

UNIVERSIDADE DE COIMBRA

# Boletim da Faculdade de Direito

VOL. LXXXVII



COIMBRA  
2011



*Revistas*

## REFLEXÕES SOBRE O RECONHECIMENTO DE TRUSTS VOLUNTÁRIOS SOBRE IMÓVEIS SITUADOS EM PORTUGAL

AFONSO PATRÃO

### 1. Introdução

A tarefa do direito internacional privado pode assumir uma dificuldade variável em face de uma série de factores. Designadamente, deve atentar-se que se as diferenças entre as normas materiais das várias leis em concurso forem ténues, a escolha da lei aplicável nunca surpreenderá verdadeiramente qualquer dos sujeitos; por outro lado, se estivermos em domínio perpetrado pela autonomia privada (nas vertentes *material* e *confitual*), admitir-se-á aos interessados construir as normas reguladoras da relação jurídica, evitando-se a escolha legal de regras imperativamente mobilizáveis.

No problema de que aqui queremos tratar, nenhum destes desembaraços se vislumbra. Com efeito, os ordenamentos jurídicos nacionais diferem substancialmente quanto à aceitação da figura do *trust*, não apenas na sua modelação como mesmo quanto à sua previsão: o *trust* continua a constituir um *instituto jurídico desconhecido* para um número muito apreciável de países, ao mesmo tempo que assume uma extraordinária importância nos Estados influenciados pelo direito anglo-saxónico<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Vejam-se as impressivas palavras de JONATHAN HARRIS, "The Trust in Private International Law", *Reform and Development of Private International Law — Essays in honour of Sir Peter North*, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 187: "This is because

Ora, num mundo globalizado e numa Europa economicamente integrada, multiplicam-se os casos em que os ordenamentos jurídicos de *civil law* contactam com *Trusts*<sup>2</sup>, sendo certo que os conceitos romano-ger-

*of the fundamental importance of the trust in many legal systems, principally those of the common law, and its total absence from the domestic law of most civil law States*". No mesmo sentido, ADAIR DYER, "International Recognition and Adaptation of Trusts: The influence of the Hague Convention", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 32, 1999, p. 991; CAMILLE JAUFFRET-SPINOSI, "La Convention de la Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (1er juillet 1985)", *Journal du Droit International*, Ano 114, n.º 1 (Janvier-Février-Mars), 1987, p. 23; ANNE WALLACE, "Choice of Law for trusts in Australia and the United Kingdom", *International Comparative Law Quarterly*, Vol. 36, 1987, p. 454.

Entre outros exemplos, o instituto não existe no direito suíço, espanhol, francês, italiano e holandês. Nas leis escocesa e alemã preveem-se figuras afins, mas sem coincidir com o *Trust* típico da *Common Law*. Para uma análise das várias leis, cfr. DAVID J. HAYTON, et al., *Principles of European trust law*, Vol. I, Kluwer Law International — W.E.J. Tjeenk Willink, The Hague — Deventer, 1999, pp. 67 ss., e, especificamente sobre a aceitação do *Trust* em sistemas de *Civil Law*, CLAIRE SPIROU, "Une lacune du droit civil: le Trust — Un exemple: le trust à Cayman", *Revue Hellénique de Droit International*, 45, 1992, concretamente p. 204.

Já nos ordenamentos de *Common Law*, a importância do instituto é preponderante. Referimo-nos não apenas a Inglaterra, como também aos Estados Unidos da América, Canadá, Austrália, Nova Zelândia e Índia. Cfr. DAVID J. HAYTON, *The law of trusts*, 3.ª Edição, Sweet & Maxwell, London, 1998, p. 1.

A Doutrina nota, porém, que a importância do *Trust* se vem sentido igualmente nos países de *civil law*, porventura por influência das instituições europeias e da globalização da economia. Nessa medida, continuando claro que nesses Estados continua a não prever-se o *Trust*, têm vindo a ser criadas figuras afins, capazes de suprir necessidades similares. Neste sentido, cfr. ALDO BERLINGUER, "The Italian Road to Trusts", *European Review of Private Law*, Vol. 15, n.º 4, 2007, p. 553. Será porventura esta a razão de se encontrarem monografias sobre o instituto em Estados continentais onde a figura é desconhecida. Cfr. MAURIZIO LUPOI, *Trusts*, 2.ª Edição, A. Giuffrè, Milano, 2001, p. 413.

<sup>2</sup> Assim, ensinam GAILLARD e TRAUTMAN que "the civil-law countries find themselves more and more frequently confronted with international situations involving trusts. These confrontations raise difficulties that are at times intractable and, at the very least, encourage plaintiffs to take advantage of the pretext of a trust's existence in order to engage unnecessary litigation". EMMANUEL GAILLARD e DONALD THEODORE TRAUTMAN, "Trusts in Non-Trust Countries: Conflict of Laws and the Hague Convention on Trusts", *American Journal of Comparative Law*, Vol. 35, 1987, p. 313. No mesmo sentido, WALTER W. SWABENLAND, "The Conflict of Laws in Administration of Express Trusts of Personal Property", *Yale Law Journal*, Vol. 45, 1935-1936, p. 438.

mânicos nem sempre encontram correspondência no *Trust* de *common law*<sup>3</sup> e que as soluções jurídicas que o instituto provê seriam inaceitáveis perante os ordenamentos continentais<sup>4</sup> — não obstante os esforços das Instituições comunitárias no sentido da consagração, em toda a Europa, de institutos similares<sup>5</sup>.

Esta dificuldade é potenciada pelo facto de o *trust* produzir efeitos jurídico-reais (criando uma *propriedade fiduciária a termo*), domínio onde impera a aplicação da *lex rei sitae* e em que se não admite classicamente a escolha da lei aplicável.

