

D
Instituto Mackenzie
Biblioteca George Alexander
Direito

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Publicação do
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado
e Biblioteca Tullio Ascarelli
e do Instituto de Direito Econômico e Financeiro,
respectivamente anexos aos
Departamentos de Direito Comercial e de
Direito Econômico e Financeiro da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Edição da
Editora Revista dos Tribunais Ltda.

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Fundador:

WALDEMAR FERREIRA

Diretor:

PHILOMENO J. DA COSTA

Diretor Executivo:

FÁBIO KONDER COMPARATO

Coordenador:

WALDIRIO BULGARELLI

Redatores:

ANTONIO MARTIN, CARLOS ALBERTO SENATORE, HAROLDO M. VERÇOSA, JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, MAURO DELPHIM DE MORAES, MAURO RODRIGUES PENTEADO, NEWTON DE LUCCA, NEWTON SILVEIRA, PAULO SALVADOR FRONTINI, RACHEL SZTAJN, VERA HELENA DE MELLO FRANCO.

Edição e distribuição da

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Rua Conde do Pinhal, 80 — Caixa Postal 678 — Fax (011) 607-5802
CEP 01501-060 - São Paulo, SP, Brasil

Diretor Presidente:

CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO

Diretor Superintendente:

ANTONIO BELLINELLO

Diretor Editorial:

JOSÉ ALAYON

Coordenadora Editorial:

MARIÂNGELA PASSARELLI

Diretor de Produção:

ENYL XAVIER DE MENDONÇA

MARKETING E COMERCIALIZAÇÃO

Diretor:

ROBERTO GALVANE

Gerente de Marketing: MELISSA TREVIZAN CHIBANE

Gerente de Administração de Vendas: KUNJI TANAKA

CENTRO DE ATENDIMENTO AO LEITOR: Tel. (011) 607-2433

Digitização e diagramação eletrônica: CHC INFORMÁTICA S/C LTDA., Rua Tabatinguera, 140, Térreo, Loja 2 — Tel. (011) 607-2297 — Fax (011) 606-3772 — CEP 01020-901 - São Paulo, SP, Brasil. — *Impressão:* EDITORA PARMA LTDA., Av. Antonio Bardella, 280 — Tel. (011) 912-7822 — CEP 07220-020 - Guarulhos, SP, Brasil.

SUMÁRIO

DOCTRINA

- Les groupements dans la vie économique — Arnaldo Wald 5
- Conversão de ações e relação de substituição diferenciada - Luiz Gastão Paes de Barros Leães 18
- Empréstimos ou adiantamentos a pessoas ligadas. Emissão de carta de crédito a favor de exportador estrangeiro, relacionada com importação feita por empresa de *Leasing* ligada — Renato A. Gomes de Souza 24
- As sociedades limitadas e o Projeto do Código Civil — Egberto Lacerda Teixeira .. 67
- A fraude no negócio jurídico subjacente e seus efeitos quanto ao crédito documentário — Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa 75
- Inexistência de “participação recíproca indireta” entre sociedades coligadas — Nelson Eizirik 83
- O moderno direito concursal — Jorge Lobo 87
- Aspectos constitucionais do sigilo bancário — Régis de Oliveira 98

ATUALIDADES

- Algumas considerações a respeito da utilização do “Trust” no direito brasileiro — Arnaldo Wald 105
- Cédula de procutu rural — CPR — Novo título circulatório (Lei 8.929/94) — Paulo Salvador Frontini 121

JURISPRUDÊNCIA

- Arguição de inconstitucionalidade — Tributário — Imposto de Renda — Lei 7.713/88 — Art. 35 — Acionista — Lucro não distribuído — Inconstitucionalidade — Eduardo Salomão Neto 127

NOTA BIBLIOGRÁFICA

- A sociedade unipessoal — Waldfrío Bulgarelli 142

NOTICIÁRIO

- Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli ... 143

- ÍNDICE ALFABÉTICO REMISSIVO 144

CURRICULUM DOS COLABORADORES DESTE NÚMERO

ARNOLDO WALD

Advogado em São Paulo e Paris; Professor Catedrático de Direito Civil da UERJ; Presidente do grupo brasileiro da Association Henri Capitant; Ex-Presidente da Comissão de Valores Mobiliários — CVM; Ex-Membro do Conselho Monetário Nacional

EDUARDO SALOMÃO NETO

Advogado em São Paulo; Doutor em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

EGBERTO LACERDA TEIXEIRA

Advogado em São Paulo

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

Prof. Doutor do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP

JORGE LOBO

Mestre em Direito Econômico pela UFRJ; Doutor e Livre Docente em Direito Comercial pela UERJ; Procurador de Justiça (aposentado) do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro; Professor de Direito Comercial da Escola da Magistratura — EMERJ e da Escola Superior do Ministério Público do Rio de Janeiro — FEMPERJ e advogado

LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES

Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

NELSON EIZIRIK

Advogado no Rio de Janeiro

PAULO SALVADOR FRONTINI

Advogado em São Paulo; Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Membro do Instituto Jurídico da Associação Comercial de São Paulo

RÉGIS DE OLIVEIRA

Professor Titular da Faculdade de Direito da USP

RENATO A. GOMES DE SOUZA

Advogado em São Paulo

WALDIRIO BULGARELLI

Professor Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP; Professor dos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da USP; Membro do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e "Biblioteca Tulio Ascarelli"; Instituto Paulista de Direito Agrário; Instituto dos Advogados de São Paulo e Instituto dos Advogados Brasileiros e da Academia Paulista de Direito

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DA UTILIZAÇÃO DO "TRUST" NO DIREITO BRASILEIRO

ARNOLDO WALD

Advogado em São Paulo e no Rio de Janeiro

1. Do objeto do estudo — 2. Da transposição de institutos jurídicos estrangeiros — 3. O "Trust" no Direito Anglo-saxão — 4. O "Trust" e o Direito Brasileiro — 5. Institutos de Origem Romana Similares ao "Trust" — 6. As diversas soluções referentes aos negócios fiduciários no Brasil — Vantagens e Desvantagens: 6.1 A solução societária; 6.2 O fideicomisso; 6.3 O usufruto; 6.4 Da Comissão Mercantil; 6.5 A fundação; 6.6 Do Negócio Fiduciário; 6.7 A procuração em causa própria — 7. Conclusão.

1. Do objeto do estudo

1. Poucos institutos tem sido examinados e discutidos, em todos os países, durante os últimos anos, com a intensidade com a qual se examinou os diversos aspectos do *trust*. Uma ampla biografia se desenvolveu, tanto dentro como fora dos países da *common law*, dividindo-se os juristas, advogados e homens de negócios quanto à necessidade ou utilidade de incluir o instituto nas legislações que não o conhecem.

2. Na França, projeto de lei ainda não aprovado criou uma forma *sui generis* de *trust* denominado *fiducia*, com algumas particularidades que se poderiam justificar naquele país, havendo todavia reservas por parte da administração e, em particular, do fisco, quanto à sua adoção.

3. A prática bancária internacional fez com que se admitisse o *trust* implantado em outros países, dando-lhe todos os efeitos adequados, sem todavia admiti-lo expressamente e de modo geral em nossa legislação.

4. Por outro lado, em determinados casos, como no dos fundos imobiliários,

a instituição financeira que administra fundos alheios tem verdadeira natureza de *trustee*, embora como tal não seja reconhecida. Podemos dizer que, em certo sentido, como um dos personagens de Moliere que falava em prosa e verso, sem sabê-lo, utilizamos o *trustee*, sob a denominação de agente fiduciário sem querer admitir a sua existência no direito brasileiro.

