



INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS

PARECER

Indicação nº 246/2011, que contempla anteprojeto de lei que dispõe sobre a fidúcia e dá outras providências, de autoria do professor e advogado Dr. Melhim Namem Chalhub.

Ementa: Projeto de lei dispendo sobre o regime legal de fidúcia. Necessidade e conveniência de introdução no nosso ordenamento jurídico de legislação nova e moderna, capaz de atender aos anseios do cidadão. Convivência harmônica com outros institutos do direito pátrio.

Relator da Comissão Especial designada na sessão plenária de 25.7.2012:
Dr. Gustavo Alberto Villela Filho.

NOTA INTRODUTÓRIA

Preliminarmente, permitimo-nos registrar que o Direito brasileiro deve ao Instituto dos Advogados Brasileiros a moderna formulação das normas legais sobre segregação patrimonial destinada à realização de investimentos e, especificamente, à proteção dos adquirentes de imóveis pelo regime da incorporação imobiliária.

Referimo-nos ao anteprojeto de lei da lavra do consócio Melhim Chalhub aprovado neste Plenário, em novembro de 1999, pelo qual o conjunto de direitos e obrigações de uma incorporação imobiliária é legalmente qualificado como um patrimônio de afetação. Cada um desses patrimônios submete-se ao regime da incomunicabilidade e de vinculação de receitas,

por força do qual não se comunica com o patrimônio geral da incorporadora, e responde somente pelas suas próprias obrigações. Nessa estruturação, uma comissão de representantes formada por 3 adquirentes está investida por lei de poderes para, em situação de crise financeira da incorporadora, assumir a administração do empreendimento e prosseguir a obra com os recursos desse mesmo patrimônio ou, alternativamente, liquidar o patrimônio de afetação.

Esse anteprojeto foi encaminhado pelo então Presidente do Instituto, Professor João Luiz Duboc Pinaud, a autoridades do Poder Executivo e do Poder Legislativo, tendo sido reproduzido em 4 Projetos de Lei na Câmara logo no início do ano 2000. No ano 2001 foi convertido na Medida Provisória nº 2.221, e em 2004 foi, finalmente, convertido na Lei 10.931/2004, que introduziu na Lei 4.591/1964 os arts. 31-A a 31-F, cujo teor é, em essência, o anteprojeto aprovado neste Plenário.

Essa lei e o anteprojeto cujo parecer ora submetemos ao Plenário do IAB, expressa a proposta apresentada pelo consócio Melhim Chalhub na monografia “Negócio Fiduciário”,¹ com a qual conquistou, com grau dez, o título de Especialista em Direito Privado na Universidade Federal Fluminense, como relata o saudoso Professor Luiz Roldão de Freitas Gomes na Apresentação do livro do mesmo nome que esse consócio lançou em 1998.

Fazemos esta introdução para registrar a afinidade do Instituto com o anteprojeto objeto do presente Parecer, que se fundamenta nos mesmos conceitos da fidejussão germânica medieval e do trust anglo-americano, que



¹ Editada pela Gen-Forense com o nome *Alienação Fiduciária – Negócio Fiduciário*, 6ª edição, 2019.



inspiraram a legislação do patrimônio de afetação da incorporação imobiliária, conceitos esses que vêm sendo assimilados nos países de tradição jurídica romana, mediante normas legais que regulamentam a segregação de determinados bens e sua afetação para cumprimento de determinada finalidade econômica e/ou social, tendo como beneficiário um terceiro ou o próprio transmitente desses bens.

TRAMITAÇÃO DESTA INDICAÇÃO

A presente indicação teve no passado como Relatora a saudosa consócia e querida amiga e colega Dra Dora Martins de Carvalho que, com a sua habitual cultura e proficiência nos brindou com substancioso parecer contendo sugestões para serem incorporadas ao anteprojeto da “Lei de Fidúcia” de autoria do Dr. Melhim Chalhub, parecer esse que foi aprovado no âmbito da Comissão de Direito Civil (CDC), em 17/07/2012.