Nessa medida, trataremos a questão de saber quais os efeitos que produz um *Trust* voluntário<sup>6</sup> privado<sup>7</sup> (de origem anglo-saxónica<sup>8</sup>) sobre

<sup>3</sup> Assim, para compreender o *Trust*, é necessário seguir o conselho de LUPOI: "Il civilista che voglia comprendere i trusts deve cercare di calarsi in essi più di quanto l'ordinaria esperienza comparatistica richieda e più di solito deve evitare il raffronto immediato e quasi istintivo con il diritto al quale è abituato. Il civilista deve cercare di dimenticare anche le nozioni che in materia già possiede, perché è altissima la probabilità che esse siano approssimative". Cfr. MAURIZIO LUPOI, *Trusts*, p. 1. No mesmo sentido, ANDREW G. PATON e ROSANNA GROSSO, "The Hague convention on the law applicable to trusts and on their recognition: implementation in Italy", *International Comparative Law Quarterly*, Vol. 43, 1994, p. 656; EMMANUEL GAILLARD e DONALD THEODORE TRAUTMAN, "La Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance", *Revue Critique de Droit International Privé*, Vol. 75, n.º 1, 1986, pp. 3 ss.

<sup>4</sup> Esta nota é muito bem expressa por ALDO BERLINGUER, "The Italian Road...", p. 535: "Such features are thus foreign in nature to the Italian system and explicitly contrary to some linchpin tenets of the civil law tradition, including the general principle of the liability of the debtor, the conception of property as an absolute right and the limited number of rights in rem, the prohibition of succession agreements". No mesmo sentido, MAURIZIO LUPOI, "The civil law Trust", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 32, 1999, p. 967; DAVID MCCLEAN, "The Hague moves towards a convention on the law applicable to trusts", *Commonwealth Law Bulletin*, Vol. 11, 1985, p. 237.

<sup>5</sup> Sobre este assunto, cfr. ALDO BERLINGUER, "The Italian Road...", p. 549 e ADAIR DYER, "Introductory note on the Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on their recognition", *Uniform Law Review*, I, 1985, p. 276. Cfr. ainda a proposta de codificação uniforme do direito dos *Trusts* de UGO MATTEI, "Should Europe Codify Trusts?", *Themes in Comparative Law: In Honour of Bernard Rudden*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 235 ss.

<sup>6</sup> Veremos *infra* que o *Trust* assume várias modalidades cujos regimes substanciais são diferentes. Ora, algumas das suas espécies implicam um tratamento conflitual próprio. É o caso do *resulting trust* e do *constructive trust*, de origem legal. Sobre este problema, cfr. ADELIN CHONG, "The Common Law choice of Law rules for resulting and

imóveis situados em Portugal, partindo do pressuposto que aquele foi constituído no estrangeiro e que os bens abrangidos se transferiram validamente<sup>9</sup>. Designadamente, procuraremos saber se o facto de o *Trust* implicar efeitos jurídico-reais e de o instituto ser desconhecido pela lei da situação dos imóveis conduz a um *não reconhecimento*, a um *reconhecimento parcial* ou, porventura, à sua *conversão noutra figura*.

Trata-se de um problema conhecido: num mundo globalizado, a importância do *Trust* está dependente dos efeitos que lhe forem reco-

constructive trusts”, *International Comparative Law Quarterly*, vol. 54, 2005, pp. 860 ss.; ANTONIO GAMBARO, “Problemi in materia di riconoscimento degli effetti dei *Trusts* nei paesi di *Civil Law*”, *Rivista di Diritto Civile*, Anno XXX, 1984, p. 97.

Em sentido contrário, defendendo que os *resulting trusts* devem ser tratados conflituamente da mesma forma (pelo menos, nos Estados que ratificaram a Convenção da Haia sobre Lei Aplicável ao *Trust* e ao seu reconhecimento), vide DAVID J. HAYTON, “The Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on their recognition”, *International Comparative Law Quarterly*, Vol. 36, 1987, p. 263, e, em certa medida, T. M. YEO, *Choice of Law for Equitable Doctrines*, Oxford University Press, Oxford, 2004, p. 191.

<sup>7</sup> Embora lhes referiramos, não cuidaremos dos *charitable trusts*.

<sup>8</sup> A uma vista menos cuidada, pareceria desnecessária a referência à origem anglo-saxónica do *Trust*. Todavia, nos vários sistemas jurídicos, multiplicam-se hoje institutos similares ao *Trust* inglês, muitos dos quais construídos em ordenamentos de matriz continental: será o caso de Malta, da Escócia, das Seychelles ou da Ilha Maurícia, onde se prevê o *Trust* no seio de um direito civil romano-germânico. Aliás, o Código Napoleónico vigora nestes dois últimos Estados (MAURIZIO LUPOI, *Trusts*, p. 311). Na Escócia, sistema jurídico que apresenta traços de *civil law* e de *common law*, prevê-se uma figura conhecida por “*civil law Trust*”, dados os traços marcadamente latinos.

Ora, o nosso estudo dirige-se tão somente ao problema do reconhecimento do *Trust* inglês (ou australiano ou canadiano) sobre coisas imóveis situadas em Portugal, e já não à de institutos similares entretanto criados em sistemas jurídicos *mistos* (como o escocês) ou de *civil law*. Descreveremos sumariamente o *civil law trust infra*, na nota n.º 25.

<sup>9</sup> Deixaremos de lado, por isso, outras questões de direito internacional privado que com esta se conexas, como a lei aplicável à forma da transmissão da propriedade do imóvel para o *trustee* ou à apreciação da capacidade do *settlor* para constituir o *Trust*. Repare-se que estes problemas (concentrados para a criação de um *trust* transnacional), suscitam difíceis soluções que, curiosamente, têm ficado à margem dos instrumentos convencionais de direito internacional privado sobre o *Trust*. Neste sentido, cfr. JONATHAN HARRIS, “The Trust in Private...”, p. 201.

nhecidos se, no património fiduciado, se incluírem imóveis situados em *non-Trust Countries*<sup>10</sup>. Assim, repare-se que utilizamos a expressão *reconhecimento* com este sentido específico: a indagação dos efeitos que um *Trust* constituído no estrangeiro, abrangendo um ou mais imóveis situados em Portugal, pode produzir no ordenamento interno<sup>11</sup>.

