

INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS



Referência: Indicação 246/2011

Dispõe sobre “FIDÚCIA” e dá outras providências.

Autor: Dr. Melhim Namen Chalhub.

Relatora – Dora Martins de Carvalho

I – Indicação

1. Antes do mais, deve-se louvar a iniciativa do consócio Dr. MELHIM N. CHALHUB, que, seguindo do Projeto de Obrigações, liderado exemplarmente, pelo saudoso CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA, procura introduzir no país a modalidade de contrato de fidúcia, que é o instituto anglo-americano do *trust*. E, certamente já previamente inclinado para essa introdução, o Prof. Menim N. Chalhub publica, em 2009, excelente livro - “Negocio Fiduciário”-, abrangendo o estudo de figuras de natureza fiduciária no Direito positivo brasileiro.

2. Na justificativa da sua Indicação, o Prof. Melhim N. Chalub expressa a necessidade de termos no país legislação própria, para proteção e garantias de bens, em favor de terceiros, e ainda beneficiando entidades filantrópicas, religiosas e educacionais. Esclarece que, no anteprojeto oferecido com a Indicação, buscou inspiração na legislação francesa. Decorre sobre pontos de afinidade da fidúcia com as fundações, representação, usufruto, mandato, doação, gestão de negócios e constituição de renda. Elucida mais que no direito anglo-saxônico, a fidúcia integra o direito das coisas, mas, que na sistemática romanística, a fidúcia deve ter a natureza contratual. E menciona sugestões constantes no anteprojeto.

3. Resumida a Indicação, passamos a dar nosso



PARECER

I – O “trust”

4. Como se sabe, o negócio do *trust*, em linhas gerais é a transferência de propriedade de bens, de determinado titular, para um administrador, por um certo período de tempo, e nas condições acordadas, para que o patrimônio seja gerido e reverta em favor de um beneficiário, que, inclusive, pode ser o proprietário original, ou o administrador ou gestor, ou ainda um terceiro.

(cf. A. Wald, In Ver Direito Mercantil, nº 99, p. 105 e ss.)

4. Há dúvidas de monta entre juristas e Advogados sobre a necessidade de se incluir, ou não, nas legislações que seguem o Direito romano a figura do *trust*, o que é impulsionado, sobretudo, pela área bancária internacional,

5. Como se observa, o contrato de fidúcia engloba dois Contratos, que são os de:

i) transferência de patrimônio próprio do fiduciante, ou instituidor, para o fiduciário, gestor ou administrador,

e, posteriormente, no término do prazo da fidúcia :

ii) transferência do patrimônio do fiduciário para o patrimônio do beneficiário, que poderá ser um terceiro, ou o fiduciante, e até mesmo o fiduciário.

7. As dificuldades de implantação do “*trust*”, nos países com raízes no Direito Romano, decorrem em virtude de aspectos divergentes entre o Direito Anglo-saxônico e o Direito romano, sendo a primeira referente ao título de propriedade. Senão, vejamos:

II - Direito de propriedade

8. Com efeito, essa primeira dificuldade é relativa à existência, no sistema anglo-saxônico de partição de título de propriedade (*legal title*) que fica com o fiduciário (“*trustee*”), e o domínio útil (“*beneficial use*”) que fica com o beneficiário. E constitui um primeiro



obstáculo porquanto no sistema de Direito romano, e no Brasil, que o segue, temos a **unicidade** de domínio. Vale dizer, não existe no nosso Direito a dualidade, a bipartição do direito real de propriedade, e não pode haver domínio dual, do instituidor e do fiduciário. O domínio é direto e único. Não há nem mesmo nos direitos reais na coisa alheia –“*jura in re aliena*” - a propriedade limitada; há, sim, limitações ao direito único do proprietário, que é coisa diversa.

9. Cumpre esclarecer que a lei argentina adotou, com maior facilidade, a fidúcia, que denominam contrato de “fideicomisso”, porquanto o seu Código Civil, seguindo em grande parte o “Esboço” de Teixeira de Freitas, inseriu no seu texto o “domínio imperfeito”, que é direito real revogável, ou fiduciário de uma só pessoa sobre uma coisa própria, móvel ou imóvel, ou o domínio reservado pelo dono perfeito de uma coisa, o qual aliena somente o seu domínio útil. Essa inserção, na legislação argentina, é que permitiu a criatividade do contrato de fideicomisso, conforme texto da Ley 24.441, de 16 de janeiro de 1995.

(cf. “Esboço” de Teixeira de Freitas, art. 4.300; Código Civil Argentino, Art. 2661 a 2672; Ley argentina 24.441, de 16 de janeiro de 1995).

10. Aduza-se que o domínio imperfeito fiduciário implica em condição resolutiva e prazo resolutivo.

(Código Civil argentino, Arts. 2662 e 2668; Lei argentina 24.441, de 16 de janeiro de 1995, arts. 1º, 4º e 25º; Código Civil Francês, Art. 2029, com redação da Lei 2007-211, de 19 de fevereiro de 2007).

11. Ressalte-se, neste tópico, que o fiduciário **NÃO** tem poderes plenos de propriedade e nem exclusividade nesta, eis que os bens ao final, serão de terceiros, e tão pouco não tem direito “*erga omnes*”, pois, é o contrato que dispõe sobre seus poderes e sobre a reversão do bem ou bens.

