

Obrigações, Contratos e Títulos de Créditos

1. O trust e o direito brasileiro

Trusts under brazilian laws

(Autor)

CLÁUDIO FINKELSTEIN

*Professor Livre-Docente, coordenador da Subárea de Direito das Relações Econômicas Internacionais da Pós-Graduação em Direito da PUCSP. Vice-Presidente da Sociedade Brasileiro de Direito Internacional.
claudio@finkelstein.com.br*

Sumário:

I Recentes desenvolvimentos no Brasil

Área do Direito: Financeiro e Econômico

Resumo:

O Trust, apesar de não regulamentado no Brasil, é cada vez mais um mecanismo de investimentos e administração de recursos lícito e vantajoso. O presente artigo tenta classificá-lo e responder a questão de quem é o proprietário deste instrumento.

Abstract:

The Trust, albeit not contemplated by Brazilian Law, has become each time a more advantageous and legit means to invest and manage existing assets. This article aims at classifying it and answering the question of who owns it.

Palavra Chave: Propriedade de trusts - Classificação legal do trust

Keywords: Ownership of Trusts - Legal characterization of trusts.

Muito tem se discutido na atualidade quanto ao instituto do *Trust* enquanto meio de administração de patrimônios. Assim, para entender seu funcionamento essencial é partir da tradução literal da palavra, que é 'confiança'. Baseado na confiança inerente aos instrumentos contratuais escritos de declaração de intenção e vontades, que se desenvolveu a teoria.

Em apertada síntese, um *Trust* nada mais é que um instituto jurídico de natureza contratual,

entretanto desprovido de personalidade jurídica, pelo qual uma pessoa física ou jurídica, denominada *grantor* ou *settlor* o cria e transfere a ele ativos de qualquer natureza, incumbindo a um *trustee* a tarefa de administrar tais ativos, sempre em favor dos *beneficiaries*, nos exatos termos e nas condições elencadas no texto do *Trust* (sua parte dispositiva). Ao criar tal instrumento contratual, o *settlor*, ao transferir esta parcela de direitos ao *trustee* deixa de ser o titular dos ativos para efeitos registrais, separando legalmente a propriedade e controle da propriedade beneficiária (*equitable ownership*), que passam a ser administrados pelo *trustee* em benefício do *settlor*, ou em benefício de quem este indicar. O *grantor* muitas vezes pode ser o próprio *trustee*. Outras vezes, havendo uma gestão profissional, o titular originário dos ativos pode figurar como *protector*, quando então terá a possibilidade de gerir os ativos.

No *Common Law*, sistema jurídico que criou o instituto hoje conhecido, as principais diferenças entre propriedade legal (titularidade) e propriedade beneficiária (*equitable*) são em certa medida simples.¹ Titular dos direitos do *Trust*, o *trustee* tem o direito de manter a posse, o privilégio do uso, e o poder necessário para efetuar a transferência total ou parcial, a título oneroso ou gratuito, destes ativos. Desta forma, perante terceiros, o *trustee* representa o proprietário destes bens. Somente perante os beneficiários a ciência da existência do *Trust* desnatura esta presunção de titularidade, vez que entre o *trustee* e os beneficiários existe a determinação contratual de prerrogativa daqueles determinarem a destinação da totalidade dos ativos, limitando a atuação do *trustee*. Esta titularidade do *trustee* é fiduciária para com os beneficiários, e não para consigo mesmo.

Assim, a resposta à pergunta que a muito se tenta responder de quem seria proprietário de um *Trust* encontra sua fundamentação neste direito de natureza eminentemente fiduciária criado pelo *Trust*, no *Common Law*. Como o direito que o regula é um direito estrangeiro,² teríamos que buscar a resposta neste direito, e não no direito brasileiro, que desconhece tal instituto, até porque institutos de natureza contratual sem personalidade jurídica não podem ser proprietários de ativos. Como no *common law* a titularidade e a posse se desvinculam uma da outra contratualmente sem a existência ou necessidade de um vínculo registral, num instrumento que somente os operadores deste têm ciência de sua existência e conteúdo, e como todos os direitos são exercidos por conta, ordem e instrução dos beneficiários (que no mais das vezes se confundem com seu instituidores), ainda que indiretamente, no nosso sistema seria considerado proprietário o *settlor* do *trust*, ao menos até o cumprimento da condição estipulada no contrato do *trust*, quando os ativos seriam transferidos de forma definitiva.

