* possa haver alienado algum bem em *trust* como terceira ou quarta pessoa.

(ii) As relações entre o *settlor*, o *trustee* e eventual terceira pessoa a quem o *trustee* possa ter alienado algum bem em *trust* foram historicamente regidas e desenvolvidas, na Inglaterra, pela *commom law*, ao passo que as relações jurídicas entre o *beneficiary* e a terceira pessoa a quem o *trustee* possa ter alienado algum bem em *trust* foram evoluindo a partir do *equity*.

(iii) Atualmente, e desde 1870, não há uma distinção judiciária ou procedural entre os regimes de *commom law* e *equity*. Entretanto, tal estudo é mantido por razões taxionômicas e históricas.

(iv) Se transfere o patrimônio afetado a T, o qual passa a deter-lhe a titularidade de pleno direito, e poderá vir a transferir a posse ou mesmo a propriedade a um terceiro, a que denominamos 3P, por ocasião de investimentos.

(v) Pela evolução dos procedimentos de *equity*, B possui direitos pessoais de compensação ou indenização contra T, sempre que este tenha malversado ou dissipado bem do patrimônio afetado. Por outro lado, B possui direitos reais de sequela contra 3P, sempre que, em T tendo agido em violação do *trust*, 3P haja

adquirido bens do *trust* sem a devida contraprestação de valia correspondente, ou, mesmo havendo pago o devido valor, 3P houvesse tido conhecimento da relação de *trust*. Nessa linha de raciocínio, caso 3P tenha transferido graciosamente o bem a 4P, B mantém seu direito real de sequela contra 4P e os demais adquirentes.

(vi) S não possui relação direta para com B. todas as relações de B passam, mediata ou imediatamente, por T, por aquilo que T fez ou deixou de fazer.

(vii) o próprio *settlor* poder ser o *trustee*, simultaneamente. Pode, inclusive, revestir-se, outrossim, da condição de beneficiário, desde que não seja o único. Em outras palavras, S pode deixar bens em *trust* para si próprio, também na condição de *trustee*, reservando vantagens financeiras para si próprio, na condição de *beneficiary*, reservando, todavia, referidos benefícios a outros beneficiários, após seu falecimento, por exemplo.

Considerando-se as atuais características da produção de bens e serviços e da circulação de capitais, aliadas a uma nova conformação dos direitos patrimoniais, são cada vez mais frequentes as situações em que se torna necessária a atuação de profissional para a administração de negócios, nas quais é indispensável a transmissão de bens ou direitos a pessoa tecnicamente habilitada para promover tal administração. Nos mercados financeiro e de capitais, essa administração é feita, em regra, por companhias administradoras.

Nesse gênero de negócio é muito comum o fundo de investimento, em que, para melhor aproveitamento do potencial econômico dos bens, organiza-se sua administração em carteiras, que são administradas por profissionais, com utilização de tecnologias que, em regra, são inacessíveis ao homem comum. Ao mesmo passo em que se obtém melhor resultado econômico e financeiro, essa modalidade de negócio comporta risco potencial para o investidor, por causa dos poderes que são concedidos à administradora. A estruturação do negócio, notadamente os mecanismos de proteção do investidor, é feita com elementos extraídos da noção do *trust*.

No campo do direito societário, o acionista pode transmitir a titularidade de ações da sociedade por tempo determinado a um *trustee*, para determinadas finalidades, entre elas o exercício do direito de voto.

Tendo por base as características acima indicadas, torna-se viável compreender o *trust* e sua ampliação de uso por se tratar de um instrumento com extraordinária versatilidade, que viabiliza sua aplicação nas mais variadas modalidades de negócios, ganhando grande amplitude de aplicação principalmente no direito dos negócios.

O *trust* torna possível o máximo aproveitamento do potencial econômico dos bens, ao mesmo passo que encerra mecanismos eficazes de responsabilização do administrador e de proteção dos direitos dos beneficiários, conjugando com eficiência elementos de versatilidade e segurança.