5. Os mecanismos criados recentemente tanto pelo legislador como pela prática bancária nos encorajaram todavia a examinar a matéria dedicando-lhe o presente estudo.

2. Da transposição de institutos jurídicos estrangeiros

6. O ordenamento jurídico de um país é antes de tudo um complexo lógico de normas. Mais importante do que se permitir ou se proibir este ou aquele determinado comportamento, é integrar-se o Direito de um povo de forma lógica e coerente, de maneira que se impeça a contestação ao sistema em decorrência de contradições internas, garantindo, assim, a segurança jurídica.

7. Para atingir os seus objetivos primordiais de distribuir a justiça e assegurar a ordem jurídica, é fundamental que as leis e o Direito, como um todo, sejam aceitos e legitimados pelos indivíduos. É o que só ocorre na medida em que se reconhece a existência de uma estrutura global coordenada que faça sentido e não se apresente como sendo uma colcha de retalhos constituída por normas inconsistentes ou contraditórias.

8. É comum ver-se, em institutos jurídicos estrangeiros, soluções para problemas locais. A importação de tais institutos, porém deve ser cautelosa, pois eles freqüentemente se baseiam em experiências e *background* culturais, idéias e conceitos totalmente estranhos ao universo em que se pretende aplicá-los, o que pode causar determinados problemas e uma fase de incerteza e insegurança até que as novas práticas se consolidem e a jurisprudência se sedimente na matéria.

9. A recepção, ou transposição, de um instituto estrangeiro necessita pois, de um exame em profundidade, especialmente quando a formação cultural e a técnica jurídica do país de origem e do que recebe a nova sistemática não são as mesmas.

10. Em texto clássico, transcrito em exórdio do presente estudo, Tullio Ascarelli comprovou que a diferença de linguagem é algumas vezes um maior obstáculo do que as próprias estruturas jurídicas, para que se chegue a um consenso no plano internacional. E, aliás, os comparatistas modernos tiveram o ensejo de evidenciar que existem, muitas vezes, analogias nas soluções consagradas nas várias legislações, embora utilizando técnicas e meios distintos para chegar às mesmas. É ainda Ascarelli que lembra que, mesmo entre países culturalmente próximos uns dos outros, como o Brasil e a Itália, a aparente identidade das normas pode ensejar

interpretações e aplicações diversas (Tullio Ascarelli, *Ensaio e Pareceres*, p. 413).

11. Se a lição do eminente mestre italiano se aplica em relação a dois direitos do mesmo sistema, inspirados em idêntica escala de valores e formação ideológica, *a fortiori* os seus ensinamentos incidem e se justificam quando se compara disposições de um país da *common law* e as de outro de direito escrito.

12. Também é preciso salientar, que existe, entre o Brasil e os Estados Unidos, uma diferença de técnica contratual e legislativa. Assim, na América do Norte, os contratos, como as leis, têm a característica de serem minuciosos e prolixos, esclarecendo a doutrina que a preocupação pela minúcia é decorrente da padronização das transações de rotina, com a tendência a empregar linguagem já consagrada em controvérsias anteriores, em virtude do desejo de evitar incertezas, especialmente nos casos que envolvem mais de um Estado. Reconhece-se, ainda, que a importância dada aos precedentes judiciais na *common law* influencia os juristas no sentido de prevenir, mediante cláusulas próprias, situações que já surgiram em litígios específicos suscitados no passado. Opõe-se, assim, tradicionalmente, o casuísmo dos contratos, das normas e das decisões norte-americanas, que, geralmente, são analíticos e exemplificativos, à generalidade das leis e disposições judiciais ou contratuais oriundas de países de direito escrito, que se inspiram nos princípios consagrados nos Códigos. Poder-se-ia dizer que se trata, no fundo, da diferença entre as mentalidades concreta e abstrata, indutiva e dedutiva, história e lógica. Essa situação se reflete nos próprios métodos da pedagogia jurídica, pois, no mundo anglo-saxão, o estudo do direito se fundamenta na análise do fato e da decisão judicial, no *case*

system, enquanto nos países de normas escritas o ponto da partida do raciocínio jurídico é sempre o conhecimento e a compreensão da regra legal.

13. Acresce que, no direito anglo-americano, a importância é dada à relação criada entre as partes e não ao contrato em si, como bem lembra Phanor J. Eder ao escrever que: "Once a legal relationship has been created as the result of a contract, we are inclined to give greater importance to that relationship than to the contract itself. In the Latin-American Codes, the chapters are entitled, for instance, Sale, Lease Surety, Agency. In our digests, we are more apt to find the phrases "vendor and purchaser", "landlord and tenant, "master and agent", "principal and surety", "principal and agent". It is the relation so created, rather than the contract itself, that tends to fix, by operation of law, the respective rights and duties of the parties. In Latin-American law, as in all Romanist systems, the chief role in securing and effecting the will of the actor is played by the legal transaction". (Phanor J. Eder, *A comparative survey of anglo-american and latin-american law*, N. York University Press, 1950, p. 56).

14. Ao contrário, no direito brasileiro, prevalece a estrutura contratual, com a aplicação das normas expressas e das normas legais, inclusive permissivas, que, em virtude do sistema, se consideram incorporadas no instrumento, que não as afastou expressamente.

15. Há, pois, um diferença básica no modo da concepção e elaboração dos contratos que decorre da própria manifestação e formação do direito e da educação do jurista. A diferença de linguagem existente entre o contrato americano e o contrato brasileiro não se limita ao uso de palavras em línguas diferentes. O espírito de ambos os direitos sendo distinto, é evidente que tanto a terminologia jurídica como os

princípios aplicáveis refletem essa divergência.

16. Ora, o *trust* constitui, como sabemos, um instituto tipicamente vinculado ao sistema da *common law*, asseverando-se até que é "o anjo-da-guarda do anglo-saxão, que o acompanha em tudo que é lugar, impassível desde o seu berço até o seu túmulo" (Pierre Lepaulle, *Traité théorique et pratique des trusts*, Paris, 1932, p. 114). Afirmou-se, por outro lado, que se trata da mais importante e mais original das criações dos juristas ingleses (F. W. Maitland), estando vinculado à estrutura dualista do direito anglo-americano, baseado, simultânea e complementarmente, na *common law* e na *equity*.

17. Nas últimas décadas, o *trust* passou a assumir uma maior relevância, tanto nos países que sofreram a influência direta ou a colonização inglesa, como também em numerosos outros de formação vinculada ao direito romano. Não só na África do Sul, na Luisitânia, no Canadá, mas também e, sob diversas formas, na Suíça, na Alemanha e em vários países latino-americanos, como o Panamá, o México e a Venezuela e, ainda, na Etiópia, no Japão, no Liechtenstein e no Luxemburgo, foram introduzidas técnicas de negócios fiduciários inspiradas no *trust*.

18. Até a França, que é muito conservadora no plano jurídico, já está propondo a inserção no velho Código de Napoleão de um capítulo referente à fidúcia, comprovando assim a inadiabilidade de uma reforma legislativa que introduza o instituto na sociedade contemporânea.