Isto se dá porque apesar de registrar os ativos em seu nome, o *Trust* representado pelo *trustee* não tem personalidade jurídica, não dispõe de autonomia para determinar a destinação dos seus ativos e nem pode decidir a forma de manutenção, aplicação ou disposição destes, por ser prerrogativa do *settlor*, direitos estes mantidos em sua pessoa durante a vida do *trust*.

Se partirmos do princípio que a propriedade implica no direito de livre disposição do bem, temos que o *trustee* não a tem, vez que o texto do instrumento de *trust* constitui gravame insuplantável. O *trustee* não pode dispor dos bens sem a prévia anuência do *settlor*.

A instituição de um *trust* comumente se dá, entre outros, por razões fiscais, para consolidar ativos destinados a investimentos, para proteger patrimônio de terceiros, ou para controlar propriedades e seus frutos quando o *settlor* estiver ausente, incapacitado ou mesmo morto, passando o *trust* a funcionar como um verdadeiro testamento.

Ainda assim, é necessário entender que o instituto de *Trust*, do modo que conhecemos hoje teve suas origens no Direito Romano, no *fideicommissum*, mas foi ampliado e desenvolvido nos sécs. XII e XIII

pela Inglaterra e posteriormente emulada em outras jurisdições de tradição anglo-saxônica (*Common Law*). Nestas jurisdições, o conceito de propriedade era objeto de transações comerciais que determinavam a transmissão da propriedade de um determinado bem, que deveria ser administrada para o benefício de terceiros.

O próprio Direito da Concorrência, ou Direito Antitruste, é o reconhecimento da importância do instituto enquanto instrumento facilitador de investimentos, vez que sua origem se deve ao combate empreendido pelos Estados Unidos no séc. XIX contra os *trusts monopolistas*, estruturas contratuais que detinham controle de grupos de empresas via utilização de *Trusts*.

O *Trust* Internacional é a criação de uma estrutura jurídica contratual (de natureza societária despersonalizada) em uma jurisdição estrangeira que a reconhece, cuja finalidade é adequar a administração de bens em jurisdições que possam oferecer menores riscos econômicos ou tributação elevada para o *Settlor*. Uma outra modalidade comumente utilizada é a de planejamento familiar sucessório, onde o *trust* passa a operar como se um testamento fosse.

No âmbito do direito internacional, o *Trust* foi objeto de discussão na Conferência de Haia, que, como resultado, aprovou a "Convenção sobre a lei aplicável ao *Trust* e ao seu reconhecimento" de 01.07.1985. O Brasil, todavia, não aderiu à Convenção, apesar de haver, dentro os aderentes, diversos países de tradição civilista. Por meio da Convenção, os países aderentes reconhecem o *Trust* em seus ordenamentos internos, com as respectivas consequências.

Esse instituto não se traduz tão adequadamente na língua e na legislação brasileira, pois a figura em geral localmente utilizada, fideicomisso, possui regulamentação própria e distinta daquela dada a esse instituto legal nos países de *Common Law*. Aqui, o fideicomisso relaciona-se mais aos direitos testamentários. O direito brasileiro contempla diversas modalidades de contrato fiduciário, nenhum, porém, com as características do *Trust*. Mandato, usufruto, dentre outros, possuem natureza jurídica semelhante, mas dele diferenciado, uma vez que nesses instrumentos, os bens permanecem acessíveis aos credores, enquanto o *Trust* tem por essência a divisão do direito de propriedade, isso é, os bens formalmente deixam de fazer parte do patrimônio do *Settlor*.