## 2. O Instituto do *Trust*: breve descrição e identificação de problemas conflituais

O *trust* voluntário, no direito inglês, é um instituto onde a propriedade é transferida por acto de vontade (*inter vivos* ou *mortis causa*) com uma finalidade de *administração patrimonial*<sup>12</sup>. Trata-se de um instituto em

<sup>10</sup> Efectivamente, ao contactar com Estados que desconhecem o *Trust*, “it is also uncertain how the civil law should treat assets which are found within its domain and belong to an English or American trust”. Cfr. PETER HEFTI, “Trusts and Their Treatment in the Civil Law”, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 5, 1956, p. 553.

<sup>11</sup> No fundo, utilizamos a expressão “reconhecimento” com o sentido que lhe dá a Convenção da Haia de 1985 sobre lei aplicável ao *Trust* e ao seu reconhecimento. Neste sentido, MARIA HELENA BRITO, “A convenção de Haia sobre a lei aplicável ao *Trust* e ao seu reconhecimento. Breve apresentação”, *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 1645 e 1646.

<sup>12</sup> Sobre a disciplina jurídico-material do instituto do *Trust*, vide, entre outros, DONOVAN WATERS, “The Institution of the Trust in Civil and Common Law”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, Tomo 252, 1995, pp. 123 ss.; DAVID J. HAYTON, *The law of trusts*, pp. 4 ss.; PHILIP H. PETTIT, *Equity and the Law of Trusts*, 10.ª Edição, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 27 ss.; MAURIZIO LUPOI, *Trusts*, pp. 24 ss.; MIGUEL VIRGÓS SORIANO, *El Trust y el Derecho Español*, Editorial Aranzadi — Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006, pp. 13 ss.; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, 2.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 271 ss.; MARGARIDA COSTA ANDRADE, “A Propriedade Fiduciária”, *Actas do II Seminário Luso-Brasileiro de Direito Registral*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 60 ss.; DIOGO LEITE DE CAMPOS e MARIA JOÃO CARREIRO VAZ TOMÉ, *A propriedade fiduciária (trust): estudo para a sua consagração no direito português*, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 3 ss.; MELHIM NAMEM CHALHUB, *Trust: perspectivas do direito contemporâneo na transmissão da propriedade para administração de investimentos e garantia*, Renovar, Rio de Janeiro; São Paulo, 2001, pp. 3 ss.; CLAIRE SPIROU, “Une lacune du droit...”, pp. 195 ss.; KURT LIPSTEIN, “Chapter 23: Trusts”, *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. III — Private International Law, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1994, p. 3.

que alguém (o *settlor*) confia a *propriedade* a favor de outrem (o *trustee*), que estará autorizado a administrar os bens ou direitos consignados (ou a deles dispor) em benefício de outrem — o *beneficiário* ou “*cestui que trust*”<sup>13</sup>. Este último receberá as vantagens da administração, gozando de um *equity right in rem*, podendo não apenas controlar a actuação do *trustee* como “*perseguir a coisa ou direito fiduciados onde eles se encontrem, já que pode opor o seu direito contra terceiros adquirentes*”<sup>14</sup>. Por outro lado, aceitando a função<sup>15</sup>, o *trustee* assume um conjunto de deveres em benefício do *cestui que trust*.

Identificam-se três elementos constitutivos do *trust*: a declaração de vontade do *settlor* (que abarca a definição das obrigações do *trustee*), a transmissão dos bens ou direitos para a titularidade do *trustee* e a definição das coisas e direitos patrimoniais objecto do *trust*, as quais constituirão um património separado — não se integrando, pois, na demais massa patrimonial do *trustee*<sup>16</sup>. Sobre o património objecto do *Trust* pas-

<sup>13</sup> Alguns Autores suscitam a questão de saber se a *ownership* transferida para o *trustee* corresponde ao conceito de propriedade romano-germânico. Todavia, com o escopo de não nos desviarmos, não trataremos deste problema, aceitando (como faz a Doutrina maioritária) que o *Trust* se concretiza na transmissão da propriedade para o fiduciário.

<sup>14</sup> Cfr. MARGARIDA COSTA ANDRADE, “A propriedade...”, p. 60; DAVID J. HAYTON, et al., *Principles of European...* Vol. I, pp. 13 ss.; FLORENCE GUILLAUME, “Incompatibilité du trust avec le droit suisse? Un mythe s’effrite”, *Revue suisse de droit international et de droit européen*, Vol. 10, n.º 1, 2000, p. 5; PETER HEFTI, “Trusts and Their Treatment...”, p. 555. Atente-se na presunção absoluta de actuação do *trustee* no interesse dos beneficiários. HAYTON, *ibidem*, p. 45.

<sup>15</sup> Com efeito, o sujeito nomeado como *trustee* pode aceitar ou recusar as obrigações cometidas pelo *settlor*, ficando o *Trust* sujeito à condição suspensiva da respectiva aceitação. Note-se, ainda, que a recusa ou renúncia por parte do *trustee* não afectará a validade do *trust* mas apenas a sua eficácia.

<sup>16</sup> Cfr. DAVID J. HAYTON, *The law of trusts*, p. 6; DIOGO LEITE DE CAMPOS e MARIA JOÃO CARREIRO VAZ TOMÉ, *A propriedade fiduciária...*, pp. 36 ss.; MAURIZIO LUPOLI, “The civil law...”, p. 970, (que os sistematiza diferentemente). Sobre a natureza autónoma do *trust fund*, cfr. DAVID J. HAYTON, et al., *Principles of European...* Vol. I, pp. 46 ss. Atente-se, ainda, que nada impede o *settlor* de reter a propriedade, investindo-se a si próprio como *trustee* (ao invés de transmitir a propriedade para outrem) ou de se nomear como beneficiário.

A verificação necessária destes elementos é sublinhada, no direito internacional privado, pelo artigo 2.º da Convenção da Haia de 1 de Julho de 1985 sobre lei aplicável ao *Trust* e ao seu reconhecimento.

sam a incidir dois direitos *in rem* em simultâneo: o do fiduciário (que dispõe de um *legal right*) e o do beneficiário (que dispõe de um *equity right*)<sup>17</sup>.