Porém, com o falecimento da saudosa Dra Dora, infatigável advogada que, com muito zelo, dedicou grande parte de sua vida ao estudo do direito, acabou por não ser levado ao Plenário para deliberação a indicação então em curso.

Posteriormente, o assunto voltou a ser debatido em diversas sessões da Comissão Permanente de Direito Empresarial (CDE), tendo, com muita honra para mim, sido designado Relator da aludida indicação.

Tive a oportunidade de emitir Parecer em que procurei ressaltar a importância da criação da fidúcia naquele momento da vida do país, mostrando que o anteprojeto procurava, como procura, obstinadamente, a

WAV



síntese e clareza ao estabelecer as condições regulatórias para a sua plena utilização como eficaz instrumento de circulação e distribuição de riqueza e destinado ao atendimento dos múltiplos objetivos almejados pelo cidadão comum.

Em sessão plenária de 25/07/2012, através da Portaria nº 038/2012, diante da manifestação de diversos consócios que entenderam oportuno uma revisão mais acurada do anteprojeto apresentado, até mesmo pela importância da criação e introdução da aludida legislação em nosso ordenamento jurídico, foi criada uma Comissão Especial sob a Presidência do signatário, e da qual faziam parte os ilustres consócios, Drs. Carlos Jorge Sampaio Costa, Teresa Cristina Pantoja e Carlos Eduardo Bulhões Pedreira, tendo sido convidado o autor do Anteprojeto Dr Melhim Chalhub para interagir com os membros da Comissão nas diversas reuniões realizadas.

Inicialmente, foi estabelecido o prazo de 30 dias, prorrogado por mais 60 dias para as conclusões do trabalho, dada a complexidade e importância do Anteprojeto, tendo diversas propostas sido feitas pelos consócios e incorporadas ao texto.

De toda sorte, o novo texto produzido e consolidado não chegou a ser levado ao Plenário do IAB em virtude de tramitar pelo Senado Federal o PLS 487/2013 relativo a criação de um novo Código Comercial Brasileiro, no qual encontra-se inserido no Capítulo VII (artigos 540 à 553) a regulação do contrato fiduciário.

Intitulado “contrato fiduciário”, o Capítulo VII desse Projeto preconiza a regulamentação do negócio jurídico fiduciário, mas apenas no restrito



âmbito das atividades empresariais, enquanto o anteprojeto ora apresentado tem alcance mais amplo, pois preconiza sua regulamentação para as relações jurídicas em geral, abrangendo planejamento sucessório, proteção de pessoas com necessidades especiais, dentro inúmeras outras situações de relevante interesse social merecedoras da tutela da segregação patrimonial típica da fidúcia.

DO ANTEPROJETO

Registro, preliminarmente, que, ao elaborarmos o presente parecer, questionamos se deveríamos tratar o novel instituto como “trust” ou como “fidúcia”. A vantagem de se adotar o primeiro residiria no fato de ser o nome *trust* consagrado em todo o mundo e já conhecidos os seus propósitos e a sua utilização prática.

Por outro lado, o autor do anteprojeto, fiel aos conceitos que muito apropriadamente expõe e atento à necessidade de adaptação do negócio fiduciário em face da economia moderna, defende a adoção, de forma mais abrangente, do que denomina de fidúcia legal, entendendo esta como uma “evolução do trust.”

Com efeito no seu processo de evolução, a fidúcia, nas suas várias expressões foi se amoldando às necessidades e às circunstâncias de cada momento. Observe-se que na configuração do direito germânico, em cotejo com a do direito romano, a *fides* foi redimensionada por uma nova construção jurídica que impede o livre jogo da confiança e afasta os riscos para o fiduciante, ao introduzir a condição resolutiva no contrato; de outra parte, e mais recentemente, a evolução do trust evidencia uma redefinição ainda mais marcante, na qual a *fides* foi substituída por um conjunto de



direitos e obrigações plenamente exigíveis, que transformaram aquele instituto numa figura a que a doutrina vem denominando *fidúcia legal*.