19. Por outro lado, o crescimento do comércio internacional e a internacionalização progressiva dos negócios bancários, assim como a maior importância desempenhada pelas instituições financeiras, tanto na gestão de fortuna, como nas participações acionárias, tornaram a

utilização do *trust* um verdadeiro e inadiável imperativo.

20. Toda uma literatura se desenvolveu, nos últimos anos, em relação ao *trust* e ao negócio fiduciário, que ressurgiu, procurando, nas suas fontes romanas, a forma de um instituto novo e moderno, com funções totalmente diferentes daquelas que teve no passado. Constitui, aliás, uma das consequências do misoneísmo dos juristas a estruturação de novos institutos sob formas e estruturas de institutos antigos, que desapareceram e perderam a sua razão de ser. Na realidade, como veremos, o negócio fiduciário moderno nenhuma ou muito pouca relação tem com o seu antepassado usado pelos romanos.

21. Assim, devido à imensa praticidade do *trust* e à sua expressiva significação econômica, a sua adaptação a sistemas jurídicos diversos, como o nosso, está sendo objeto de numerosos estudos.

22. Não é um desafio simples, muito embora seja importante. O escopo do presente trabalho é justamente analisar as possibilidades e dificuldades de se instituir um tipo de *trust* no Brasil, com ou sem legislação específica para este fim.

3. O "Trust" no Direito Anglo-saxão

23. A primeira coisa a se fazer é estudar as peculiaridades do *trust* nas legislações onde ele existe, para, depois, vermos de que formas se pode adaptá-lo ao Direito brasileiro.

24. Todos os estudiosos do assunto iniciam a explicação do *trust* pela história do Direito na Inglaterra medieval, que proporcionou o surgimento de um sistema jurídico *sui generis* que é a chamada *common law*, direito costumeiro, baseado nos precedentes judiciais, que foi adotado pelos reis ingleses, na Idade Média. Esse direito afastou-se

bastante do antigo Direito romano, cuja influência marcante fez-se sentir no continente europeu, especialmente na fase do Renascimento, quando, pela segunda vez, dominou o mundo, na lição de Ihering.

25. Com o passar do tempo, os tribunais ingleses começaram a desenvolver regras cada vez mais elaboradas, porém pouco flexíveis. O excessivo formalismo passou a ser uma grave restrição à distribuição da justiça, razão pela qual o rei, através do *chancellor*, que era responsável pelas petições dirigidas diretamente ao monarca, começou a dar outras soluções aos problemas que se apresentavam. O fundamento era a *equity* (equidade). Criaram-se, assim, dois sistemas judiciários, um do *common law* e outro da *equity*, que permaneceram estanques até meados do século passado, quando foram unificados (v. Derek Roebuck, *The Background of the Common Law*, Oxford University Press, 1988, pp. 73-74).

26. Em certo sentido, a diferença entre a *common law* e a *equity* correspondeu à existente, no direito romano, entre o tradicional direito civil (*ius civile*), de um lado, e, de outro, o *ius gentium*, comum aos romanos e aos estrangeiros, e o direito pretoriano, surgido nos tribunais para corrigir as eventuais iniquidades do direito escrito. A *fiducia cum amico* surgiu no direito romano como uma técnica para suprir a inexistência, na época, da cessão de crédito, do mesmo modo que a *fiducia cum creditore* foi uma das primeiras formas do direito de garantia.

27. No sistema peculiar da dualidade do Direito, torna-se possível a formulação de esquemas que são dificilmente aceitáveis na nossa concepção tradicional.

28. Orlando Gomes explica o nascimento do *trust* com base na distinção de *common law* e *equity*:

“Há que partir da peculiar distinção do Direito inglês entre a *common law* e a *equity*. No Sistema da *common law*, as obrigações nascem unicamente dos contratos e delitos (*torts*). Da entrega de bens a pessoa de confiança, para que os gerisse durante certo tempo, não nascia a obrigação jurídica de restituí-los, originando-se apenas, para o fiduciário, um dever de consciência. O negócio baseava-se, portanto, puramente na confiança, já que a restituição, pelo Direito comum, era judicialmente inexigível. Mas, pela *equity*, o dever de consciência comportava cumprimento coativo. O transmitente era considerado titular de direito fundado na equidade (*equitable right*), podendo, por conseguinte, apelar para a Corte da Chancelaria a fim de constranger o fiduciário a devolver os bens. Podia obter mandado *sub poena*, pelo qual se procedia ao seqüestro, dos bens, ordenada a prisão do fiduciário em caso de retenção.

A posição do fiduciário (*trustees*) encarava-se, diferentemente nas duas jurisdições. Para os tribunais comuns, era ele o único e verdadeiro proprietário dos bens, enquanto para a Corte da Chancelaria, não passava de simples intermediário, ou, quando muito, proprietário provisório. Tinha este um direito legal (*legal right*) e o beneficiário, a quem deveria entregar os bens, um direito de equidade (*equitable right*), e, como prevalecia a equidade no conflito com a lei, o direito do beneficiário assegurava-se pelo recurso à Corte da Chancelaria.

Por força dessa duplicidade, admitiu-se o desdobramento do direito, ficando o título da propriedade (legal title) com o fiduciário (*trustee*) e o domínio útil (beneficial use), com o beneficiário. Posteriormente, pelo Statute of Uses, conferiu-se título legal ao beneficiário, subsistindo, entretanto, o conflito entre os tribunais em relação ao *trust* especial. Afinal, com a condensação da

jurisprudência da Corte de Chancelaria no *Trustees Act*, em 1893, o instituto tomou seus contornos decisivos”. (Contrato de Fidúcia (*trust*), in RF 211/12.)

29. O *trust* é, portanto, em linhas gerais, a transferência da 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.

30. A relação jurídica tem três faces, como anotou Sizino Rodrigues:

“A relação jurídica criada pelo *trust* é tripartida: uma das partes é o seu criador ou instituidor, chamado “grantor”; a outra é o depositário da confiança, a quem passa o título legal, chamado *trustee*, e a terceira é aquela em benefício de quem o *trust* é instituído, chamada *ceui que trust* ou, melhor, *beneficiary*. (Os *Trusts em face do Direito Brasileiro*, in RF XCIX/315.)

31. De fato o *trust* é um negócio construído em torno da confiança (*trust*) que o *grantor* (ou *settlor of trust*) deposita no *trustee*. A titularidade da propriedade se desdobra em duas pessoas, sem que haja condomínio, numa situação que lembra a superposição de propriedades, que existia no “anfiteatro enfitêutico” medieval. O *settlor* mantém um direito obrigacional e o título do *trustee* é um direito real mas condicionado pelas regras e objetivos do *trust* que se estabeleceu.

32. Com efeito, muito embora os *Judicature Acts* de 1873 tenham fundido os tribunais de *common law* e de *equity* num único aparelho judiciário, o Direito inglês permaneceu dual, tanto com regras de uma origem como de outra. Como assinala Derek Roebuck (ob. cit., p. 78), continuam a existir dois sistemas, como fica evidenciado pela distinção entre *legal ownership* e *equitable ownership* no caso do *trust*.

33. Nos Estados Unidos, que herdaram a tradição jurídica inglesa, o *trust* se desenvolveu sobremaneira, especialmente com a criação do *trustee* profissional, remunerado pelo seu serviço. (v. José Tomaz Nabuco, *Trusts e Trustees — sua origem e natureza*, in RF XCVI/267.)