Para essa modalidades de negócio, e muitas outras que são indispensáveis a vida contemporânea, em que seja necessária ou conveniente a transmissão de bens somente para efeito de garantia, para administração ou para outra finalidade específica, em benefício do transmitente ou de quem este indicar, é essencial que os interesses sejam tutelados em termos precisos, mediante mecanismos que regulamente a separação patrimonial como meio de delimitação de riscos, para proteção dos beneficiários e segurança da relação jurídica.⁶

O *trust* reúne os elementos necessários a essa delimitação de riscos e por isso tem despertado interesse dos juristas de tradição romanística, que buscam identificar no instituto anglo americano elementos assimiláveis pelos sistemas da *civil law*, visando construir mecanismo que exerça funções semelhantes àquele instituto.

Trust significa *confiança*, mas esta não emana da lei ou do direito, senão da probidade e da consciência do *trustee* – assim, a restituição do bem, ou sua entrega ao *cestui que trust*, implicava apenas em dever de consciência do *trustee*, cuja implementação é assegurada pela intervenção judicial.

O *trustee*, que na *common law* era tido como único e verdadeiro proprietário, passou a caracterizar-se como um proprietário provisório, um intermediário, no plano das Cortes de *equity*; aí, o *trustee* passava a ter um direito legal (*legal right*) e o beneficiário um direito substancial de fruição (*equitable right*), sendo certo que, no conflito com a lei,

⁶ Lei 4591 de 16/12/1964, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4591.htm, acesso em 01/07/2022

prevalecia a equidade, podendo o beneficiário, portanto, assegurar seu direito mediante recurso à Corte.

Sizino Rodrigues (1995) ensina que a relação jurídica criada pelo *trust* é tripartida: uma das partes é o seu criador ou instituidor, chamado *grantor* ou *settlor*, a outra é o depositário da confiança, a quem passa o título legal, chamado *trustee*, e a terceira pessoa é aquela em benefício de quem o *trust* é instituído, chamada *cestui que trust* ou *beneficiary*.

Assim, por meio da constituição de um *trust*, um indivíduo transferia a propriedade de bens a outro, o *trustee*, para que este os explorasse no interesse de um terceiro, o beneficiário. Esta combinação era bastante utilizada, considerando-se as restrições ao direito de propriedade das mulheres e aos direitos hereditários dos menores. Contudo, a *common law* não dispunha de métodos efetivos para proteção dos direitos dos beneficiários, posto que considerava o *trustee* como único proprietário dos bens em relação aos quais o *trust* fora constituído e, por conseguinte, não reconhecia nenhum caráter juridicamente obrigatório ao respectivo compromisso assumido. Nesse contexto, o Chanceler passou a intervir, por meio do envio de uma ordem judicial ao *trustee*, impondo-lhe, de forma coercitiva, o cumprimento de sua obrigação. É válido frisar que a *equity* (como veio a ser chamada a jurisprudência do Chanceler) não era contrária, mas sim complementar à *common law*, na medida em que, embora reconhecesse a propriedade dos bens pelo *trustee*, atribui-lhe obrigações em face do beneficiário.

Por igual, também cabe destacar a definição de *trust* indicada por Reutlinger (1998) *in verbis*:

“A fiduciary relationship with respect to property, in which one person (the trustee) holds property (the trust res) for the benefit of another person (the beneficiary) with specific duties attaching to the manner in which the trustee deals with the property”

Oportuno destacar que nos países da *civil law* não existe uma definição universalmente admitida de *trust*, ao passo que o sistema anglo-saxão não sofre desta lacuna dado que o *trust* nasceu de uma concepção de equidade.

O *trust* é, portanto, em linhas gerais, a transferência de propriedade de bens a um administrador, por um determinado período de tempo, em certas condições, para que o patrimônio seja gerido e reverta em favor de um beneficiário, que pode, inclusive, ser o proprietário original.

É lícito concluir, portanto, que, segundo a *commom law*, o papel desempenhado pelo *trustee* não estava limitado a mera administração dos bens constituídos em *trust*. Na verdade, o *trustee* era considerado o efetivo proprietário dos referidos bens, podendo inclusive, praticar atos de disposição.

Ao *trustee* cabe exercer os direitos adquiridos em benefício de pessoas indicadas pelo instituidor do *trust*, chamado *settlor*, pessoas essas que, são chamados beneficiários ou *cestui que trust*.