III – Contradição entre titularidade e obrigação de fazer

12. Outra barreira a ser enfrentada, para a introdução da fidúcia no nosso Direito, provém do fato de o contrato de fidúcia gerar uma



obrigação pessoal, obrigação de fazer, ou seja, de gerenciar o bem e entregá-lo de volta ao instituidor, ou a terceiro, e ainda de outras obrigações. Ora, vislumbra-se aí ostensiva **contradição**: há a transferência de um bem para o fiduciário, que, supostamente viria ser proprietário e titular do bem, ou seja sujeito ativo na relação jurídica, o qual, concomitantemente, também passa a ser sujeito passivo na **prestação de fazer**, e, por vezes, de não fazer...

IV – Titular de propriedade submisso ao anterior titular

13. Outro empecilho na adoção da fidúcia se relaciona ao fato de ser o instituidor a pessoa que autoriza, ou não, o fiduciário a exercer tais e quais obrigações. Logo, se o fiduciário deve obedecer a imposições do fiduciante ou instituidor, não é titular completo, não é proprietário de todos os poderes e prerrogativas do domínio, que são limitadas pela vontade do instituidor. Assim, sob o ponto de vista do exercício dos poderes de propriedade, cumpre reconhecer que o fiduciário **NÃO** é proprietário.

(Código Civil Brasileiro, 2002, Art. 1.245 e no testamento Art. 1.951; Código Civil francês, art. 2011 c/ redação da Lei 2007-211, de 19 de fevereiro de 2007; Ley argentina 2.441, de 1995, Art. 1º)

V – desigualdade de direito no contrato

14. Cabe, também, lembrar que, no contrato de fidúcia, incumbindo ao instituidor, ou fiduciante, instituir um patrimônio, com finalidade específica e ainda deveres e obrigações para o fiduciário, o instituidor é que, unilateralmente, terá a força maior, caracterizando a onerosidade excessiva de um lado contra a outra parte, o que infringe o estatuído no novo Código Civil de 2002.

(Código Civil de 2002, art. 478)

VI – propriedade resolúvel

15. Registre-se mais que o fiduciário não tendo a propriedade completa e nem perpétua, somente ao término do contrato, e com o **cumprimento das condições**, é que, se for o caso, poderá ter o bem integrado ao seu próprio patrimônio, dele fiduciário, o qual,



então, e somente então, é que terá a transferência normal da propriedade. Inferre-se, pois, e se comprova ser a propriedade, inicialmente, **apenas temporária e resolúvel**.

16. Com efeito, lembre-se que a **propriedade resolúvel**, ou revogável, no dizer de Clovis Bevilacqua, é a que no próprio título da sua constituição encerra o princípio, que terá de se extinguir, quando realizada a condição resolutória, ou ocorrendo o termo extintivo, seja por força de declaração da vontade, seja por determinação da lei.

(Clovis Bevilacqua, Código Civil, Liv. Francisco Alves 1917, v. III Art. 647, p. 117 e ss.; cf. Código Civil, 2002, Art. 1.359 e 1.360; Código Civil Argentino 2.668- 2670 ; BGB, art. ; Código Civil Português Art. 1.302 e ss., e, em especial, 1306-1.307)

17. Para melhor entender as dificuldades acima referidas, cumpre lembrar as modalidades do negocio jurídico, que são: condição termo e encargo.

18. A condição é evento de realização futura e incerta, e da qual depende a eficácia da declaração de vontade. A condição pode ser suspensiva e resolutiva. É suspensiva quando a entrada em vigor da declaração de vontade depende do evento. E resolutiva quando a **cessação da eficácia** da declaração de vontade depender do evento.

(Código Civil, 2002, Art. 121 e ss.; Código Civil 1916, Art. 114 e ss.)

19. Já o termo é o evento futuro e **certo** de realização do qual depende a eficácia da declaração de vontade.

20. E o encargo, ou modo é a obrigação a que se sujeita o beneficiário de um ato jurídico e do qual depende a eficácia do referido ato.

21. E a propriedade resolúvel significa que na venda de quaisquer bens pode-se incluir cláusula resolutória, mediante qual, em determinado tempo, o domínio ficará resolvido, na forma como contratada entre as partes. E essa cláusula pode consistir numa condição ou termo. Advindo o termo ou condição, resolvem-se o domínio e os direitos reais.



(Código Civil 2002, Art. 1.359 e 1.369; Código Civil 1916, Art. 647 e 648)

(cf. W. Barros Monteiro, Curso de Direito Civil. Direito das Coisas, Saraiva, SP, 1963, 3º v., 224 e ss.)

22. Saliente-se mais que quem adquire domínio resolúvel está assumindo um risco, não podendo alegar prejuízo se advier a resolução. Em regra, extinguem-se os direitos constituídos "*pendente conditione*", valendo apenas os atos de administração, bem como os de percepção de frutos

(Código Civil 2012, Art. 1.214)

23. Advirta-se mais, que, como ensina Clovis Bevilácqua, se a propriedade é condicional, devendo extinguir-se com o implemento da condição, quando volve ao antigo proprietário, ou ao seu sucessor, há de vir expurgada dos encargos, que lhe foram posto pelo proprietário condicional. A resolução opera os seus efeitos "*extunc*", e, por isso, se diz que a devolução se faz como se não tivesse havido mudança de proprietário. E o mesmo se deve dizer do termo.