34. Poder-se-ia até dizer que não há como conceber, nem compreender, todo o desenvolvimento da civilização americana, especialmente nos campos da cultura, da pesquisa, das universidades e das fundações, nos planos da saúde e da filantropia, e, especialmente, na área bancária e negocial, sem reconhecer o papel primordial que nela desempenhou o *trust*.

35. Alguns diplomas recentes vem definindo com maior clareza os elementos essenciais do *trust*, como a conferência internacional realizada em Haia em 1984, sobre Direito Internacional Privado em matéria de *trust*, ou o *Recognition of Trusts Act* de 1986, na Inglaterra (v. Jeffrey Hackney, *Understanding Equity and Trusts*, Fontana, Press, 1987, pp. 27-28). São eles:

a) os bens formam uma massa separada do resto do patrimônio do *trustee*;
b) os bens ficam em nome do *trustee*;
e

c) 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.

36. Várias são as utilizadas práticas do *trust*, desde negócios simples até a administração de grandes fortunas, e efetivação de disposições testamentárias, a representação dos interesses de debenturistas ou acionistas de sociedades ou mesmo a prática de atos de liberalidade.

37. Este engenhoso instituto jurídico, entretanto, é tão ligado ao Direito em que foi criado que tem sérios problemas de adaptação a outros sistemas jurídicos.

4. O “Trust” e o Direito Brasileiro

38. Como já vimos, o fundamento básico do *trust*, sem o qual ele não pode existir, é a dupla propriedade dos bens, num esquema de alta maleabilidade, mas, ao mesmo tempo, com segurança para todas as partes envolvidas no negócio.

39. Ocorre que, nos direitos de origem romana, prevalece o princípio da unicidade do domínio e da incindibilidade do direito subjetivo do proprietário, não podendo terceiros exercer em nome próprio direito de ação relativo à pretensão de outrem.

40. Assim, em nosso Direito, a propriedade é una, ainda que exercida por diversos titulares. Como já tivemos a oportunidade de assinalar, uma das características da propriedade é a exclusividade, “por não se admitir que mais de uma pessoa possa exercer o mesmo direito sobre determinado objeto. No caso do condomínio, o que ocorre não é a propriedade de diversas pessoas sobre o mesmo objeto, mas a de cada condômino sobre uma fração ideal do objeto em condomínio” (Arnoldo Wald, *Direito das Coisas*, RT, 7.^a ed., p. 106).

41. Assim, não é fácil conceber, no Direito brasileiro tradicional, a duplicidade da propriedade, como ocorre no *trust* embora já exista uma situação análoga — mas não idêntica — na alienação fiduciária em garantia.

42. Efetivamente, no direito anglo-americano, a *equitable ownership* detida pelo beneficiário é a sua garantia maior de que o *trust* será administrado no seu interesse, permitindo-lhe a tomada de medidas drásticas para a defesa de seus direitos. Como anotam David B. Parker e Antony R. Mellows:

“If the trust is not being properly administered, the beneficiary can take steps to compel its proper administra-

tion, and in any case may take certain action to preserve his position. Ultimately, however, the destiny of the trust may lie in his hands, for if various conditions are fulfilled, he can bring the trust to an end even if this appears contrary to the wording of the trust instrument." (*Law of Trusts*, Sweet & Maxwell, 1966, p. 303).

43. No Direito brasileiro, em virtude da exclusividade da propriedade, se alguém transfere um bem a outrem, ainda que com cláusula de retransmissão a um terceiro, ou de reversão a ele mesmo, o direito daí decorrente é pessoal, e não real, e, portanto, resolve-se em perdas e danos, embora reconheça a nossa legislação a propriedade resolúvel (art. 525 do Código Civil).

44. Admite-se, em nosso direito, o negócio fiduciário, que se distingue do *trust*, pois, como afirma Orlando Gomes:

"De construção semelhante, mas sem ter igual eficácia, é o negócio fiduciário admitido nos sistemas jurídicos de filiação romana.

Caracteriza-se pela excedência do meio sobre o fim, desdobrando-se em negócio dispositivo e obrigacional. Compõem-se, assim, de dois elementos: a transmissão real de um direito e a obrigação do adquirente de 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. Em suma, o negócio translativo não é limitado inteiramente pelo negócio obrigacional. Acontece, ainda, que, se o adquirente se dispuser a restituir o bem recebido, terá de realizar novo negócio translativo.

Assim, os dois contratos, o que cria a obrigação de transferir e o que origina a obrigação de restituir, conservam sua individualidade, produzindo, cada qual, seus efeitos próprios, de modo indepen-

dente, fundidos, porém, num só negócio pela *causa fidúciae*.

(...) a obrigação de reverter o bem transferido corresponde a simples direito pessoal do fiduciante, que não tem, por sua natureza, suficiente força para atrair ao patrimônio do credor o bem que alienara. Corre ele, em consequência, manifesto risco, porquanto se o fiduciário não proceder com lealdade, nenhuma possibilidade terá de que volte a seu domínio o bem transmitido com a cláusula de reversão." (ob. cit., p. 12 — grifamos)

45. Outra dificuldade que existe no direito brasileiro decorre do art. 591 do CPC que reza que:

"O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei."

46. Assim, salvo estipulação legislativa em contrário, qualquer bem do devedor pode, em tese, ser objeto de execução, não havendo como opor a qualquer credor do fiduciário o contrato existente entre ele e o fiduciante.

47. Conclui-se que, transferida a propriedade de certos bens a um fiduciário e passando este a ser o dono exclusivo de tal patrimônio, os bens passariam a estar expostos a qualquer execução de dívidas do fiduciário, com as quais fiduciante e beneficiário nenhuma ligação têm. Da mesma forma, estariam sujeitos a uma eventual falência do fiduciário (art. 39 da Lei de Falências) pois, a falência compreende todos os bens do devedor.

48. Esses riscos não existem no *trust* dos países do *common law* em virtude tanto da dupla propriedade, quanto do princípio de que os bens dados em *trust* formam uma massa separada do resto do patrimônio do *trustee*.

49. Não há dúvida que se poderia evitar, em parte, tal risco com a inclusão de cláusula de impenhorabilidade do bem,

mas tal regime poderia impedir, na prática, uma ágil e eficiente administração dos mesmos, que, em última instância, é o objetivo principal do negócio, sendo difícil, assim, a transmissão do *trust* para o direito brasileiro sem legislação própria.

5. Institutos de Origem Romana Similares ao “Trust”

50. Como assinalamos, o Direito romano conhecia a figura do contrato de fidúcia, pelo qual uma das partes, o fiduciário, recebia da outra, o fiduciante, uma coisa, e assumia a obrigação de lhe dar uma certa destinação ou restituí-la ao fiduciante.

51. A estrutura da fidúcia do Direito romano era bastante semelhante à do negócio fiduciário. Duas eram as funções básicas do contrato:

- a) a garantia real conferida ao credor (*fiducia cum creditore*); e
- b) o meio de realização da transferência de um determinado objeto a terceiro (*fiducia cum amico*).

52. Com o decorrer do tempo, o surgimento de novas formas contratuais, como o penhor, de um lado, e o comodato, de outro, fez com que a fidúcia desaparecesse, especialmente em função do seu excessivo formalismo.

53. Hoje, em vários países nos quais o Direito tem raízes romanas, existe a tendência de se adaptar o *trust* aos seus sistemas jurídicos, sob a forma de negócio fiduciário, partindo, principalmente, de dois pontos:

- a) a liberdade de contratar, ressalvadas as normas de ordem pública; e
- b) a adaptação dos princípios do *trust* a institutos derivados da antiga fidúcia.