O instituto pode responder a uma multiplicidade de preocupações e, assim, revestir uma miríade de modalidades<sup>18</sup>. Na verdade, quanto aos poderes do *trustee*<sup>19</sup>, pode ser público ou privado (consoante se dirija a beneficiar a comunidade — *charitable trusts* — ou uma pessoa em particular — *private trusts*), pode apenas impor a obrigação de transferir a titularidade dos bens para os beneficiários (*passive trusts*) ou o cumprimento de deveres de administração (*active trusts*), pode ou não ser revogável pelo *settlor* (*revocable e irrevocable trusts*), pode dirigir-se à tutela do beneficiário contra a sua própria conduta ou seus credores (*protective trusts*<sup>20</sup>), à tutela

<sup>17</sup> Cfr. ALEGRÍA BORRÁS e CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS, “National Report for Spain”, *Principles of European Trust Law*, Vol. I, Kluwer Law International — W. E. J. Tjeenk Willink, Hague — Deventer, 1999, p. 159: o *trustee* ou *owner of law* assume uma “*fiduciary obligation whereby he may dispose of that property only in order to attain a predetermined purpose*”. Sobre a origem histórica, cfr. ANTONIO GAMBARO, “Problemi in materia...”, p. 93.

Será esta, porventura, uma das maiores dificuldades de reconhecimento do *Trust* em países de *civil law*, sobretudo naqueles onde vigora a tipicidade dos direitos reais. Neste sentido, DONOVAN WATERS, “The Institution of the Trust...”, pp. 341 ss.; GERARDO BROGGINI, “Trust e Fiducia nel Diritto Internazionale Privato”, *Europa e diritto privato*, N.º 2, 1998, p. 402; LOUIS D’AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, Economica, Paris, 2006, pp. 663 ss.

<sup>18</sup> A existência de uma multiplicidade de modalidades não põe em causa que, dada a modelação jurisprudencial, o *trust* se tenha tornado “*uma figura jurídica típica, quer social, quer legalmente*”. Cfr. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos...*, p. 273. Todavia, não pode negar-se que “*le trust est une institution très souple, adaptable dans les pays de common law à un grand nombre de situations qu’il est impossible d’en donner une définition contenant ses multiples facettes*”. Cfr. CAMILLE JAUFFRET-SPINOSI, “La Convention de la Haye...”, p. 25. Sobre as várias funções, cfr. HENRY HANSMANN e UGO MATTEI, “The functions of Trust Law: a comparative legal and economic analysis”, *New York University Law Review*, Vol. 73, 1998, pp. 434 ss.

<sup>19</sup> Exemplificamos apenas com as principais classes. Sobre a categorização do *trust* por atenção aos poderes do *trustee*, cfr. DIOGO LEITE DE CAMPOS e MARIA JOÃO CARREIRO VAZ TOMÉ, *A propriedade fiduciária...*, pp. 51-94.

<sup>20</sup> Nesta modalidade, por reear que a parcela patrimonial que pretendia atribuir ao beneficiário seria por este alienada ou agredida pelos seus credores, o *settlor* cria um *trust*, atribuindo os bens e os rendimentos ao beneficiário segundo calendário e modo por si estipulados.

alimentar do *cestui que trust* (*support trusts*) e pode não atribuir ao beneficiário qualquer direito ao rendimento ou a alimentos (*discretionary trusts*<sup>21</sup>). Atente-se, ainda, que o *Trust* não carece de qualquer publicidade (nem Registo, nem tradição das coisas — sendo aliás frequentes os *secret trusts*), e que o *settlor* pode reservar para si a posição de fiduciário ou de beneficiário<sup>22</sup>.

Daqui resultam imediatamente difíceis problemas jurídicos para os Estados onde o *Trust* constitui instituição desconhecida. Com efeito, o instituto do *trust* entrecruza, em grande medida, aspectos obrigacionais — porquanto o *trustee* assume encargos por cujo incumprimento responde<sup>23</sup> — com efeitos reais — patentes não apenas nos poderes a que corresponde a propriedade fiduciária do *trustee*, como especialmente na *sequela* de que o beneficiário goza face a terceiros adquirentes<sup>24</sup>. De facto, não só o *beneficiary* pode reagir sobre o fiduciário através de uma “acção «*in rem*» dirigida à recuperação da própria coisa” como pode, se o *trustee* tiver alienado a coisa objecto do *Trust* em violação dos seus deve-

<sup>21</sup> Nesta modalidade, ao invés de o beneficiário ter direito à distribuição dos bens ou dos rendimentos nos termos definidos pelo *settlor* (como no *protective trust*) ou encabeçar um direito a alimentos (como no *support trust*), o *trustee* goza do poder de decidir como e quando fará a distribuição dos rendimentos ou dos bens, dependendo os seus concretos poderes da determinação do *settlor*.

<sup>22</sup> É por esta razão que MAURIZIO LUPOI, *Trusts*, p. 2. sublinha a desnecessidade de existência de três sujeitos.

<sup>23</sup> Assim, ensina PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos...*, que o “«beneficiary» tem contra o «trustee» infiel uma acção «*in personam*» de indemnização”. Outrossim, MARGARIDA COSTA ANDRADE, “A propriedade...”, p. 61, (“Caso esta administração escrupulosa se não verifique, o fiduciário será responsável por todos os danos que causar, nomeadamente indemnizando o beneficiário”) e DAVID J. HAYTON, et al., *Principles of European...* Vol. I, p. 56.

<sup>24</sup> “The property is subject to a static constraint such that it is insulated from events affecting the assets of the owner and to a dynamic constraint designed to tie the property to a specified purpose”. Cfr. ALDO BERLINGUER, “The Italian Road...”, p. 537.

Notando a natureza híbrida do *Trust*, cfr. UGO MATTEI, “Should Europe Codify...”, p. 238: *the trust shares some characteristics with contracts and some with property*”. Cfr. ainda DAVID J. HAYTON, et al., *Principles of European...* Vol. I, p. 42; KENNETH G. C. REID, “National Report for Scotland”, *Principles of European Trust Law*, Vol. I, Kluwer Law International; W. E. J. Tjeenk Willink, Hague; Deventer, 1999, p. 69, *in fine*; ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ, “El *Trust* en el Derecho Sucesorio español”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Ano LXXXIII, N.º 704, 2007, p. 2430.

res, persegui-la e opor o seu direito ao adquirente, onerando-o com os deveres do *trust* e constituindo-o novo *trustee*<sup>25</sup>.