24. Nessa altura cabe esclarecer que embora a **lei francesa** faculte ao fiduciário o poder de disposição, o que anula, subtrai o direito à sequela, que é um dos poderes do direito de propriedade, o dispositivo é estranho e contraditório com outros do seu Código Civil.

(Código Civil francês, art. 2.018, 6º, conforme redação da Lei 2007-211, de 19 de fevereiro de 2007).

25. Acrescente-se que, nas legislações argentina e francesa, acima referidas, o fiduciário pode ser destituído dos seus direitos em inúmeras hipóteses; logo, também nessas duas leis estrangeiras conclui-se não ser ele, o fiduciário, titular do direito de propriedade.

26. Suscitados os aspectos acima, há, ainda, um do maior relevo, referente ao patrimônio de afetação, existente, de há, muito na legislação brasileira.



VII – Patrimônio de afetação

27. Apesar de se mencionar atualmente, e com mais frequência, o patrimônio de afetação, este já se insere na nossa legislação de há muito, embora não exatamente na forma pretendida na figura da fidúcia. Por exemplo, a universalidade de bens na sucessão hereditária, os bens da massa falida, o estabelecimento comercial e outros.

28. Efetivamente, o patrimônio de afetação, na figura do “trust”, e que se pretende inserir no contrato de fidúcia é aquele constituído por alguns bens de um titular, pessoa física ou jurídica, constituindo uma universalidade, e destinada esta a fim específico, e **segregada** de outros bens daquele titular. E mais, esse patrimônio de afetação, patrimônio separado, patrimônio autônomo, no “trust”, não pode sofrer injunções de quaisquer espécies.

29. A jovem e brilhante autora, MILENA DONATO OLIVA, no cuidadoso e percuciente livro Patrimônio Separado, acertadamente, expressa a necessidade de estudo da segregação patrimonial, a fim de se inserir corretamente a fidúcia na lei brasileira.

(cf. Milena Donato Oliva, Patrimônio Separado, Editora Renovar, Rio, São Paulo, Recife, Curitiba, 2009, 387).

30. Essa jovem Advogada, em apurado estudo, e trazendo o pensamento de inúmeros autores, mostra a primeira indagação relativa a patrimônio segregado, **que é o da sua existência independente de um titular**. E cita, entre os muitos que fazem essa indagação, os renomados Aubry e Rau, Planiol, Ennecerus, Ferrara, Karl Larenz, Ambroise Colin, Henri Capitant, Mazeaud e Mazeaud, Baudry Lacantinerie, Henri De Page e outros.

(Cf. Milena Donato Oliva, P. 43,46, 53, 59, 70, 71, 73,82,87, 88 103, 106, 108).

31. Teoria moderna é a de Leon Duguit, que, no dizer de Ferrara, tentou demolir a base fundamental da teoria jurídica ao se rebelar contra noções básicas de D. Privado, ao considerar inúteis conceitos de sujeito de direito. Assim, Duguit admite que patrimônio é conjunto de direito afetado para determinado fim. A ideia de fim extirparia a de pessoa...



(cf. Milena Donato Oliva, ob. cit. 95 e ss.)

32. A autora citada sugere, assim, e para melhor inclusão da fidúcia na legislação brasileira, e no tocante ao patrimônio de afetação, que os pontos a seguir sejam devidamente examinados. Indaga e responde ela mesma:

- patrimônio de afetação constitui universalidade de Direito?

Conclui afirmativamente, e podendo o patrimônio de afetação figurar como **objeto de direito**, vinculado à relação jurídica subjetiva.

(cf. ob.cit., fls. 141)

- dívidas integram o patrimônio?

Informa que, embora a maioria dos autores considerem elementos ativos e passivos integrantes do patrimônio, exceção a De Page, Larenz, Ennecerus, Ferrara, e poucos mais, no Brasil, os elementos passivos também integram o patrimônio, conforme expressa Bevilacqua.

(cf. ob.cit. p. 163).

Acrescenta, todavia, que no Brasil a universalidade de direito patrimonial tem como função precípua garantir credores, para o que não importa o passivo. Exemplifica com o Código Civil de 2002, art. 1.390, sobre o usufruto, que pode recair sobre todo o patrimônio, ou parte deste, não sendo relevante o passivo... Expressa ainda que apenas os elementos ativos podem servir à satisfação de algum interesse, descabendo universalidade que abranja dívidas...

(cf. ob.cit., p. 166 e ss.)

- Data vênua, e nesse tópico, registramos que existe a **cessão total**, de débitos e créditos, e ainda a assunção de dívidas, que abrangem tanto ativos como passivos. Aduzimos que o passivo é relevante, porquanto o ativo só pode ser aferido e quantificado com a dedução do passivo.

(Código Civil 2002, art.299)

- outra pergunta da autora é se os bens impenhoráveis integram o patrimônio, explicitando ela que o patrimônio, além de poder servir

como garantia, desempenha outras funções na técnica de afetação, finalizando por optar em não se extirpar do patrimônio os bens impenhoráveis.



(cf. op. cit., 170 e ss.)