54. A maioria dos países do sistema romano-germânico consagra a autonomia da vontade e tem regras semelhantes à do art. 82 do nosso Código Civil, pelo qual sendo as partes capazes, o objeto lícito e a forma prescrita ou não defesa

em lei, qualquer ato jurídico é válido. Salvo disposição legal imperativa em contrário, pode-se fazer qualquer tipo de contrato, assegurando-se não somente a liberdade de contratar (ou não contratar), mas, ainda a liberdade contratual, que consiste na escolha das formas e dos instrumentos contratuais (típicos ou atípicos, nominados ou inominados) e das cláusulas a serem neles inseridas.

55. Como já vimos, porém, o *trust* parte de conceitos estranhos a estes sistemas jurídicos, e, portanto, necessita de expressa previsão legal para poder existir. Alguns países assim fizeram, como o Japão, o Panamá e o Luxemburgo, que incorporaram, de forma praticamente integral, o instituto.

56. Na França está em vias de ser votado um projeto de lei, apresentado pelo Ministério da Justiça, que possibilita atingir os resultados práticos do *trust*. Trata-se de um projeto definindo o contrato de *fiducie*, que já existia no Direito francês como contrato inominado (v. Claude Witz, *La Fiducie en Droit Français*, Economica, 1980), mas que, agora, recebe novas características, como a previsão da separação dos bens (transferidos ao fiduciário) do resto de seu patrimônio.

57. De fato, desde que a França assinou a convenção de Haia sobre Direito Internacional Privado, em matéria de *trust*, o país estava na curiosa situação de, a partir da ratificação do tratado, reconhecer em *trust* instituído no exterior, ao passo que seria proibido contratá-lo no próprio país (Frédéric Peltier, *La Fiducie — Perspectives pour les Banques*, in *Banque & Droit* n. 12, jul.-ago./90, p. 168).

58. Na Suíça, onde a grande importância das entidades bancárias faz com que haja um interesse efetivo em se aproveitar das vantagens econômicas proporcionadas por um tal instituto jurídico, o *trust* é inviável na sua forma anglo-americana, muito embora, como

salienta Dominique Alois Dreyer, nada impeça a sua adoção por meio de modificações da legislação (*Le Trust en Droit Suisse*, Librairie e L'Université de Genève, 1981, p. 44) ou, de acordo com a legislação vigente, como simples contrato fiduciário.

59. O Tribunal Federal Suíço, julgando o caso *Harrison v. Crédit Suisse* (v. Daniel Guggeheim, *Les contrats de la Pratique Bancaire Suisse*, Librairie de L'Université de Genève, 1981, pp. 251-252), tomou um posicionamento interessante. Embora, reconhecendo inexistir o *trust* no Direito suíço, reconheceu a validade do contrato, que chamou de "combinação de atos jurídicos", por ter constatado que, no caso, não houve violação de nenhum preceito de ordem pública.

60. O fato é que também a Suíça conhece e pratica de modo amplo, especialmente no setor bancário, o chamado "contrato fiduciário", muito embora não seja regulado pelo Código de Obrigações. Há discussão na doutrina e na jurisprudência, para saber se, em caso de falência do fiduciário, os bens sob sua administração fariam parte da massa (Gauch, Schluemp e Tercier, *Partie Générale du Droit des Obligations*, Tomo I, Editions Schulthess, 2.^a ed., p. 739). A maioria da doutrina entende que sim, o que, como á foi exposto, é contrário ao espírito do *trust*.

61. Na Itália, apesar de algumas opiniões em contrário, também se aceita, em geral, o negócio fiduciário, que Alessandro Bertini, classifica como de efeito real-obrigatório (*I Negozi Fiduziari di Preparazione dell'Adempimento*, Giuffrè, 1940, p. 5). O efeito real é a transferência da titularidade do direito e o feito obrigatório (ou obrigacional) é aquele a cargo do acipiente, que deve usar o direito transferido de um determinado modo, de acordo com as instruções por ele recebidas do fiduciante.

62. No Direito alemão, o art. 185 do BGB (Código Civil) permite que uma pessoa, que não é titular de direito sobre um bem, possa dispor do mesmo, quando autorizada pelo legitimado. No caso, porém, que se assemelha ao de mandato, a disposição se dá por meio de representação e não em nome próprio.

63. Esta representação difere da titularidade fiduciária. Karl Larenz lembra uma decisão dos tribunais alemães que define como relação fiduciária aquela em que o fiduciante confia ao fiduciário um objeto de seu patrimônio para administração, em nome próprio, mas em benefício alheio (*Derecho Civil — Parte General*, Edersa, 1978, tradução de Miguel Izquierdo, p. 764). O fiduciário tem obrigação de não se afastar dos fins para os quais o negócio foi feito e, na maioria das vezes, de prestar contas e devolver o bem no fim do prazo estabelecido (Karl Larenz, *ob. cit.*, p. 765). O que nasce daí, porém, é apenas uma obrigação, que se resolve em perdas e danos.

64. No Brasil, vários são os contratos típicos existentes com fundo fiduciário. A maioria deles, porém, especialmente os que não foram objeto de regulamentação legal específica, apresenta problemas para a persecução dos objetivos que se atingem através de um *trust*, como veremos no próximo capítulo. Por este motivo, o Projeto do Código de Obrigações pretendeu criar o contrato de fidúcia, que nada mais seria do que a introdução do *trust* no Direito brasileiro.

65. De acordo com a definição do art. 672 do Projeto (de 1965), ocorreria a fidúcia quando uma das partes, recebendo, da outra, bens móveis ou imóveis, assumisse o encargo de administrá-los em proveito do instituidor ou de terceiro, tendo a livre administração deles, mas sem prejuízo dos direitos do beneficiário.

66. Conforme anotou o relator do projeto, nem todos os elementos do *trust* de origem inglesa seriam adotados. Exigir-se-ia, por exemplo, sempre um contrato escrito, e, no caso de imóveis escritura pública e registro, ao passo que no *trust* original admite-se que os direitos do beneficiário sejam regulados em documento secreto (verbete *Fidúcia e Negócio Fiduciário*, in Enciclopédia Saraiva do Direito, 1977, vol. 37, p. 200). Estabelece-se, porém, no Projeto, a idéia do patrimônio separado (os bens dados em fidúcia não se misturam com o resto do patrimônio do fiduciário), que é essencial ao instituto.

67. O contrato de fidúcia concebido e regulado no Projeto do Código de Obrigações não é o ideal, mas, certamente, seria melhor e mais eficiente, na maioria dos casos, do que qualquer dos instrumentos hoje existentes.

6. As diversas soluções referentes aos negócios fiduciários no Brasil — Vantagens e Desvantagens

Diversos são os negócios fiduciários no Direito brasileiro, e já há algum tempo vem se tentando viabilizar, através deles, um contrato que gere os efeitos de um *trust*.

69. Examinaremos sucessivamente a solução societária, o fideicomisso, o usufruto, a comissão mercantil, a fundação, o negócio fiduciário e, finalmente a procuração em causa própria, deixando-a para ser estudada em último lugar e detendo-nos, mais profundamente, em relação à mesma, por ser uma das opções inovadoras e fecundas do estudo que nos foi apresentado.