A despeito do instituto do *trust* ser desconhecido pela ordem jurídica brasileira, sua existência não o é, sendo inclusive reconhecidas as repercussões de sua utilização. Vejamos:

I. Recentes desenvolvimentos no Brasil

No Brasil, por não possuir regulamentação civil, os *Trusts* também não são regulados no âmbito tributário. No entanto, constata-se uma excessiva preocupação das autoridades fiscais com aspectos a eles relacionados, especialmente porque implicam em movimentação patrimonial e, logo, de riquezas. A preocupação cinge-se a questões relacionadas ao efetivo beneficiário dos rendimentos, desconsiderando-se eventuais entidades envolvidas nos negócios, a exemplo do que ocorre nos *Trusts*.

Dentre os tributos que possivelmente podem incidir no Brasil em face de operações relacionadas ao *trust* destacam-se: (i) o imposto de renda ("IR"), (ii) o imposto sobre a transmissão *causa mortis* e doações ("ITCMD"); (iii) o imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos e valores mobiliários ("IOF"); e (iv) o imposto sobre transmissão de bens imóveis inter vivos ("ITBI").

Instrução CVM 463, de 08.01.2008:

A edição da Instrução CVM 463 em 2008 visou alinhar a regulamentação da Comissão às

recomendações internacionais do Grupo de Ação Financeira sobre Lavagem de Dinheiro (GAFI), e teve por objeto regulamentar operações realizadas por *peessoas politicamente expostas*.³

Instrução Normativa RFB 1.634, de 06.05.2016:

A Receita Federal do Brasil (RFB) informou, em abril de 2016, que foram criadas novas qualificações para os eventos de inclusão/alteração de Quadro de Sócios e Administradores (QSA) das entidades domiciliadas no exterior - EDEX, enquadrando-se neste entendimento os *Trusts* e as *Offshores* internacionais constituídas por nacionais brasileiros. Entre elas a qualificação 69 (Beneficiário Final), criada para atender a deliberações da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA) no intuito de identificar o Beneficiário Final das entidades domiciliadas no exterior.

De acordo com o site da receita federal, a Instrução Normativa 1.634, de 06.05.2016, com vigência iniciada em 01.06.2016, define o beneficiário final como a pessoa natural que, em última instância, de forma direta ou indireta, possui, controla ou influencia significativamente uma determinada entidade.

A obrigatoriedade prevista em relação à necessidade de informação do beneficiário final e da entrega de documentos de investidores estrangeiros tem início em 01.01.2017, para as entidades que efetuarem sua inscrição a partir dessa data;

As entidades já inscritas no CNPJ antes de 01.01.2017 deverão informar os beneficiários finais quando procederem a alguma alteração cadastral a partir dessa data, ou até a data limite de 31.12.2018.

Assim, ainda que inexista uma regulamentação específica que poderia admitir seu ingresso e operacionalização em território brasileiro, forçoso reconhecer as repercussões deste, e fixar regras para o funcionamento local de *trusts* constituídos no exterior. Entendido o *trust* como meio hábil de realizar investimentos e administrar ativos em vida, e após a morte de seu fundador, aplaudimos qualquer esforço no sentido de trazer transparência e reconhecimento a seu uso, e eventual legislação doméstica visando o reconhecimento expresso dos direitos nele previstos, ou mesmo a criação de instituto com igual conteúdo pelo direito Brasileiro.

Pesquisas do Editorial

- ANÁLISE DA "ACLIMATAÇÃO" DO TRUST AO DIREITO BRASILEIRO: O CASO DA PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA, de Raphael Manhães Martins - RDPriv 42/2010/244
- TRUST BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE SUA ADAPTAÇÃO AOS SISTEMAS JURÍDICOS DE TRADIÇÃO ROMANA, de Melhim Namem Chalhub - RT 790/2001/79
- OS NEGÓCIOS FIDUCIÁRIOS - CONSIDERAÇÕES SOBRE A POSSIBILIDADE DE ACOLHIMENTO DO "TRUST" NO DIREITO BRASILEIRO, de Judith H. Martins Costa - RT 657/1990/37
- O TRUST NO DIREITO BRASILEIRO, de Gustavo Tepedino - Soluções Práticas - Tepedino 2/509

- A PROTEÇÃO DOS INCAPAZES E A UTILIDADE DA INCORPORAÇÃO DO TRUST PELO DIREITO BRASILEIRO, de Milena Donato Oliva - RT 938/2013/59