- Data vênua, e no tópico, parece-nos ser a conclusão acima apenas parcial, eis que a impenhorabilidade consta em diversas leis, e serve, exatamente, para proteger interesses mais elevados, não devendo tais bens serem incluídos em patrimônio de afetação **negocial**, ou seja os bens impenhoráveis somente poderiam ser incluídos em patrimônio de afetação SE e QUANDO venham **reforçar a impenhorabilidade** em áreas diferentes, como por ex., na área familiar e já previamente determinada.
- a mesma autora também indaga se direitos de personalidade integram o patrimônio, o que, a toda obviedade, replica ela mesma que tais direitos de personalidade não integram o patrimônio.)

(cf. opus. cit., fl 180) (cf. tb. Código Civil 2002, art. 11)

- inquirição que se segue é se o patrimônio é **objeto** de direito, e a resposta, como não poderia deixar de ser, e como a mesma autora afirmara antes, o patrimônio é **objeto de direito**, que tem um titular.
(cf. fls. 141; e 184 a 191)
- finalmente, e no exame do liame entre personalidade e patrimônio, e após discorrer sobre complicadas teorias filosóficas, expressa a autora que a subjetividade é o pressuposto de patrimônio, mas, curiosamente, acrescenta a necessidade de modificar teorias clássicas, para não engessar relações privadas negociais.

(cf. op. cit., p. 377 e ss.)

33. Sem dúvida, haverá sempre na vida dos Direitos, necessidade de modificações face às novas circunstâncias, e essas mutações, embora devam ser operadas pelo legislador, dependem muito mais dos Advogados e juristas, que podem realizá-las sem ferir princípios básicos, fundamentais no Direito dos países.

34. Nessa sequencia muita coisa já tem sido feita no Brasil, sem imposição de teorias extravagantes: patrimônio de afetação no



usufruto, nas heranças e sucessões, na massa falida, nas incorporações imobiliárias para emissão de Certificados de Recebíveis Imobiliários etc. Tal e qual, o estabelecimento comercial consagra uma unidade de bens, para determinado fim, muito embora seja separação apenas formal, porquanto a titularidade é da empresa. E ainda os fundos bancários, hoje tão utilizados, como o VGBL, o PGBL, e outros, alguns organizados como condomínio, com participante maior – o instituidor e titular – e com grande gama de participantes quotistas.

35. Na sucessão, é difícil caracterizar o patrimônio de afetação nos moldes do “*trust*”, porquanto aí há uma universalidade para garantia de herdeiros e eventuais credores, enquanto se processa o inventário. Contudo, na sucessão, a herança é patrimônio segregado tão apenas até a partilha, quando então os bens serão repartidos entre os herdeiros, e pagos antes os eventuais credores do “*de cujus*”.

36. Por igual, na falência, os administradores perdem a administração dos bens reunidos como massa falimentar, mas **não** perdem o **domínio**, porquanto a titularidade desses bens continua com a empresa até eventual venda, cessão etc.

37. Os fundos de investimento é que apresentam características novas e singulares. De fato, os fundos são instrumentos operacionais para captação de recursos. E são instituídos por entidade bancária, que é a titular “qualificada”, majoritária do fundo que tem um administrador e um gestor. Esses fundos são criados como condomínio aberto, para a participação de pessoas, que neles queiram investir, adquirindo quotas representativas de fração ideal do fundo. Os fundos, auferindo lucros, conferem participações aos seus quotistas, na proporção de seus investimentos, prazos e valor das quotas. As quotas podem ser resgatadas. Os quotistas reúnem-se em assembleias gerais e podem decidir sobre a cisão fusão, incorporação, transformação e liquidação do fundo. Como se vê, embora funcionem bem, na área financeira, não tem maior semelhança com o “*trust*”, ou fidúcia, a não ser pela reunião de diversos patrimônios distintos e de diversos quotistas participantes no investimento, que não são titulares dos bens integrantes desses fundos, tendo aí mera participação, quota ideal que lhe faculta participar nos lucros. Em caso de liquidação do fundo, se houver saldo será do titular “qualificado”, ou instituidor.



38. No caso de fundo de investimento imobiliário, os bens e direitos são **adquiridos** pela **instituição administradora**, e em regime de propriedade fiduciária. Os fundos captam recursos no mercado de capitais e investem em empreendimentos imobiliários. Auferem lucros provindos de locações, arrendamentos ou alienação de imóveis. Os investidores quotistas não tem direito a qualquer parte dos bens imóveis, i.e., não tem a propriedade desses bens, e apenas quando resgatarem suas quotas é que receberão valor monetário correspondente ao valor da quota, ou fração ideal, no patrimônio do fundo. Ressalte-se que os bens e direitos, existentes no fundo, não se integram aos demais bens da instituição criadora do fundo e nem da sua administradora, caracterizando-se perfeitamente como patrimônio de afetação.

(cf. Lei 8.668, de 1993, arts. 5º, 7º, 8º e 13º; Lei 6385, de 7.12.1976).

39. Note-se que há sempre uma titularidade no patrimônio segregado, do fundo imobiliário, o qual existe e nasce em virtude do seu escopo, mas, se houver mudança da administradora e instituidora, haverá mera sucessão na propriedade fiduciária das quotas, mas, **não dos bens imóveis**, não ocorrendo nenhuma transferência na propriedade desses bens

(Código Civil art. 1.361; Inst. 472 da CVM, de 2008, art.)