Esse processo evolutivo não desnatura o instituto, antes ajusta-o às novas necessidades da vida e às novas circunstâncias ou conjunturas sociais e econômicas, mesmo revestindo-o de novas feições.”²

Em sua clássica obra sobre os negócios jurídicos indiretos, Tullio Ascarelli³ observou que “novos conceitos não costumam surgir no Direito de improviso. Eles são objeto de adaptação de antigas e históricas formas às necessidades de preencherem determinadas funções, que surgem com o desenvolvimento sócio-econômico. Não se trata por certo de uma espécie de misoneísmo jurídico, mas de uma tentativa de conciliar as novas exigências da vida prática, com a certeza e segurança da disciplina jurídica, através da criação de novo direito sem comprometer a integridade do sistema. Dessa forma, atende-se às necessidades da vida hodierna através de institutos conhecidos, de forma que à nova matéria oferece-se um arcabouço jurídico já conhecido e seguro”.

Como se sabe, e está definido pelo caput do artigo 2º, “pela fidúcia uma das partes denominada fiduciante, transmite sob regime fiduciário, bens ou direitos, presentes ou futuros, a outra, denominado fiduciário, para que este os administre em proveito de um terceiro, denominado beneficiário, ou do

unil

² Melhim Namem Chalhoub, *Alienação Fiduciária - Negócio Fiduciário*. Ed. Gen-Forense, 8ª ed., 2019, p. 55.

³ Tulio Ascarelli, *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, Ed. Quantum, S.Paulo, pág. 71



próprio fiduciante, e os transmita a estes ou a terceiros, de acordo com o estipulado no contrato”.

A fidúcia tem pontos de afinidade, dentre outros, com a fundação (artigo 62/69 CC), representação (artigos 115/120 CC), mandato (artigos 653/666CC), fideicomisso (artigos 1951/1960 CC), usufruto (artigos 1390/1409 CC), doação (artigos 538/554 CC), gestão de negócios (artigos 861/875 CC), constituição de renda (artigos 803/813 CC).

Embora assemelhados a um ou outro dos institutos mencionados, o próprio autor do projeto, em seu magnífico livro *Trust*⁴, trata das diferenças entre essas figuras afins, demonstrada a lacuna existente na legislação, que justifica o advento da fidúcia, dentro de uma interpretação moderna e das vantagens daí decorrentes para a própria economia do país.

Citando Philip H. Pettit (*Equity and the laws of trust*, Londres, Butterworths, 1993), discorre Chalhub:

“Em geral, os propósitos são diferentes; um contrato em geral exprime uma troca entre as partes, cada uma obtendo certa vantagem, enquanto que no “*trust*” o beneficiário é um voluntário e o “*trustee*” não extraí para si benefício do “*trust*”.

Na mesma linha de entendimento, a professora Milena Donato Oliva, em capítulo sobre o TRUST, no livro “Arquitetura do Planejamento

lml

⁴ Melhim Namem Chalhub “Trust”, Ed. Renovar, 2001, Rio de Janeiro, pág.62.

Sucessório”,⁵ coordenado pela Dra. Daniele Chaves Teixeira, assim se manifestou, *verbis*:



“Ressalte-se que o Trust não é equiparável a nenhum instituto do ordenamento pátrio. Embora as hipóteses de afetação patrimonial existentes no direito brasileiro possam se assemelhar, em maior ou menor grau, à estrutura básica do trust, são previstas para a tutela de interesses determinados, sem aptidão para a realização de funções variadas. O trust, a seu turno, constitui negócio jurídico versátil, no qual a transmissão da titularidade se encontra funcionalmente relacionada com escopo da afetação patrimonial estabelecido pelo settlor, podendo servir, por isso mesmo, à promoção de variados interesses”.