Perante isto, são evidentes as dificuldades internacionalprivatísticas que se colocam quando o *trust* incidir sobre imóvel situado em país cuja lei o não conheça: é presumível uma incompatibilidade entre a lei à luz da qual o *Trust* se constituiu e as normas territoriais ordenadoras do estatuto jurídico-real dos imóveis.

Com efeito, no ordenamento jurídico substantivo português — e na senda do que sucede nos países de *civil law* — o instituto do *trust* não está tipificado. Nesta sequência, atendendo principalmente ao princípio da tipicidade dos direitos reais, à proibição do pacto comissório e ao estabelecimento legal da inviabilidade da propriedade temporária fora dos casos expressamente previstos, o entendimento generalizado é a impossibilidade de constitui-

<sup>25</sup> Cfr. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos...* p. 274; DAVID J. HAYTON, *The law of trusts*, pp. 166 ss.; DAVID J. HAYTON, et al., *Principles of European...* Vol. I, p. 60. Atente-se, porém, que *right to trace* inexistente se o terceiro adquirir onerosamente e de boa fé.

Repare-se que é precisamente no facto de existirem dois direitos reais sobre a coisa que o *Common Law Trust* se torna difícil de receber nos ordenamentos continentais. É também este o factor distintivo do *Trust* de direito escocês. O *trust* do direito escocês confere ao beneficiário um direito de crédito, já que o facto de o *Trust* poder incidir sobre um património (e não sobre coisa certa e determinada) vem contribuindo para a negação da sua natureza real. Cfr. DAVID J. HAYTON, et al., *Principles of European...* Vol. I, KENNETH G. C. REID, “National Report for Scotland”, pp. 70 e 71: “the modern approach is to accept trust as a distinct and separate branch of the law of obligations”. Assim, no direito escocês, opera-se uma transferência incondicionada da propriedade para o *trustee* (que se torna o único proprietário), acompanhada de um *back-bond*, documento que estabelece as condições de regresso das coisas ao disponente (MAURIZIO LUPOI, *Trusts*, p. 447). Simplesmente, há uma certa *sequela* neste direito de crédito: o beneficiário pode exigir a propriedade da coisa de um terceiro adquirente, desde que de má fé; ademais, a propriedade fiduciária está a salvo dos credores do *trustee*. Cfr. ADELIN CHONG, “The Common Law...”, p. 876.

A natureza creditória do direito do beneficiário não deve surpreender-nos, pois mesmo no direito português são conhecidos direitos de crédito dotados de características típicas das figuras jurídico-reais (v. g. os privilégios creditórios gerais ou o direito atribuído ao arrendatário na lei portuguesa). Sobre esta figura, cfr. ainda KENNETH G. C. REID, “Patrimony Not Equity: the trust in Scotland”, *European Review of Private Law*, Vol. 8, N.º 3, 2000, pp. 427 ss., e GEORGE L. GRETTON, “Trusts Without Equity”, *International Comparative Law Quarterly*, Vol. 49, 2000, pp. 599 ss.

ção de tal relação jurídica à luz da lei portuguesa<sup>26</sup>. Na verdade, o *Trust* parte do princípio que há dois direitos de propriedade sobre a coisa, que a propriedade do fiduciário é temporária e modelada negocialmente e que os direitos e deveres desta relação triangular são oponíveis a terceiros, soluções dificilmente aceitáveis no seio do *droit civil*<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> Neste sentido, MARGARIDA COSTA ANDRADE, "A propriedade...", p. 81, que sustenta depender a constituição do *trust* de uma intervenção legislativa. Sem nos querermos alongar deter nos aspectos jurídico-materiais do *trust*, deixamos apenas uma súmula dos obstáculos que surgem à constituição de um *Trust* sob a égide da lei portuguesa, comuns a muitas das leis continentais.

Em primeiro lugar, recorde-se que vigora em Portugal o princípio da tipicidade dos direitos reais (art. 1306.º do Código Civil), nos termos do qual é vedada a constituição de novos direitos reais. Ora, é fácil perceber que o *trust* materializaria uma cisão não prevista da propriedade e sua atribuição a duas pessoas: "*l'une étant le propriétaire légal et l'autre le propriétaire virtuel ou bénéficiaire*", concedendo sequela a ambos. Nessa medida, seria impossível "*assimiler un trustee à un propriétaire absolu, laissant le ou les bénéficiaire(s) sans aucune défense ou, à l'inverse, assimiler ce(s) dernier(s) à un propriétaire absolu en excluant entièrement la position et les obligations du trustee*". Cfr. CLAIRE SPIROU, "Une lacune du droit...", pp. 200 e 204; LOUIS D'AVOUT, *Sur les solutions...*, pp. 663 ss.

Em segundo lugar, atente-se que estabelece o direito português que a propriedade temporária só é aceite mediante autorização legal expressa (cfr. n.º 2 do artigo 1307.º do Código Civil). Ora, o instituto em causa caracteriza-me precisamente pela atribuição ao *trustee* de uma propriedade a termo.

Por fim, sustenta-se ainda que a proibição do pacto comissório impediria a atribuição de uma propriedade fiduciária ao *trustee*.

Perante isto, mesmo a Doutrina nacional que vem aceitando a validade de negócios fiduciários atípicos (PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos...*, pp. 285 ss.) reconhece que os efeitos reais que decorrem do *trust* (como a limitação com efeitos absolutos da propriedade fiduciária ou a atribuição de poderes de sequela a um terceiro) não se produzem por força de qualquer estipulação contratual, estando dependentes de opção legislativa. Assim, e ainda que se aceite a validade de negócios fiduciários no plano interno, não pode deixar de considerar-se o *trust* — instituto com repercussões jurídico-reais — como instituto jurídico desconhecido do direito pátrio. Na verdade, aceita-se que a violação de um pacto fiduciário próximo do *trust* gera apenas direitos indemnizatórios. Cfr. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos...*, p. 293. Vide, neste sentido, ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 153.