40. Há uma última situação crítica, ou óbice relativo adoção da fidúcia, nos moldes do direito anglo-saxônico, e que é a

VIII - Tributação

41. Com efeito, ademais as dificuldades acima suscitadas, há ainda dificuldade de vulto, qual seja a de natureza fiscal. Como se fará a tributação no tocante a imóveis, por ex.? Isso porquanto, em havendo dois contratos e duas transmissões, o contrato de fidúcia poderá vir a sofrer a incidência de tributo em duas transmissões, que não serão simultâneas, mas, sucessivas. E qualquer imposição mais pesada poderá tornar a operação inviável, seja na tributação direta ou indireta.



42. Deve-se, por igual, indagar como o Fisco brasileiro irá dispor sobre o patrimônio de afetação, no contrato de fidúcia? Certamente, visando arrecadar mais. No Código Civil francês, com a nova redação dada pela Lei 2007-211, de 2007, o artigo 2025 estatui que o patrimônio fiduciário não pode ser objeto de seqüela, salvo se esta for de credores do fiduciante, por dívidas anteriores ao contrato de fidúcia e/ou de credores em dívidas com conservação do mesmo patrimônio, aí se incluindo as dívidas fiscais.

(cf. Código Civil francês, art. 2025, caput)

43. Como acima expresso, já existe no país, e em diversas áreas, o **patrimônio de afetação**. Além das acima mencionadas, lembre-se a lei de incorporações, com as modificações da Lei 10.931, de 2004, art. 2º; na lei de mercado de capitais, no Decreto-Lei 70, de 1966, na Lei 8.668, de 1993, que dispõe sobre fundos de investimento imobiliário. E mais recentemente dispõem também sobre patrimônio de afetação as seguintes normas: Lei 11.101, de 2005, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, do Bem de família, da Sociedade Unipessoal-Empresa Individual de Responsabilidade Ltda.- EIRELI

(cf. Código Civil de 2002, arts. 1711 a 1722; Código Civil, 2002, art 980-A e Lei 12.441, de 11/07/2011)

44. Apesar da existência de leis diversas, dispendo sobre o patrimônio de afetação, na nossa legislação, e, tendo esse patrimônio como característica, a separação de bens e direitos destinados ao cumprimento de objetivo específico, ainda assim o instituto sofre deformações não apenas de natureza civil, como acima visto, mas, por igual no setor tributário e, que desfiguram o aquele patrimônio.

(cf. Melhim Namen . Chalhub, “Negocio Fiduciário”, Editora Renovar, Rio de Janeiro, São Paulo e Recife, 2009, .95 e ss.; p. Lei 10.931, de 2004, art. 9º).

45. E como o autor da Indicação explicita que o anteprojeto pinçou tópicos da lei francesa, convém sintetizar comentários dos próprios franceses, sobre essa lei.



46. O Advogado Cedric Bernat, por ex., expressa que embora a fidúcia francesa se inspire no “*trust*”, ela não conduz a nenhum a desmembramento de propriedade; e que no direito anglo-americano a dissociação de prerrogativas realizada pelo “*trust*” é inseparável da distinção entre “*common law*” e “*equity*”; e o direito do “*trustee*” é um direito legal, da *common law* “e o direito do beneficiário é um direito da equidade”. Em caso de conflito entres a lei da “*common law*” e da equidade, o da equidade é o que importa. Na fidúcia francesa, os beneficiários não têm direito algum, o fiduciário é o proprietário e o instituidor tem direito de crédito sobre o fiduciário se for também o beneficiário.

(cf. Cédric Bernat <http://cedricbernat.wordpress.com/2010/08/31/la-fiducie-endroit-français-de-la-loi..>)

47. A seu turno a Advogada Blandine Mallet Bricourt, Professora na Universidade de Lyon manifesta que a propriedade fiduciária na França derroga as principais características da propriedade, inclinando-se a acompanhar o Prof. R. Libchafer, no sentido de ser mais conveniente se caracterizar um direito real sobre coisa alheia, ao invés de transferência de propriedade. Aduz que a matéria gira sobre conceitos jurídicos mal definidos, exemplificando que um patrimônio de afetação não pode existir se não tiver proprietário verdadeiro, pois, os dois conceitos são indissociáveis.

(cf Blandine-Mallet Bricourt, Professeur à l’Université de Lyon , In “Fiducie et transfert de propriété”). Internet [hal-univ-lyon3 archives-ouvertes.fr](http://hal-univ-lyon3.archives-ouvertes.fr). Fiducie et propriété 14 dec.2009)

48. Deve-se realçar que o Direito Fiscal francês considera o instituidor como titular de propriedade, **ignorando a propriedade fiduciária**, enquanto perdurar o contrato. E quando houver a transferência de bens para o patrimônio do fiduciário, o Fisco, então, cobra 125 euros (Art. 1.133 quater CGI) e se houver imóveis ou direitos reais imobiliários, a taxa de publicidade imobiliária é de 0,715% (art. 1.020 CGI). Todavia é o instituidor, e não o fiduciário que sofre a tributação. No término do contrato de fidúcia um direito na mudança é cobrado; e se o bem passa para o beneficiário também sofre tributação.



49. Nesse tópico da fiscalidade, registramos que o consócio Dr. CARLOS JORGE SAMPAIO COSTA, em estudo não publicado, elucida que, atualmente, no Brasil, o negócio fiduciário sofre a imposição de tributo federal, o I.O.F – Imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, e operações relativas a títulos e valores mobiliários, e que o ônus, nos financiamentos, garantidos com a **alienação fiduciária**, recai tanto de bens móveis como de imóveis. Todavia, não há exigência de I.T.B.I – imposto de transmissão “*inter-vivos*”, seja na **constituição** da propriedade fiduciária do imóvel, seja na **extinção** desta propriedade. Mas, há incidência do ITBI quando da transmissão ao garantidor, e ainda quando venha a ocorrer a resolução resolutiva.