Sob a perspectiva do sistema jurídico romano-germânico, é possível identificar, no *trust*, a interação de relações obrigacionais e reais, atuando segundo o conteúdo de cada um dos interesses e em vista da consecução do objetivo determinado no respectivo ato de constituição. (CHALHUB, 2001)

Contudo, o desmembramento da propriedade, tal como ocorre no *trust*, não encontra correspondência nos esquemas que nos são familiares, em que a propriedade corresponde à soma de três prerrogativas: usar, gozar e fruir.

3 - O *TRUST* NA E A POSSIBILIDADE DE SEGREGAÇÃO PATRIMONIAL

A compreensão do *trust* por países de tradição romano-germânica, ou seja, daqueles que adotam a *civil law*, não é algo que possa ser visualizado com certa facilidade pois, conforme se pode depreender deste estudo inicial, se trata da divisão da propriedade em formal e substancial, o que se apresenta como incompatível com a *civil law*, sistema adotado dentre outros países, no Brasil.

3.1 – A Convenção de Haia

Cumpre destacar, no âmbito internacional, a Convenção concluída em 01/07/1985, no âmbito da Conferencia de Direito Internacional Privado de Haia⁷, com o

⁷ Convenção relativa à lei aplicável ao *trust* e ao seu reconhecimento, concluída no âmbito da Conferência de Direito Internacional Privado da Haia. Assinada pelos seguintes países: Austrália, em 17/10/1991 (ratificada em 17/10/1991 e em vigor desde 01/01/1992); Canadá, em 11/10/1998, com ressalvas (ratificada em 20/10/1992 e em vigor desde 01/01/1993); China (apenas em relação à região administrativa especial de Hong Kong), em vigor desde 01/01/1992; Chipre, em 11/3/1998, (ratificada em 15/03/2017 e em vigor desde 01/06/2017); França, em 26/11/1991; Itália em 01/07/1985, (ratificada em 21/02/1990 e em vigor desde 01/01/1992); Lichtenstein, com adesão em 13/12/2004 e em vigor desde 01/04/2006; Luxemburgo, em 01/07/1985, (ratificada em 16/10/2003 e em vigor desde 01/01/2004); Malta, com adesão em 07/12/1994 (ratificada em 31/12/1995 e em vigor desde 01/02/1996); Monaco, com adesão em 01/06/2007 e em vigor desde 01/09/2008; Holanda, em 01/07/1985, (ratificada em 28/11/1995 e em vigor desde 01/02/1996); Panamá, com adesão em 30/08/2017 e em vigor desde

objetivo de estabelecer a lei aplicável aos *trusts* e seu reconhecimento, e que define o referido instituto com base nas seguintes características essenciais: (i) os bens formam uma massa separada do resto do patrimônio do *trustee*; (ii) os bens permanecem em nome do *trustee*; e (iii) o *trustee* tem o poder e o dever de administrar os bens de acordo com as condições estabelecidas no *trust*, sendo responsável pela sua gestão.

Ocorre que em 01 de julho de 1985, foi concluída e assinada a Convenção de Haia sobre a Lei aplicável aos *trusts* e sobre o reconhecimento deles, se tornando de extrema importância para a compreensão deste instituto pelos países da *Civil Law*, pois tal ordenamento tem por finalidade traduzir os principais efeitos do acordo em instrumentos que possam ser absorvidos pelos ordenamentos de tradição romano-germânica.

Já no seu preambulo, a referida convenção apresenta que o *trust* “como desenvolvido nas cortes de equidade de jurisdições da *commom law* e adotado com algumas modificações em outras jurisdições, é uma instituição jurídica única”, fica clara a intenção da aproximação do instituto primordialmente da *commom law*, ser adaptado e utilizado pelos países da *civil law*.

Quem busca uma definição de *trust* não deve, deixar de lado o exame do conceito formulado na XV Convenção de Haia, de 1985, que, em seu art. 2º, apresenta as características básicas para a identificação de um *trust*, embora não assegure de forma explícita, a extensão de qualquer direito real de sequela frente a terceiros de boa ou de má-fé:

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

- a) Os bens constituem massa separada, que não integra o patrimônio pessoal do *trustee*;
- b) A titularidade dos bens em *trust* fica em nome do *trustee* ou de pessoa por conta do *trustee*;

01/12/2018; San Marino, com adesão em 28/04/2005 e em vigor desde 01/08/2006; Suíça, em 03/04/2007, (ratificada em 26/04/2007 e em vigor desde 01/07/2007); Reino Unido, Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, em 10/01/1986, com ressalvas (ratificada em 17/11/1989 e em vigor desde 01/01/1992) e os Estados Unidos da América com adesão em 13/06/1988. Disponível em:
<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=59>, acesso em 23/10/2022.