<sup>27</sup> "*Ces deux droits de propriété, la legal property du trustee et l'équitable property du bénéficiaire, ne se comprennent que dans un système de common law*". Cfr. CAMILLE JAUFFRET-SPINOSI, "La Convention de la Haye...", p. 25. É a *Comparative Law Difficulty*

Nessa medida, repare-se que a *qualificação* das regras sobre *Trust* se afigura uma questão de especial dificuldade. Olhando aos elementos jurídico-reais que caracterizam o instituto (como a oponibilidade do direito do beneficiário a um terceiro adquirente ou a eficácia absoluta da separação patrimonial face aos credores, herdeiros e cônjuges do fiduciário) e às relações obrigacionais que se estabelecem entre os sujeitos é possível que as respectivas normas<sup>28</sup> sejam cometidas ao estatuto real, ao estatuto obrigacional ou que seja impossível uma caracterização unitária<sup>29</sup>.

Ora, se o problema que visamos tratar é o de saber quais os efeitos que podem reconhecer-se a um *trust* constituído no estrangeiro sobre coisa imóvel sita em Portugal<sup>30</sup>, a situação que configurámos pode resvalar no *não reconhecimento do Trust*, com todas as implicações inerentes à violação das expectativas das partes. Na verdade, se se qualificarem as normas deste instituto no estatuto real, pode chegar-se à conclusão que a aplicação da *lex rei sitae* implica o não reconhecimento da relação jurídica estabelecida.

Este risco de *não reconhecimento do Trust* nas relações internacionais, em boa parte devido à radical divergência dos ordenamentos jurídicos nacionais quanto a esta matéria, parece ter fundado a opção da Conferência da Haia de promover a "*Convenção relativa à lei aplicável ao Trust e*

de que nos falamos EMMANUEL GAILLARD e DONALD THEODORE TRAUTMAN, "Trusts in Non-Trust Countries...", pp. 308 ss. A aditar a esta, os Professores ainda mencionam uma *Choice of Law Difficulty*, concernente à qualificação, à desarmonia material e à aplicabilidade de normas imperativas que inviabilizem o efeito útil do *Trust*.

<sup>28</sup> Como é evidente, a expressão "normas" não pode ser entendida como regras positivadas, atendendo à matriz de *Common Law* e origem jurisprudencial do *trust*. Nessa medida, as normas cuja qualificação se discutirá são os critérios de decisão de casos concretos, qualquer que seja a sua fonte. Neste sentido, cfr. MAURIZIO LUPOI, *Trusts*, pp. 15 e 17.

<sup>29</sup> EMMANUEL GAILLARD e DONALD THEODORE TRAUTMAN, "Trusts in Non-Trust Countries...", p. 310.

<sup>30</sup> Concretizemos: suponha-se que A, inglês residente em Inglaterra e proprietário de um prédio em Portugal, constitui um *trust mortis causa* onde integra o referido prédio, nomeando o seu irmão como *trustee* (cometendo-lhe o dever de fazer frutificar o prédio e proibindo-o de dele dispor) e designando como *beneficiário* o seu filho, para quem reverterá o prédio no momento em que este atingir certa idade. Perante a inexistência da previsão do *trust* na legislação portuguesa, quais são os direitos atribuídos a cada um dos intervenientes?

ao seu reconhecimento”, de 1985, instrumento altamente pragmático e dirigido à aceitação do instituto em Estados que o não prevêem internamente<sup>31</sup>. Como veremos, porém, só parcialmente a empresa foi bem sucedida: por um lado, Portugal não ratificou a Convenção, pelo que a resposta aos problemas que concitámos será reclamada ao sistema conflitual de fonte interna<sup>32</sup>; por outro, e mesmo que Portugal venha a vincular-se àquele instrumento, a Convenção não estabelece o reconhecimento de todos os efeitos do *Trust* nos países onde o instituto não exista.

### 3. O DIP dos ordenamentos que prevêem o *Trust* de Common Law e da Convenção da Haia

Para uma correcta colocação do problema, afigura-se útil perscrutar as soluções conflituais internas fornecidas pelos ordenamentos que regulam o *Trust*, bem como a resposta que a Conferência da Haia propõe na Convenção que promoveu em 1985 sobre lei aplicável ao *Trust* e ao seu reconhecimento. Na verdade, as opções de direito internacional privado de sistemas onde o *Trust* não configura instituto desconhecido ou de instrumentos de unificação do DIP concorrem para a sua adequada compreensão<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> Neste sentido, CLAIRE SPIROU, “Une lacune du droit...”, p. 205; JONATHAN HARRIS, “The Trust in Private...”, p. 188. Esta preocupação é particularmente evidente pelo facto de a convenção se não aplicar aos actos constitutivos do *Trust* (nomeadamente a legitimidade ou a transferência dos activos para a titularidade do *trustee*) mas tão-somente ao reconhecimento dos efeitos de *Trusts* já constituídos. Cfr. artigo 4.º da Convenção. Nas palavras de JONATHAN HARRIS, “a distinction is drawn between the ‘rocket-launcher’ and de ‘rocket’. Whilst the Convention contains detailed ‘rocket’ rules, the choice of law rules which determine whether that ‘rocket’ was ever ‘launched’ are shrouded in uncertainty, particularly as regards the settlor’s capacity to create the trust”.

<sup>32</sup> Na verdade, a opção de não ratificar a convenção foi generalizada de entre os países cujo direito se insere na matriz de *civil law*, já que a Itália, a Holanda e a Suíça se apresentam como os únicos Estados de direito romano-germânico vinculados à convenção. Cfr. DAVID J. HAYTON, et al., *Principles of European...* Vol. I, p. 9.