50. E com referência aos fundos fiduciários, o Advogado Carlos J. Sampaio Costa sugere legislação futura específica, lembrando que talvez possa ser ampliada a incidência do IOF, quando o gestor ou agente fiduciário for entidade financeira. Todavia, o IOF não seria aplicável e o gestor for pessoa física ou mesmo pessoa jurídica não financeira. Aduz que se for criado novo imposto federal, a União poderá fazê-lo mediante lei complementar – Const. Federal art. 145, Se, entretanto, o Congresso objetivar a criação de novo imposto estadual será necessária uma emenda constitucional.

51. Cumpre destacar, por ser relevante, que a matéria deixa inúmeras dúvidas, devendo ser reestudada, com profundidade, por Comissão Especial, para correta e adequada inserção das figuras fiduciárias já existentes no Código Civil, e do contrato de fidúcia, o qual deverá integrar o Livro III, Título V, Várias Espécies de Contratos, e o Direito das Sucessões, Livro V, Título III.

52. E antes de finalizar, esclarecemos que no exíguo espaço de tempo, em que pudemos examinar o árduo tema, oferecemos as proposições abaixo, para reexame pelos colegas do IAB, anexando ainda a este parecer texto com sugestões para o anteprojeto, do Prof. MELHIM NAMEN CHALHUB, a quem rendemos nossa admiração e elevada homenagem.

IX- Conclusão

53. Consoante temos expendido, em inúmeros trabalhos, as figuras jurídicas mais simples acabam sobrepujando aquelas com as quais, devido a fatores circunstanciais, coexistem em dado



momento. Quando da inovação da alienação fiduciária, registramos que, para se garantir o credor e não prejudicar o devedor, bastaria, apenas, manter a **diferença entre hipoteca e penhor pelo deslocamento da posse: a hipoteca** serviria, se aplicaria tanto a móveis como a imóveis, **sem a transferência de posse**, mas, esta **transferência de posse** dar-se-ia **no penhor**, ou seja, sem atender a natureza do objeto. Como se nota, a solução seria simples...

(cf. Dora Martins de Carvalho, "A Comercialização da Hipoteca", Rio de Janeiro, 1970, 54 e 57).

54. Aliás, para o aperfeiçoamento da legislação no Brasil – se ainda for possível –, o acertado será a inserção **antecedente** da matéria fiduciária no Código Civil, e, subsequentemente, consolidar as normas sobre negócios fiduciários, numa única lei, modificando-se as leis dos respectivos registros – matéria registral –, e as leis fiscais.

(Código Civil, Parte Especial, Livro I. Título VI, Das Várias Espécies de Contrato)

55. Na linha de pensamento do acima exposto, conclui-se:

- a) o direito de propriedade na nossa legislação possui caráter unitário;
- b) o caráter unitário da propriedade sofre exceção no caso de limitação no direito de propriedade, como ocorre na **propriedade resolúvel**;
- c) a propriedade resolúvel pode atender aos fins pretendidos para o contrato de fidúcia, inclusive no tocante ao patrimônio de afetação;
- d) o patrimônio de afetação necessita de exame conjunto do autor do ante-projeto com membros da Comissão de Direito Tributário do I.A.B. e ainda funcionários da Secretaria da Receita Federal, para eventual adoção do contrato de fidúcia;
- e) o contrato de fidúcia, em quaisquer modalidades, deve ser precedido, **necessariamente**, de sua inserção no Código Civil Brasileiro.

É o parecer, S.J.M.

Dora M. de Carvalho
Rio de Janeiro, julho de 2012
Dora Martins de Carvalho
Advogada – OAB/RJ 9.6663



Anexos:

- Anteprojeto com sugestões e **nova redação**;
- Bibliografia

ANEXO I - Indicação do IAB nº 246/2011



Epígrafe – Lei nº de

Ementa – dispõe sobre o contrato de fidúcia e âmbito de sua aplicação.

Art. 1º - Pelo contrato de fidúcia, uma das partes denominada **fiduciante**, ou instituidor, entrega bens ou direitos, presentes, e seus frutos, a outra denominada **fiduciário**, ou administrador ou gestor, para que este os administre como propriedade fiduciária resolúvel, em proveito de um **beneficiário**, que poderá ser o próprio fiduciante, ou o fiduciário ou ainda um terceiro, e que, ao fim do contrato transfira esses bens ao beneficiário, na forma estipulada no contrato.

Parágrafo único – Fiduciante e fiduciário podem ser pessoas físicas ou jurídicas.

Art. 2º - Os bens e direitos indicados em contrato de fidúcia, bem como frutos e rendimentos, constituem propriedade resolúvel até o implemento de condição ou advento de um termo contratual, na forma do disposto no Código Civil.

§ 1º - Verificada a condição ou o termo, opera-se a restituição e/ou transferência da coisa ou direito ao beneficiário indicado no contrato.