A proposição legislativa tem seu foco voltado ao atendimento das intenções das partes envolvidas, do settlor ou fiduciante, do fiduciário e do beneficiário, dentro de uma enorme gama de alternativas e exigências feitas pela vida moderna, mas sempre em consonância com arcabouço legal vigente.

A crítica passível de ser suscitada em relação à criação de patrimônio afetado, segregado, separado, autônomo, destacado do patrimônio do instituidor, sob alegação de que o instituto poderia servir à prática de fraude, não se sustenta.

Com efeito, a afetação patrimonial já se encontra regulada no direito positivo brasileiro para várias situações, inclusive por proposição do Instituto dos Advogados Brasileiros, conforme mencionado na Nota

⁵ *Arquitetura do Planejamento Sucessório*, coordenado pela Dra. Daniele Chaves Teixeira, Ed. Forum, Belo Horizonte, 2019, pág. 368.



Introdutória do presente parecer, seja mediante pura e simples manifestação do instituidor ou por negócio jurídico oneroso, como é o caso da atribuição fiduciária para fins de garantia ou de administração (Leis 8.668/1993 e 9.514/1997, entre outras).

Esses negócios jurídicos, já existentes no ordenamento, do mesmo modo que o contrato fiduciário ora proposto, sujeitam-se aos mesmos requisitos a que se submetem a transmissão de bens de um modo geral, seja a título gratuito ou não, inclusive com fins de administração ou garantia, e não obstante o fato de tanto a oneração como a transmissão poderem se prestar à fraude estão contemplados no ordenamento que os coíbe pelos meios repressivos específicos, aplicáveis a qualquer espécie de oneração ou transmissão, notadamente nos termos do art. 792 do CPC e do art. 185 do Código Tributário Nacional.

Efetivamente, com base nessas disposições legais, podem ser consideradas ineficazes todas as espécies de afetação patrimonial já regulamentada no direito positivo, entre elas aquelas previstas nos arts. 31-A e seguintes da Lei 4.591/1964 (patrimônio de afetação da incorporação imobiliária) e os arts. 9º a 11 e 22 a 30 da Lei 9.514/1997 (securitização pelo regime fiduciário e alienação fiduciária).

Do mesmo modo que esses negócios jurídicos de criação de patrimônio de afetação ou de transmissão condicional, também a operação de fidúcia ora proposta será ineficaz se contratada em fraude à execução (CPC, art. 792) ou se, quando contratada, existir contra o fiduciante dívida inscrita com a Fazenda Pública, como expressamente dispõe o art. 185 do Código Tributário Nacional.


A par da existência de normas legais que assegurem a higidez do negócio jurídico fiduciário, são evidentes as vantagens da regulamentação da técnica da afetação, que será capaz de servir para blindagem patrimonial estritamente dentro da lei, sem a necessidade, como ocorre hoje em dia, de utilização de complexas formas societárias com a introdução de empresas offsshore, muitas vezes de duvidosa legalidade, e mais, em prejuízo à manutenção de bens e direito no país.

No art, 4º o anteprojeto prevê que a fidúcia pode ser estabelecida por lei ou constituída por contrato ou por ato unilateral, com caráter revogável ou irrevogável. Nessas hipóteses está compreendido o testamento, já que constitui ato unilateral e pode servir à instituição da fidúcia.

Abordando exemplos práticos sobre perda de oportunidade pela inexistência de instrumentos jurídicos viáveis para atender a demanda de uma cliente, lembro-me de uma situação por mim vivenciada cerca de quatro décadas atrás, quando trabalhava, à época, em um dos maiores escritórios de advocacia do país.

Certo dia compareceu ao escritório uma senhora idosa que tinha um filho, usuário de drogas fortíssimas que, por sua vez, tinha um filho que era o orgulho da avó.

Tinha esta senhora feito, no passado, um testamento em que praticamente deserdava o filho na parte disponível da herança contemplando o neto na mesma medida não sendo porém isso o que, no fundo, nossa cliente desejava.