6.1 A solução societária

70. Como é público e notório, o Citibank vem oferecendo um serviço pelo qual afirma se atingem os efeitos do *trust*. O negócio se dá através da

criação de sociedades administradas pelo banco, mas cujo capital pertence ao cliente, que disciplina os limites da administração.

71. As vantagens apregoadas pelos criadores do sistema seriam uma boa dose de privacidade, a revogabilidade a qualquer tempo e a prestação de contas constante ao cliente, além da agilidade de uma administração profissional e da possibilidade de organização da sucessão ainda em vida (*Citibank cria Administração de Fortunas*, matéria de Flávia Varela, in *Folha de S. Paulo*, 14.8.90, caderno Negócios, p. 4).

72. O grande atrativo deste esquema é a sua flexibilidade, sendo cada sociedade montada de acordo com o interesse do cliente, que poderá, eventualmente, até ter várias sociedades, de conformidade com os seus interesses. Apresenta, ainda, a vantagem de o cliente sentir-se seguro, por ter meios jurídicos de fazer valer a sua vontade expressa nos documentos societários. É ainda a solução que mais se aproxima da noção do “patrimônio separado”, pois os bens ficam em nome da nova sociedade que é criada e na qual o instituidor mantém uma posição de controle.

73. Por outro lado, é indiscutível que as sociedades em geral estão sujeitas a dois graves inconvenientes, que são a burocracia de registros, escrita contábil, etc. e uma considerável carga tributária.

74. É verdade, também, que a disposição dos bens em caso de morte do cliente não é assunto tão simples, posto que a participação na sociedade deverá ser abrangida no inventário.

6.2 O fideicomisso

75. O fideicomisso é outro instituto que apresenta pontos de contato com o *trust*. Pelo art. 1.733 do Código Civil, o testador pode deixar um bem a determinada pessoa, o fiduciário, para que este, em determinado prazo ou condi-

ção, transmita o bem a outrem. A propriedade do fiduciário é do tipo resolúvel (Arnoldo Wald, *Direito das Coisas*, cit., p. 168), passando ao fideicomissário, por ocasião do advento do termo ou condição.

76. O caso do fideicomisso é bastante interessante porque a propriedade do fiduciário, embora resolúvel, é plena. Ademais, o fideicomissário pode tomar medidas conservatórias necessárias ao resguardo dos seus direitos, bem como reaver o bem quando implementado o termo ou condição, mesmo que este tenha sido alienado a terceiros (Arnoldo Wald, *Direito das Sucessões*, RT, 7.^a ed., p. 167).

77. Embora entendamos que pode haver doação com cláusula de fideicomisso, ou seja, admitamos a sua instituição por ato *inter vivos* e essa também seja a posição do Supremo Tribunal Federal, não podemos considerar a matéria como totalmente mansa e pacífica, em virtude de algumas decisões recentes em sentido contrário dos tribunais locais, que não foram reformadas pelo Superior Tribunal de Justiça.

78. O esquema jurídico do fideicomisso, porém, é rigidamente previsto em lei, para casos específicos. Se feito de forma modificada para se atingir os efeitos de um "*trust*" *inter vivos*, corre o risco de vir a ser impugnado judicialmente por alegações de que seria um testamento por via oblíqua, sem atendimento das exigências legais.

6.3 O usufruto

79. Igualmente o usufruto pode proporcionar certas condições para se obter resultados próximos aos do *trust*. De acordo com a definição do art. 713 do Código Civil, o usufruto é o "direito real de fruir as utilidades e frutos de uma coisa, enquanto temporariamente destacado da propriedade".

80. Entre os seus atrativos, poderíamos destacar justamente a sua temporariedade, já que o usufruto se institui por tempo limitado, além de se extinguir, também, no caso de cessação da causa que o originou (Código Civil, art. 739, III). Ademais, o nu-proprietário, de quem é retirada a administração dos bens, tem direitos que o resguardam (Código Civil, art. 729).

81. Há, evidentemente, dificuldades nessa solução. Muito embora o usufrutuário tenha o uso e gozo da coisa, dela, em tese, não pode dispor e tal fato limita, de certo modo, a administração dinâmica dos bens.

82. Não se esqueça, também, que no *trust* a administração do patrimônio se dá em favor de um terceiro beneficiário, ao passo que o usufrutuário a faz em seu próprio interesse. Seria necessário um contrato em apartado para definir os direitos do beneficiário, contrato este com efeitos meramente obrigacionais, a menos que se cumule o usufruto com o fideicomisso. Cabe salientar que, em certos casos, o usufruto tem sido eventualmente utilizado para a gestão de empresas, como ocorreu no caso das ações do Crefisul.

6.4 Da Comissão Mercantil

83. Existe ainda a comissão mercantil, instituto disciplinado nos arts. 165 e ss. do Código Comercial. Trata-se de representação sem mandato, na qual o comitente não aparece, agindo o comissário em seu próprio nome por conta do comitente.

84. Na comissão mercantil, porém, não se transfere o bem ao comissário, como no caso do *trust*, no qual o *trustee* se investe na propriedade. O comissário, entretanto, responde por perdas e danos na hipótese de não seguir as instruções recebidas.

85. Pelo art. 185 do Código Comercial, se as contas prestadas ao comitente

não estiverem perfeitas, o comissário pode ficar sujeito a processo criminal por furto. Por outro lado, se revogado o mandato antes do prazo convencional, sem culpa do comissário, é ele credor de pelo menos metade da comissão convencional (art. 188 do Código Comercial).

86. Não podemos esquecer, porém, que além de ser igualmente disciplinada de forma rígida, a comissão mercantil se limita a negócios mercantis, ao passo que o *trust* tem um alcance muito mais amplo. Dificilmente se caracterizará a mera administração do patrimônio como um negócio tipicamente comercial. De qualquer modo, cabe lembrar que a gestão fiduciária, realizada pelos bancos, aplica os princípios da comissão mercantil.

6.5 A fundação

87. Orlando Gomes lembra a sugestão de alguns no sentido de se chegar ao efeito do *trust* através da criação de uma fundação (ob. cit., p. 14). Como o próprio jurista aponta, porém, trata-se de “engrenagem demasiadamente complexa para ser usada no interesse particular de uma pessoa” constituindo solução excepcional, inclusive em virtude do fato de serem as fundações sujeitas à fiscalização do Ministério Público, o que, em certos casos, pode inviabilizar o negócio, retirando-lhe a flexibilidade necessária.

6.6 Do Negócio Fiduciário

88. Por fim, não podemos deixar de lado o já citado negócio fiduciário atípico, ou seja, o contrato inominado, não proibido em lei mas tampouco por ela regulado. Sua vantagem primordial é a flexibilidade, posto que a ausência de regras definidas impõe como únicos limites os princípios gerais do nosso

ordenamento jurídico e a vontade das partes.

89. Muito se discutiu se o negócio fiduciário seria realmente válido ou se não passaria de simulação. A questão foi bem analisada por J. M. de Carvalho Santos nos seguintes termos:

“14. Negócios fiduciários. Embora tenham alguma semelhança com os simulados deles diferem, porque são realmente concluídos pelas partes (...). No negócio fiduciário, sem dúvida, verifica-se a transferência do direito, mas é subtraída ao adquirente o exercício de determinada faculdade, conservado, pois, intato o conteúdo do direito. É o que se dá, por exemplo, com o sujeito que adquire a plena titularidade do direito, mas se obriga para com o transmitente a não exercer determinada faculdade: adquire v.g., a propriedade, mas se obriga a não usar da coisa, ou a não aliená-la, ou a restituí-la, ou, ainda, a transferi-la a outrem. É uma limitação fundada, como observa Barassi, somente sobre o honesto e escrupuloso cumprimento desta obrigação de abstenção; não atinge a essência ou substância do direito e repousa sobre a confiança no adquirente.” (*Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. II, Freitas Bastos, 3.^a ed., pp. 385-386.)