<sup>33</sup> Repare-se que historicamente se pôs em causa a sujeição da *English equity* (que sustenta o instituto do *Trust*) ao direito internacional privado, hipótese hoje afastada. Sobre o tema, cfr. T. M. YEO, *Choice of Law...* pp. 15 ss. O Autor conclui que a

#### 3.1. O DIP interno dos Estados de Common Law

A ideia genericamente divulgada pela Doutrina é a de que o DIP destes Estados em matéria de *Trust* é perpetrado por soluções antiquadas, porventura atribuíveis à sua superveniente perda de importância por efeito da celebração da Convenção da Haia de 1985 sobre lei aplicável ao *Trust* e ao seu reconhecimento<sup>34</sup>. Na verdade, é sabido que em Inglaterra se discute a aplicabilidade universal das regras conflituais convencionais, mesmo quando se trate de um tipo de *Trust* não abrangido pelo instrumento internacional<sup>35</sup>.

Ainda assim, e face ao problema que visamos ora resolver, o DIP destes Estados apresenta desde logo uma vantagem importante: prever-se-ão critérios de direito internacional privado versando especificamente sobre o instituto, concretizando a inevitável projecção do direito interno nas categorias do direito internacional privado<sup>36</sup>.

O direito de conflitos dos ordenamentos que conhecem o *equity trust*<sup>37</sup> distingue três domínios do *trust*, porventura reconduzíveis a leis diferentes.

fonte de *equity* perde a sua autonomia em face do direito internacional privado, pelo que as respectivas regras são chamadas com as demais normas jurídicas (p. 67).

<sup>34</sup> Neste sentido, ALBERT VENN DICEY e JOHN HUMPHREY CARLILE MORRIS, *Dicey and Morris on the conflict of laws*, Vol. II, 13.ª Edição, Sweet & Maxwell, Londres, 2000, p. 1087; MAURIZIO LUPOI, *Trusts*, pp. 254 ss.; ANNE WALLACE, “Choice of Law...”, p. 455; V. T. H. DELANY, “Charitable Trusts and the Conflict of Laws”, *International Comparative Law Quarterly*, Vol. 10, 1961, p. 385.

<sup>35</sup> Sobre este problema, vide ADELIN CHONG, “The Common Law...”, pp. 855 ss.

<sup>36</sup> Cfr. EMMANUEL GAILLARD e DONALD THEODORE TRAUTMAN, “Trusts in Non-Trust Countries...”, p. 310; CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS, *El Trust: La institución anglo-americana y el derecho internacional privado español*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 57.

<sup>37</sup> Repare-se que analisamos apenas o direito conflitual dos Estados de *common law*, onde vigora o *trust* baseado na *equity* a que aludimos. Nesta sequência, a expressão *equity trust* pretende designar o instituto anglo-saxónico.

É sabido, porém, que muitos Estados cujo direito tem matriz romano-germânica vêm instituindo no seu ordenamento figuras próximas do *Trust*, estabelecendo regimes próprios de DIP. Estes regimes são fortemente influenciados pela Convenção da Haia de 1985 sobre lei aplicável ao *Trust* e ao seu reconhecimento, que analisaremos *infra*.

Sem nos querermos alongar no tema, a solução generalizada é a da sujeição do *Trust* à lei escolhida pelo *settlor*. Divergências surgem depois quanto à questão de saber se a apreciação da capacidade para constituir o *Trust* se inclui na *lei do trust* ou na lei

Em primeiro lugar, olhando apenas aos *Trusts* que integram bens imóveis, subordina-se a constituição da relação jurídica à lei indicada pelo direito internacional privado do país onde as coisas se situem (sendo esta designada a *lei do Trust*)<sup>38</sup>. Isto é, opera-se um reenvio ao DIP da *lex rei sitae*, demonstrando uma preocupação de efectividade próxima da que orienta o acolhimento da dimensão conflitual do princípio da maior proximidade<sup>39</sup>.

Em segundo lugar, no que tange à transferência da propriedade das coisas para o *trustee*, determina-se a aplicação da lei indicada pelas regras de conflitos da *lex fori* à alienação voluntária de bens. Isto é, a aquisição do direito real pelo *trustee* é tida como a consequência de um negócio jurídico com efeitos reais, pelo que se convocam uma *lex negotii* e uma

peçoal do *settlor* e quanto à lei aplicável à transferência da propriedade das coisas para a titularidade do *Trustee*. Para uma análise aprofundada e comparatista dos sistemas conflituais destes Estados, cfr. MAURIZIO LUPOI, *Trusts*, pp. 368 ss.

<sup>38</sup> Cfr. § 235 do *Restatement (Second) of Conflict of Laws*: “The existence and extent of an equitable interest in land are determined by the law that would be applied by the courts of the situs”. Cfr., na Doutrina, KURT LIPSTEIN, “Trusts”, p. 11; DAVID F. CAVERS, “Trusts inter vivos and the conflict of laws”, *Harvard Law Review*, Vol. 44, 1930, p. 162; V. T. H. DELANY, “Charitable Trusts...”, p. 386.

Já quanto aos *Trusts* sobre bens móveis, é aceite a sujeição da constituição do *Trust* à lei escolhida pelo *settlor* (atente-se, no entanto, que nos Estados Unidos o *Restatement* limita a liberdade de escolha as leis que apresentem uma relação estreita com o *Trust*). Na falta de escolha, a criação do *trust* sujeita-se à lei com ligação mais estreita (o *restatement* norte-americano, porém, manda aplicar aos *Trusts mortis causa* a lei do último domicílio do *settlor*, porquanto os enquadra na lei reguladora da sucessão). Sobre estas soluções, cfr. ANNE WALLACE, “Choice of Law...”, pp. 458 ss.; MAURIZIO LUPOI, *Trusts*, pp. 255 e 256; WALTER W. SWABENLAND, “The Conflict of Laws...”, p. 440; FRED S. LAFER e ALAN SIEGEL, “Trust of moveables in the Conflict of Laws”, *New York University Law Review*, Vol. 36, 1961, pp. 713 ss.; P. E. N. CROUCHER, “Trusts of Moveables in Private International Law”, *Modern Law Review*, Vol. 4, 1940, pp. 113 ss.