O escritório acabou por criar um “trust” no exterior, estabelecendo um conjunto de regras que protegesse a ambos - o filho, assegurando a este recursos para o atendimento às suas necessidades básicas e, principalmente, no pagamento do suporte médico de combate ao vício, e ao neto prevendo investimentos em educação e lazer.

A escolha adequada do trustee, com uma remuneração compatível com a responsabilidade do encargo, era a garantia necessária para o acerto da decisão tomada

Numa visão crítica do assunto acima relatado e atentando-se para as circunstâncias específicas apresentadas, usamos o exemplo para comparar o trust com o fideicomisso.

Como bem observou o Dr. Melhim Chalhub⁶ em sua obra, no sentido de que os poderes dados ao fiduciário no fideicomisso são substancialmente mais reduzidos do que os outorgados ao trustee no Trust, temos que “além disso o direito do fideicomissário pode caducar, quando este renunciar a herança, ou se falecer antes de se esgotar o direito do fiduciário, hipóteses em que a propriedade se consolida no fiduciário”, enquanto no trust o direito do beneficiário não caduca, e se este morrer antes do prazo estabelecido no contrato, ou renunciar aos seus direitos, os bens reverterem ao instituidor do trust.

Realmente o fideicomisso não seria o caminho a ser trilhado para o atendimento ao desejo da cliente.

⁶ Melhim Namen Cjalhub, Trust, ob.cit p.64

Registre-se que, no exemplo citado, foi preciso se contratar advogado nos Estados Unidos para se regular negócios jurídicos a serem realizados no Brasil. Por aí se vê como a inexistência de uma figura como o trust pode trazer desvantagens para o país em termos até de desinvestimento, pelo estímulo que se estará dando à movimentação e transferência de recursos para o exterior.

Sob outro enfoque, a professora Milena Donato Oliva aborda o tema sob a ótica do “Trust como importante instrumento protetivo ao lado da tutela”, ao trazer, de forma bastante apropriada, a proteção do direito do menor na gestão de recursos destinada a prover a sua educação.

Uma outra função importante do trust diz respeito à prestação de garantia, como na situação em que o fiduciário, vindo a se tornar inadimplente ante as obrigações assumidas perante terceiros em geral, ou mesmo tendo decretada a sua insolvência civil, mantém intacta a garantia constituída com respaldo em patrimônio segregado. Nesta situação o beneficiário assume a posição de credor, não podendo os bens que constituem o patrimônio do trust serem executados pelos demais credores que, tendo conhecimento da existência do trust, possuíam condições de avaliar os riscos de um determinado negócio.

A Mestranda Maria Luiza de Sá Fernandes Martins⁷, em sua tese de Mestrado, na Faculdade do Porto, Portugal. com muita propriedade assinalou que “para muitos o trust é um meio para afastar os credores

⁷ O Trust enquanto instrumento de Garantia no cumprimento das obrigações (www.repositorio.usp.pt/bitstream) dissertação de Mestrado na Faculdade de Direito . Escola do Porto, Portugal, publicado na Internet



privilegiados, mas também pode ser usado como forma de garantir o interesse daqueles, dando-nos um exemplo concreto: “um empreiteiro compromete-se a realizar uma obra e para tal compra materiais e paga seus trabalhadores. De forma a acautelar a sua remuneração, propõe ao dono da obra que coloque periodicamente uma quantia da remuneração numa conta bancária. O Banco administra, em trust, aquela quantia. No caso em apreço quem assume o papel de administrador é o Banco. O beneficiário é o empreiteiro. Deste modo o empreiteiro encontra-se garantido. O dono da obra também está garantido, porque na eventualidade do empreiteiro não acabar a obra, a quantia monetária retorna a si”

A utilização da ideia do trust para fins de garantia, que em “*common law*” se denomina “*mortgage trust*”, já se encontra adaptada ao direito brasileiro na forma da alienação fiduciária, que abrange desde a transmissão condicional, fiduciária, de bem móvel infungível (CC, arts. 1.361 e seguintes), como do bem móvel fungível, direitos creditórios e títulos de crédito (Lei 4.728/1965, art. 66-B) e bens imóveis (Lei 9.514/1997, arts. 22 e seguintes).