§ 2º - Os bens e direitos, e seus frutos, indicados no contrato de fidúcia e as obrigações deles oriundas, constituem patrimônio de afetação, segregado, autônomo, para o fim estatuído no contrato, e é imune e não responde por dívidas e obrigações do fiduciante ou do fiduciário, salvo em casos de fraude ou por créditos oriundos da conservação do patrimônio de afetação.

Art. 3º - O contrato de fidúcia pode ser instituído nas modalidades de: administração de bens, de investimentos financeiros, imobiliários e/ou outros, e ainda para garantias.



§ 1º - As entidades fiduciárias para atuação em quaisquer áreas nos mercados financeiros e de capitais, deverão, quando for o caso, estar autorizados pelo Conselho Monetário Nacional, Banco Central do Brasil e Comissão de Valores Mobiliários, nas respectivas competências.

§ 2º - Essas entidades fiduciárias, atuando nos mercados de capitais, financeiros, imobiliários, e ou outros, seja na administração de fundos, condomínios e ainda em outras formas de participações da coletividade, deterão a propriedade fiduciária resolúvel de bens e direitos, na forma dos regulamentos autorizados pela autoridade competente.

Art. 4º - A fidúcia é instituída por contrato entre as partes, com caráter revogável ou irrevogável, e conterà, sob pena de nulidade, o seguinte:

- i) qualificação das partes, que podem ser pessoas físicas ou jurídicas, com dados completos para identificação do beneficiário;
- ii) individualização dos bens e direitos que irão integrar o contrato de fidúcia, ou elementos passíveis de identifica-los; se forem bens futuros, dever-se-á determinar o modo pelo qual irão integrar o contrato;
- iii) condição ou termo a que está subordinado o contrato de fidúcia e destinação dos bens, ao término do contrato;
- iv) indicação de serem os bens de propriedade fiduciária resolúvel e as limitações impostas à propriedade;
- v) direitos obrigações das partes;
- vi) direitos do futuro beneficiário, se for um terceiro;
- vii) faculdade do fiduciário para transferir a outrem sua posição contratual, nas hipóteses em que essa faculdade seja impositiva ;
- viii) forma e prazo da prestação final de contas do fiduciário;
- ix) poderes e atribuições do fiduciário, pra a administração dos bens e direitos, e requisitos para a devolução desses bens ao fiduciante, ou entrega dos mesmo a eventual terceiro beneficiário;



§º 1º- A constituição efetiva da propriedade fiduciária resolúvel efetivar-se-á mediante os registros cabíveis, no Registro Geral de Imóveis, ou no Registro de Títulos e Documentos e eventuais outros registros;

§ 2º - A propriedade fiduciária resolúvel sobre imóveis é feita mediante escritura pública, e cabível registro.

Art. 5º - Os bens e direitos, objeto do contrato de fidúcia serão administrados pelo fiduciário, como acordado no contrato, devendo o fiduciário diligenciar para que aqueles bens e seus frutos não se comuniquem, nem se confundam com o patrimônio próprio do fiduciário, ou com outros patrimônios sob sua administração, devendo ainda ficar expreso no contrato que o fiduciário somente poderá movimentar os bens e direitos na forma do contrato entre as parte e em consonância com regulamentos das autoridades.

Art. 6º - São deveres do fiduciário, além daqueles previstos no contrato:

- i) efetivar no prazo de dias, contados da celebração do contrato os registros mencionados no artigo 4º , § § 1º e 2º acima;
- ii) implementar atos necessário à consecução do contrato de fidúcia, incluindo eventual adoção de medidas judiciais;
- iii) manter os bens e direito, em todo o prazo contratual, como patrimônio separado de quaisquer outros ;
- iv) aplicar os recursos provenientes da administração dos bens e direitos no modo estipulado no contrato;
- v) transferir os bens e direitos, na forma contratual, quando resolvidos a condição o termo;
- vi) prestar contas da gestão, na forma do contrato, ou no modo estabelecido pelas autoridades;

§ 1º - O fiduciário poderá delegar a implementação de certos atos de administração, sob sua supervisão e sob sua inteira responsabilidade, desde que autorizado pelo contrato, ou pelas autoridades financeiras;



§ 2º - A atividade do fiduciário será remunerada, como acordado no contrato, ou, em caso de atuação nos mercados de capitais e financeiro, na forma determinada pelas autoridades.

Art. 7º - O fiduciário poderá ser destituído de suas funções, por iniciativa do fiduciante nas seguintes hipóteses:

- i) incapacidade civil, inabilitação expressa, insolvência, falência ou qualquer outro impedimento para administrar;
- ii) contrariar normas de ordem pública ou se utilizar do contrato de fidúcia para obter vantagens ou benefícios pessoais em detrimento do estatuído no contrato;
- iii) causar prejuízo ou frustrar a finalidade do contrato de fidúcia, por dolo ou culpa, e/ou incorrer em negligencia administrativa.

§ 1º - O fiduciário vindo a falecer extingue-se o contrato, e se tiver havido renúncia, cessão de seus direitos, ou substituição por qualquer outro motivo, o registro do contrato de fidúcia deverá receber novo registro no órgão cabível.

§ 2º - Caso o contrato de fidúcia não mencione quem deva substituir o fiduciário por morte, incapacidade, renúncia, destituição, ou impedimento, seu substituto deverá ser designado pelo fiduciante, e, caso o fiduciário seja entidade financeira, o substituto deverá ser designado pelo Banco Central do Brasil.