90. De fato, a diferença do negócio fiduciário com o simulado é que, no primeiro, as partes têm, efetivamente, a intenção de atingir determinado objetivo. Existe um contrato cujo conteúdo é verdadeiro. Várias são as decisões dando pela validade de negócios fiduciários, distinguindo-os da simulação, como os acórdãos encontrados na RT 291/363, 292/504, 295/190, 351/453 e RF 218/164.

91. Aliás, o Supremo Tribunal Federal já teve o ensejo de distinguir o negócio fiduciário, da transferência do bem para fins de garantia, considerando que o pacto comissório, proibido no caso da execução de garantias, não é

vedado quando se trata de negócio realizado na base da fidúcia.

92. É fundamental, entretanto, a advertência de que a limitação ao direito transferido em caráter real é de cunho meramente obrigacional *intra partes*, sendo, pois, inoponível a terceiros. O ato que extrapole tal limitação não é nulo, nem anulável, apenas gera a responsabilidade civil, como qualquer outro ato ilícito contratual, resolvendo-se em perdas e danos. Nas palavras de Pontes de Miranda, “o direito à restituição (do bem) é pessoal, salvo onde a lei já tornou real o direito à restituição” (*Tratado de Direito Privado*, vol. III, ed. cit., p. 126). Com efeito, no caso da alienação fiduciária em garantia, por exemplo, criou-se no direito pátrio um direito real de recuperação do bem em favor do credor.

93. No plano teórico, talvez houvesse a possibilidade de imaginar um negócio jurídico mais complexo, combinando o negócio fiduciário com a transferência da propriedade resolúvel, mas tratar-se-ia de um sistema que não parece se coadunar com a dinâmica da gestão de fortuna.

94. Apesar do exposto, o negócio fiduciário inominado tem os seus atrativos, especialmente em virtude de poder ser montado caso a caso, de acordo com as intenções específicas das partes. Sendo o fiduciário instituição financeira de idoneidade reconhecida, os riscos para o fiduciante serão inexistentes ou sensivelmente reduzidos, podendo ser-lhe interessante fazer o negócio.

6.7 A procuração em causa própria

95. Outro meio de introduzir uma forma negocial similar ao *trust* em nosso direito, consiste na utilização da procuração em causa própria. Trata-se de negócio com forma de mandato, mas que encerra em si a alienação de direito.

96. Como já tivemos a oportunidade de escrever:

“A procuração *in rem suam* constitui uma verdadeira ficção jurídica que corresponde a necessidades sociais do direito romano e atende ainda hoje a determinadas razões de ordem fiscal. Em virtude da procuração em causa própria ou da procuração como condição de contrato, verdadeiro mandato de simples execução de negócio já concluído (v.g., procuração dada ao comprador ou à pessoa por ele indicada para assinar a escritura definitiva quando o vendedor já recebeu o preço), desaparece o interesse econômico do mandante.” (Arnoldo Wald, *Obrigações e Contratos*, 9.ª ed., RT, p. 359.)

97. Pontes de Miranda faz uma importante síntese para a compreensão do instituto ao esclarecer que “o poder de representação em causa própria é como qualquer outro poder de representação; apenas o outorgado o exerce em seu próprio interesse”. (*Tratado de Direito Privado*, Borsoi, 2.ª ed., vol. 43, p. 143.) Esta definição é de fundamental importância para o nosso estudo, como demonstraremos a seguir.

98. Enquanto no *trust*, o *trustee* age em nome próprio e no interesse do beneficiário, na procuração em causa própria a situação se inverte, com o mandatário agindo em nome do mandante, mas no seu próprio interesse.

99. Considera-se a procuração em causa própria como um negócio abstrato, válido independentemente da existência ou não de um negócio subjacente, ou até subjacente, esclarece Pontes de Miranda (ob. cit., § 4.699, 2, p. 143). E o negócio abstrato não tem sido bem aceito pelo direito brasileiro e, especialmente, pela nossa jurisprudência.

100. Efetivamente, a doutrina nunca simpatizou com a procuração em causa própria, que Clovis Bevilacqua considerou como sendo “desnaturadora do

mandato" (*Código Civil Comentado*, V, p. 64) e que para J. X. Carvalho de Mendonça não passava de "velhíssimo traste que a concepção moderna da obrigação repele e condena" (*Tratado de Direito Comercial*, Livro IV, Parte II, p. 251), considerando o eminente comercialista que ela penetrara no Código Civil "sorratamente".

101. Por sua vez, Washington de Barros Monteiro lembra que a procuração em causa própria tem sido considerada como capa de muitos abusos e fonte inesgotável de contendas judiciais, concluindo que:

"Tantas são as questões controvertidas no estudo do mandato em causa própria que melhor seria expungilo definitivamente do direito" (*Curso de Direito Civil, Direito das Obrigações*, 10.^a ed., Saraiva, 1975, p. 271).

102. Por sua vez, Silvio Rodrigues informa que a procuração em causa própria é outorgada no interesse exclusivo do mandatário, sendo essa a justificação de sua irrevogabilidade e da manutenção da sua validade após a morte do mandante. A *contrario sensu*, se a procuração é dada no interesse predominante do mandante, como acontece no *trust*, não continuaria a ser regida pelos mesmos princípios (Silvio Rodrigues, *Direito Civil*, vol. 3, 4.^a ed., 1972, S. Paulo, Saraiva, 129, p. 284, *in fine* a 288).

103. A jurisprudência dominante tem reconhecido que a procuração em causa própria não se extingue com a morte do mandante (RE 83.946-PR, Rel. Ministro Moreira Alves, in *Jurisprudência Brasileira*, vol. 38, p. 92). Mas há decisões isoladas em sentido contrário, não se podendo isoladas em sentido contrário, não se podendo considerar a matéria como sendo massa e pacífica. Assim, Washington de Barros Monteiro entende que, embora irrevogável, a procuração em causa própria pode ser revogada, desde que o mandante componha as

perdas e danos (ob. e loc. citados). O mesmo autor pondera que variam as opiniões em relação à extinção do mandato pela morte do mandante, embora prevaleça o entendimento negativo (ob. e loc. citados).

104. A matéria não deveria ensejar dúvidas diante do texto expresso do inciso I do art. 1.317, do Código Civil e há jurisprudência do Supremo Tribunal Federal considerando nula revogação da procuração *in rem suam*, por ter objeto impossível (RE 107.981-60, Rel. Ministro Francisco Rezek, in RTJ, 120/388). Mas, como pondera Pontes de Miranda, há julgados que preferem abandonar os textos legais vigentes para ficar com a doutrina francesa de Laurent e Planiol, que se manifesta diante de uma legislação diferente da nossa (ob. e vol. citados, § 4.699, 2, p. 147 *in fine* e 148).