- c) O *trustee* tem o poder e o dever, do qual deve prestar contas, de administrar, gerir ou dispor dos bens, de acordo com os termos do *trust* e com os deveres específicos que lhe são impostos pela lei. O fato de o *settlor* se reservar certos direitos e poderes e o fato de o *trustee* poder ter direitos na qualidade de beneficiário não são necessariamente incompatíveis com a existência de um *trust*.

O artigo 2º da Convenção de Haia supra citado, em consonância com o disposto no artigo 11 do mesmo diploma legal, trazem como a dificuldade em se admitir a segregação patrimonial nos países da *civil law*, principalmente no Brasil, onde se verifica a unicidade da titularidade patrimonial, presente e estudada em direito civil, nos capítulos destinados aos direitos reais.

Para tanto, o artigo 11 da Convenção de Haia assim dispõe:

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

- a) Que os credores pessoais do *trustee* não possam executir os bens em *trust*;
- b) Que os bens em *trust* não sejam arrecadados na hipótese de insolvência ou falência do *trustee*;
- c) Que os bens em *trust* não integrem o patrimônio da sociedade conjugal nem o espólio do *trustee*;
- d) Que os bens em *trust* possam ser reivindicados caso o *trustee*, em violação ao *trust*, tenha confundido os bens em *trust* com os seus próprios bens, ou deles disponha.

Contudo os direitos e obrigações do terceiro que detenha os bens em *trust* permanecem regidos pela lei aplicável segundo as regras de direito internacional da jurisdição competente.

Todo esse interesse despertado pelo *trust* justifica-se em razão da versatilidade de tal instituto jurídico, que permite sua aplicação nas mais variadas modalidades de negócios, maximizando o aproveitamento do potencial econômico dos bens, estabelecendo mecanismos eficazes de responsabilização do administrador e de proteção dos direitos dos beneficiários, de modo a conjugar, com eficiência, os valores da flexibilidade e da segurança.

Ora, a prática negocial atual, requer, cada vez mais, a atuação profissional na gestão de negócios, recomendado a transmissão de bens ou direitos à pessoa ou instituição tecnicamente habilitada para promover tal administração. Contudo, a transmissão de bens para efeito de garantia, para administração ou para outra finalidade específica, em benefício do transmitente ou de outro favorecido, somente se efetivará caso os interesses das partes estejam tutelados em termos precisos, mediante mecanismos que regulamentem a separação patrimonial como meio de delimitação de riscos, promovendo a proteção dos beneficiários e a segurança da relação jurídica, (WALD, 1995)

Com efeito, dentre as diversas utilidades do *trust*, pode-se atribuir especial destaque à função de administração de direitos patrimoniais do transmitente em favor do beneficiário, através da formação de uma espécie de patrimônio de afetação⁸, capaz de preservar a incolumidade do bem posto em *trust*, protegendo-o de eventuais vicissitudes a que possa estar sujeito o *trustee*.

Tratando-se do ordenamento jurídico brasileiro, originado do sistema jurídicos romano-germânico, é relativamente desconhecida a figura do *trust*, o exato

⁸ No que se refere aos patrimônios de afetação no direito nacional Caio Mario da Silva Pereira: “Os escritores modernos imaginaram a construção de uma teoria chamada da afetação, através da qual se concebe uma espécie de separação ou divisão do patrimônio pelo encargo imposto a certos bens, que são postos a serviço de um fim determinado. Não importa a afetação na disposição do bem, e, portanto, na sua saída do patrimônio do sujeito, mas na sua imobilização em função de uma finalidade. Tendo sua fonte essencial na lei, pois não é ela possível senão quando imposta ou autorizada pelo direito positivo, aparece toda vez que certa massa de bens é sujeita a uma restrição em benefício de um fim específico. Surgida na doutrina no fim do século passado (sic), generalizou-se, para compreender o dote, as garantias reais, as rendas vitalícias, as substituições, os bens enfitéuticos, etc. Em todos esses casos existem bens destacados do patrimônio de seu titular, e vinculados a uma destinação, que pode ser de garantia, de transferência ou de utilização. Apurada sua ocorrência, pode-se localizar a ação de credores sobre eles, com exclusão de outros, ou apenas preferencialmente, ou verificar-se a perda da liberdade de disposição dos bens afetados, sob pena de nulidade do ato que se realize, ou a afirmação do direito de sequela do beneficiário, na hipótese de serem transferidos para o patrimônio de outrem. Com a construção da teoria da afetação, uma corrente de juristas pretendeu atingir a doutrina tradicional da unidade do patrimônio, sustentando que aqueles bens constituem patrimônios de afetação, distintos e separados. Opera-se, assim, a cisão do complexo de bens, sustentando-se que, afora o patrimônio geral, há os especiais, destacados pela afetação.” PEREIRA, C. M. D. S. Instituições de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.p. 251-252