Não obstante, como bem ressalta o autor da proposição em sua obra *Alienação Fiduciária-Negócio Fiduciário*, na sociedade contemporânea são inúmeras as situações em que se torna necessária a atribuição de administração de investimento a terceiros, notadamente provenientes da poupança do homem médio, pouco afeito ao mercado de capitais, tornando-se indispensável a existência de normas gerais de proteção, dentre as quais a mais eficaz é a afetação patrimonial na forma de contrato de fidúcia.



Nos termos da proposição, os direitos patrimoniais relacionados ao negócio são tutelados de maneira peculiar, como meio de delimitação de riscos, para proteção dos beneficiários e segurança da relação jurídica.

Com a regulamentação proposta, não temos dúvidas de que a fidúcia poderá servir não só como conveniente instrumento de garantia, mas também constituirá a base legal que dará sustentação às operações dos fundamentos de investimento, em geral, à semelhança dos *trust investments* nos Estados Unidos, e, ainda, conferirá maior efetividade aos mecanismos de planejamento patrimonial e sucessório e de proteção da pessoa com necessidades especiais.

O anteprojeto não trata dos aspectos referentes a tributação, tendo o autor justificado a ausência dessas normas neste anteprojeto por se tratar de matéria objeto de lei complementar.

CONCLUSÃO:

Em nossa opinião, o momento por que passa o país é muito favorável a regulamentação da operação de fidúcia, e que traria, dentre outros, os seguintes benefícios e vantagens:

- a) constitui mecanismo que, pela segregação patrimonial sujeita a rígidos requisitos legais, conferirá a segurança jurídica necessária para estimular investimentos;
- b) serviria como eficaz instrumento de circulação e distribuição de riqueza destinado aos múltiplos objetivos almejados pelo cidadão comum;

- c) atenderia aos anseios de permitir um adequado planejamento sucessório e patrimonial, em vida ou pós morte, atendendo mais eficazmente à proteção de pessoas com necessidades especiais, em comparação com os instrumentos hoje existentes no ordenamento;
- d) evitaria a evasão de divisas, provocada pela constituição do trust no exterior, como ocorre hoje em dia, ou através de sofisticados formatos societários com a introdução de empresas offshore, na maioria das vezes com o objetivo de fraudar terceiros e o fisco;
- e) serviria como importante instrumento da tutela de filhos menores, provendo-os com recursos necessários a uma boa educação, na eventualidade do falecimento do instituidor-fiduciante, permitindo que fiduciário e tutor fiscalizem um ao outro, na administração e gestão do patrimônio do menor;
- f) da mesma forma, poderá o trustee ou fiduciário, agir em conjunto com o curador, podendo a administração, sempre em benefício do curatelado, ser realizada mesmo antes de decretada a interdição, pois, como sabemos, os responsáveis pelo interditando muitas vezes relutam em oficialmente requerer judicialmente a incapacidade civil;
- g) a par de constituir importante ferramenta a mais, colocada à disposição dos brasileiros, a fidúcia não colide com os institutos contemplados no nosso ordenamento jurídico, mas eles coexiste harmoniosamente;

Wink



h) nos termos propostos, a blindagem patrimonial através da afetação será feita de forma transparente, punindo-se, severamente, a tentativa ou consumação de fraude com a utilização da fúcia conforme previsto no anteprojeto.

Por todas essas razões, coloco o tema em discussão dos preclaros consócios para deliberação do Plenário na forma regimental, opinando pela sua aprovação nos termos propostos.

Este é o nosso parecer *smj*

Rio de Janeiro, 15 de julho de 2019

GUSTAVO ALBERTO VILLELA FILHO