105. De qualquer modo, se dúvidas surgem quanto à procuração em causa própria, quando concedida no interesse exclusivo do mandatário, a questão se torna muito mais complexa e as soluções se tornam inseguras quando, na realidade, o interesse não é do mandatário, mas do mandante. Efetivamente, embora a nossa legislação não tenha adotado a teoria da causa dos negócios jurídicos, a jurisprudência tem discutido a causa da procuração e, em alguns casos, não vislumbrando um fundamento para considerá-la em causa própria, tem admitido a sua revogação (*Revista Forense*, vol. 88, p. 525).

106. Manuel Inácio Carvalho de Mendonça explica a irrevogabilidade do mandato em causa própria pela existência de um contrato bilateral, explícito ou implícito, que existiria entre as partes (*Contratos no Direito Civil Brasileiro*, I, 255). Assim, a *contrario sensu* se não houver o contrato, conclui-se que a irrevogabilidade não mais se justificaria.

107. Aliás, também no direito comparado, o mandato irrevogável não tem sido bem recebido, tanto pela doutrina, como pela jurisprudência, levando um eminente professor francês a afirmar que a irrevogabilidade do mandato é grave e inútil, grave por sacrificar os interesses do mandante e inútil pois as suas finalidades podem ser obtidas com a aplicação dos princípios da responsabilidade civil e do mandato aparente (Roger Perrot, *Le mandat irrévocable*, in *Travaux de l'Association Henri Capitant* de 1954, p. 455).

108. Dentro deste contexto, não há dúvida que a procuração em causa própria pode ser um instrumento útil para a gestão de fortunas, desde que não haja o risco de surgir um litígio no qual outros interessados possam vir a discutir a validade do mandato e sua causa. O estudo que nos foi apresentado lembrou a necessidade de ressaltar e respeitar os direitos dos herdeiros necessários, mas o mesmo princípio também se aplica a herdeiros legítimos (não necessários) ou até a herdeiros testamentários (nomeados em testamento anterior à concessão do mandato em causa própria) que, eventualmente, poderão alegar legítimo interesse em anular o mandato em causa própria quando não houver operação subjacente que a justifique.

109. Os tribunais também poderão considerar que a procuração em causa própria não pode substituir o testamento, não servindo assim de instrumento para, por via oblíqua, partilhar os bens do *de cujus* ou destinar alguns dos mesmos a determinada pessoa.

110. Há um exemplo recente que é público e noticiado pela imprensa (razão pela qual a ele aludimos), que evidencia a fragilidade do mandato em causa própria, se tivesse sido utilizado no caso. Trata-se da partilha de um patrimônio importante deixado por um banqueiro que, no seu testamento, privilegiou a esposa em detrimento de

filhas adotadas, que já tinham sido contempladas em vida. Havia um testamento anterior feito em favor dos netos que ficou sem efeito com a nova disposição de última vontade. O litígio já abrange nesta altura ações de nulidade de testamento, nulidade de registro de filiação, reconhecimento da validade de adoção revogada etc... É incontestável que, no caso, uma procuração em causa própria não teria condições de resistir a longos pleitos. E mesmo se, no fim, o documento viesse a ser reconhecido, o decurso do tempo do litígio já teria feito com que perdesse a sua flexibilidade e vantagem.

111. Justificam-se, pois, plenamente, as ponderações de alguns ilustres advogados do Unibanco quando enfatizam a necessidade de cautelas no uso do instrumento, o que se justifica pela sua precariedade pois, destinado a uma finalidade (atender aos interesses exclusivos do mandatário), não pode ser utilizada fácil e impunemente para outra (gerir o patrimônio do mandato no seu interesse), sem que venha a ocorrer a sedimentação de uma construção jurisprudencial ou uma modificação legislativa.

7. Conclusão

112. De todo o exposto, ressalta que um *trust* verdadeiro, com todas as suas características, só poderá ser instituído no Brasil em virtude de lei específica, seguindo-se o exemplo francês e do Luxemburgo e adotando-se um aprimoramento do texto do Projeto de Código das Obrigações, que trata da matéria e ao qual já aludimos.

113. Por enquanto, efeitos similares podem ser buscados especialmente através da formação de sociedades, de negócio fiduciário inominado da comissão mercantil, do fideicomisso e da procuração em causa própria e até, em certos casos, do usufruto.

114. Também devem ser sempre levados em conta os efeitos tributários dos negócios, que podem torná-los onerosos ou desinteressantes. Ademais, se é possível a manutenção de algum tipo de sigilo sobre as operações não se deve esquecer que, nos casos de imóveis, ações etc., será sempre indispensável o registro das transferências.

115. Por outro lado, haverá sempre o problema da legítima dos herdeiros necessários e de eventuais terceiros (herdeiros legítimos e até testamentários) que, dependendo da situação, poderão reivindicar a anulação de determinados atos por suposta violação de seus direitos ou desobediência das formalidades legais. A sucessão será quase sempre potencialmente complicada, podendo tornar-se litigiosa.

116. De qualquer modo, traçadas estas linhas gerais, não existe uma possibilidade só. Cada caso é um caso, e as várias formas jurídicas expostas podem apresentar, eventualmente, vantagens umas sobre as outras.

117. Em relação a bens que se encontram no exterior, nada impede que seja constituído um *trust* fora do Brasil, de acordo com a legislação local, seja do país em que se situam os bens, seja de outro, pois, normalmente, mesmo quando não se conhece o *trust* na legislação local as autoridades e a comunidade bancária admitem o *trust* constituído em outro Estado, como válido e legítimo. Essa regra não se aplica ao Brasil, mas prevalece na Europa e em outros países.

118. Finalmente, a elaboração de um texto legal específico sobre o *trust* não nos parece descabida e apresenta indiscutível oportunidade, num momento no qual este instituto é introduzido na maioria das legislações e a sua falta prejudica a atuação dinâmica dos bancos brasileiros, especialmente numa fase de ampla reorganização empresarial, de abertura para o capital estrangeiro e de

mudança de gerações dos empresários com reflexos em sociedades, que estão profissionalizando o seu *management*. A modernização do Brasil e a sua aspiração de pertencer ao primeiro mundo justificam a consagração, pelo nosso direito, de novos instrumentos jurídicos, como é o caso do *trust*.

119. Acresce que a existência, no direito brasileiro, da alienação fiduciária em garantia, e o bom funcionamento dos agentes fiduciários, tanto nas execuções de créditos hipotecários, como no caso de emissão de debêntures, comprovam que não há incompatibilidade entre o nosso sistema jurídico e o anglo-americano. Também a existência de um conjunto de bens separados do resto do patrimônio do titular e afetados a uma finalidade própria já não mais repugna ao legislador. De fato, ampliamos o bem de família e advoga-se a criação da sociedade unipessoal de responsabilidade limitada, que já existe em numerosos outros países. Não há mais razão para excluir a possibilidade de formar um patrimônio separado com os bens dados em *trust*.

120. Parece-nos até que, do mesmo modo que, há cerca de trinta anos, a iniciativa privada encaminhou ao Banco Central o projeto de introdução no direito brasileiro da alienação fiduciária, que veio a ser regulamentada posteriormente, aproveitando-se projeto da ADECIF, a Febraban poderia, agora, propor ao Governo e ao Congresso Nacional a elaboração de um projeto de lei sobre o *trust*, que seria da maior utilidade, tanto para os particulares, como também para as entidades estatais e até para o atual programa de privatização, incluindo-se normas a este respeito, seja em lei própria, seja até na nova regulamentação das instituições financeiras, que está sendo objeto de projeto em tramitação na Câmara dos Deputados.