reconhecimento do referido conceito é fundamental. É evidente que o *trust* não se reveste apenas da característica de direito pessoal, oriundo de uma relação obrigacional, sob pena de retirar do *cestui que trust* de seus direitos subjetivos essenciais, subvertendo a noção de *trust*.(GOMES, 1965)

Ainda indicando o tratado pelo artigo 11 da Convenção de Haia, partindo-se da última estipulação disposta no texto, ela em verdade revela que, minimamente, deverá haver mecanismos de proteção do *beneficiary*, tendentes à recuperação dos bens indevidamente alienados, em violação do compromisso fiduciário, sempre que algum terceiro adquirente conhecesse da existência do *trust*, ou se o preço pago pelo bem alienado caracterizasse perda de valor em substância.

Resta claro, portanto, que os bens conferidos em *trust* passam a integrar um patrimônio especial, titularizado pelo *trustee*, que tem como característica principal não se confundir com o patrimônio pessoal do mesmo. Tal fato se concretiza pela afirmação da convenção de que os efeitos da falência e da insolvência não são atingidos pelo patrimônio em *trust*.

Além disso, os bens em *trust* não integram a herança do *trustee*, nem seu cônjuge possui quaisquer direitos sobre situações jurídicas que poderiam se apresentar sobre a titularidade dos bens em *trust*.

Vale ainda o exame do artigo 15 da Convenção, com uma inequívoca indicação de que o *trust* é dotado de características de direito real. Tal dispositivo alude a exceções à aplicação da Convenção sempre que, por algum motivo, possa advir algum conflito em relação à transferência de direitos de propriedade, ou direitos reais de garantia, à proteção de credores em matéria de insolvência, ou à proteção de terceiras partes de boa-fé.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por óbvio que tais ressalvas não teriam sentido de existir, bem como se mostrariam desnecessárias, caso as relações em *trust* não implicassem em consequências reais.

Vistos alguns conceitos de *trust*, bem como a conceituação apresentada pela Convenção de Haia sobre os *Trusts*, cujo intuito foi o de promover uma aproximação do instituto aos países cujos ordenamentos jurídico não reconheçam o *trust*, importante frisar eu esta conceituação é alvo de severas críticas por parte de juristas da *common law*, que afirmam ser este conceito fruto de um processo dedutivo, próprio dos codificadores, não

condizente com o método indutivo, claramente ligado a evolução do sistema jurídico inglês.

6. Referências

- CHALHUB, M. N. Trust: Breves considerações sobre sua adaptação aos sistemas jurídicos de tradição romana. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 790, p. 79-113, agosto 2001.
- DAVID, R. **O Direito Inglês**. São Paulo : Martins Fontes, 1997.
- DAVID, R. **Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo**. São Paulo : Martins Fontes, 1996.
- FOERSTER, G. **O Trust no Direito Anglo-American 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.
- GOMES, O. Contrato de Fidúcia (trust). **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 211, p. 11-20, Julho - Setembro 1965.
- PEREIRA, C. M. D. S. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- REUTLINGER, M. Trusts, and Estates, Essencial Terms and Concepts. 2. ed. New York: Aspen Publishers, 1998
- RODRIGUES, S. Os Trusts em face do Direito Brasileiro. **Revista Forense**, São Paulo, 1995.
- VIEIRA, A. C. Civil Law e Common Law: Os dois grandes sistemas legais comparados. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.
- WALD, A. Algumas Considerações a respeito da utilização do Trust no direito Brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 34, n. 99, p. 105-120, Julho - Setembro 1995.