Art. 8º - Os direitos do beneficiário, além daqueles indicados no contrato de fidúcia, são:

- i) exigir do fiduciário o cumprimento das obrigações contidas no contrato ;
- ii) adotar as medidas de defesa necessárias para manutenção e defesas dos bens e direitos, caso o fiduciário não o faça;
- ii) obter a transferência dos bens e direitos, em seu benefício, e dados em propriedade fiduciária resolúvel , desde que resolvida a condição ou termo.



Art. 9º - Os direitos do fiduciante, além dos constantes no contrato, são ainda:

- i) resilir o contrato de fidúcia, com a destituição do fiduciário e indicar substituto, sem qualquer justificativa ou motivo;
- ii) obter a restituição de bens e direitos, indicados no contrato de fidúcia, quando da realização da condição ou advento do termo;
- iii) exigir a prestação de contas do fiduciário periódica e ao final do contrato;
- iii) imputar responsabilidade do fiduciário, quando necessário.

Art. 10º - O patrimônio de afetação, autônomo, constituído de bens e direitos, e obrigações deles decorrentes, inseridos no contrato de fidúcia como propriedade fiduciária resolúvel, não se submetem aos efeitos de insolvência civil, falência, recuperação judicial, e assim permanecem até o advento da condição e termo, quando, então, se houver eventual saldo, os administradores de insolvências, de massa falida e recuperação judicial poderão arrecadar esse saldo.

Art. 11 – O contrato de fidúcia se extingue:

- i) pelo falecimento do fiduciário, se pessoa física e ou falência e liquidação de pessoa jurídica;
- ii) pelo implemento da condição ou advento do termo;
- iii) pela rescisão do contrato, se previamente contratado;
- iv) pela renúncia, ou morte do beneficiário, sem indicação de sucessor pelo fiduciante;
- v) por acordo entre fiduciante e beneficiário, respeitados os direitos do fiduciário ;

Art. 12 – O falecimento do fiduciário, antes de cumpridos a condição ou termo, embora extinga o contrato de fidúcia, **não** extingue os respectivos **efeitos**, salvo se diversamente acordado no contrato.



Art. 13 – Extinto o contrato de fidúcia, os bens e direitos serão transmitidos de pleno direito ao patrimônio da pessoa indicada no contrato.

Art. 14 – O Conselho Monetário Nacional, o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários, dentro de suas respectivas atribuições, expedirão normas reguladoras para atuação das entidades financeiras como entidades fiduciárias.

Art. 15 - As disposições desta lei aplicam-se à alienação fiduciária, à cessão fiduciária e outras hipóteses de propriedade resolúvel fiduciária.

Art. 16. – Esta lei entra em vigor na data da sua publicação.

Indicação Parecer 246/2011



Bibliografia:

Bernat, Cédric- “La Fiducie em Droit français”. In <http://cedricbernat.wordpress.com/2010/8/3//>

Bevilácqua, Clovis - Código Civil. Ed. Livraria Francisco Alves. Rio de Janeiro, São Paulo, Belo Horizonte, 1917, v. II, 450p.

Candian, Aurelio – Diritto Privato. Ed. Giuffre, Milano, 1949, 2ª ed.

Carvalho, Afranio de – Instituições de Direito Privado. Editora Forense, Rio de Janeiro, 1980, 3ª ed.

Chalhub, Melhim Namen - Negocio Fiduciário. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, São Paulo, Recife, 2009, 4ª. ed.

Costa, Judith H. Martins – “Os negócios fiduciários”. In Revista dos Tribunais, v. 657, p. 37.

Couto e Silva, Clóvis – “Cessão de Crédito”, In Revista dos Tribunais , v. 638, p. 10 e ss.

Fonseca, Rodrigo Garcia da- Função Social do Contrato e o Alcance do artigo 421 do Código Civil. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, São Paulo, Recife, 2007, p 276.

Fontenelle, Alexandre Luiz Dyott - Parecer não publicado “Contrato de Fidúcia”. Rio de Janeiro, 2011.

Gomes, Orlando - “Contrato de Fidúcia” (*Trust*), In Revista Forense, v. 211, p. 11 e ss.

Kiper, Claudio e Lisoprawski, Silvio V. – Tratado de Fideicomisso. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2004, 826 p.

Lima, Monica Salles – “Contratos no Brasil”. Parecer não publicado, Rio de Janeiro, 2011.

Mallet-Bricourt, Blandine – “Fiducie et propriété” In Internet – www.hal-univ-lyon3.archives-ouvertes.fr, 14 décembre 2009.

Messa, Theodoro – artigo não publicado “Trust no Direito Anglo-Saxônico”. Rio de Janeiro, 2012.



Monteiro, Washington de Barros – “Curso de Direito Civil- Direito das Coisas”, Ed. Saraiva, São Paulo, 1963, 5ª. 419 p.

Oliva, Milena Donato - Patrimônio Separado. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, São Paulo, Recife, Curitiba, 2009, 404 p.

Silva Pereira, Caio Mário da – Instituições de Direito Civil – Direito das Coisas. Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1972.

Stuber, Walter Douglas – “A legitimidade do *Trust* no Brasil”, In Revista de Direito Mercantil, nº 76, p. 103 e ss.

Wald, Arnold – “Algumas Considerações a respeito da utilização do *Trust* no Direito Brasileiro”, In Revista de Direito Mercantil, nº 99, p. 105 e ss.