<sup>39</sup> Sobre o princípio da maior proximidade, cfr. ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito...*, pp. 355 ss. Repare-se que ANNE WALLACE argumenta que, nos casos em que o *trust fund* abarque simultaneamente bens móveis e imóveis, dever-se-á aqui admitir alguma autonomia conflitual, permitindo ao *settlor* escolher a lei aplicável. Atente-se ainda nos desvios a esta regra quanto aos *Trusts mortis causa*, que são sujeitos, em regra, à *lex successionis*. Cfr. ANNE WALLACE, “Choice of Law...”, pp. 471 a 473; V. T. H. DELANY, “Charitable Trusts...”, p. 387; DAVID F. CAVERS, “Trusts inter vivos...”, p. 163; P. E. N. CROUCHER, “Trusts of Moveables...”, pp. 114 ss.

lei reguladora dos direitos reais (porventura distintas), como em qualquer contrato translativo da propriedade de imóveis<sup>40</sup>.

Por fim, a determinação da lei aplicável à administração do *Trust* (nomeadamente, conteúdo e de poderes do *trustee* e do *beneficiary*) é, geralmente, a lei escolhida pelo *settlor*, conquanto a Doutrina vá defendendo outros elementos de conexão<sup>41</sup>.

Sublinhe-se, porém, que estas opções conflituais são reforçadas com um intuito de protecção do *Trust*, capaz de afastar a lei aplicável a outros domínios conexos quando tal implique a ineficácia do instituto. Assim, desaplica-se a lei pessoal do disponente quando esta conduza à invalidade da transferência dos bens para o *trustee*, mesmo que em causa esteja a sua capacidade; afasta-se a *lex successionis* estrangeira em matéria de protecção de herdeiros legítimos, etc.. No fundo, parece haver uma autorização de recurso à excepção de ordem pública internacional para protecção do *trust*<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> Cfr. ANNE WALLACE, “Choice of Law...”, p. 457.

<sup>41</sup> Cfr. MAURIZIO LUPOI, *Trusts*, p. 258. A Doutrina dissidente propõe conexões diversas, desde a residência do *trustee* ao local onde se encontra a maior parte dos bens que integram o *trust fund*.

<sup>42</sup> Cfr. MAURIZIO LUPOI, *Trusts*, p. 254, e CRISTINA GONZÁLEZ BELFUSS, *El Trust: La institución...*, p. 57. Este intuito é expressamente declarado nas ilhas Caimão, onde a lei de 1987 determina “It is expressly declared that no trust governed by the laws of the Islands and no disposition of property to be held upon the trusts thereof is void, voidable, liable or set aside or defective in any fashion, nor is the capacity of any settlor to be questioned by reason that: (a) the laws of any foreign jurisdiction prohibit or do not recognise the concept of a trust; or (b) the trust or disposition avoids or defeats rights, claims or interests conferred by foreign law upon any person by reason of a personal relationship to the settlor or by way of heirship rights, or contravenes any rule of foreign law or any foreign judicial or administrative orders intended to recognise, protect, enforce or give effect to any such rights, claims or interests”. Disposições similares vigoram nas ilhas Bermudas e nas ilhas Cook. Sobre este assunto, vide ainda FRED S. LAFER e ALAN SIEGEL, “Trust of moveables...”, pp. 717 ss.

Repare-se que parece ter sido precisamente este o caso subjacente à decisão *Att.-Gen v. Campbell*, de 1872, de que nos fala V. T. H. DELANY, “Charitable Trusts...”, p. 388: um sujeito irlandês domiciliado em Portugal deixou os seus imóveis em Inglaterra em *Trust*, cometendo aos fiduciários o dever de pagar certa pensão à sua viúva. Suscitando-se um problema quanto à administração do *Trust*, o Tribunal afastou a lei reguladora da administração (que seria a lei portuguesa) aplicando em seu detrimento a *lex situs*, porventura prevenindo que o desconhecimento do instituto pela lei portuguesa reconduzisse ao seu não reconhecimento.

Perante este esquema conflitual, podem inferir-se duas conclusões importantes.

Por um lado, são evidentes problemas de delimitação de estatutos, mormente entre a *lei da constituição do Trust* e a *lei da administração do Trust*, relevantes quando estes aspectos forem submetidos a leis diferentes — pense-se nas normas sobre a *duração do Trust* ou a regras que autorizem o *trustee* a alterar a lei aplicável à administração<sup>43</sup>.

Por outro, sobressai um entendimento do *trust* com pendor francamente negocial, porquanto os poderes do *trustee* e do beneficiário (designadamente o *right to trace*) se submetem à autonomia conflitual e não ao domínio da *lex situs*<sup>44</sup>. Porém, atente-se que a *constituição do Trust* é subtraída à lei escolhida pelas partes: nessa medida, a validade genética da relação jurídica cabe à lei indicada pelo DIP da *lex situs*, prevenindo o seu não reconhecimento no Estado onde os imóveis se situem<sup>45</sup>.

<sup>43</sup> Estes exemplos são dados por MAURIZIO LUPOI, *Trusts*, p. 258. Talvez por esta razão, ANNE WALLACE defende que nem sempre é preciso distinguir entre o estatuto da validade e constituição e o estatuto da administração, só o fazendo quando se mobilizem leis diferentes. ANNE WALLACE, “Choice of Law...”, p. 458. Sobre este problema, cfr. ainda DAVID F. CAVERS, “Trusts inter vivos...”, p. 163; P. E. N. CROUCHER, “Trusts of Moveables...”, pp. 112 ss.

<sup>44</sup> Neste sentido, CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS, *El Trust: La institución...*, p. 57.

<sup>45</sup> Repare-se que é comum (e criticada com veemência pelos juristas de *Common Law*) a alusão ao “domicílio do *Trust*”, conceito alegadamente desenvolvido por juristas continentais e adoptado pelo direito anglo-saxónico. Cfr. MORRIS e NORTH, *apud* MAURIZIO LUPOI, *Trusts*, p. 260, nota n.º 437: “Of course it is artificial and novel to speak of the domicile of a trust at all. But continental lawyers seem to think that a trust is some kind of unincorporated association; and it seemed best to go along with them when it did no obvious harm”.

Este local é relevante para efeitos tributários (segundo MAURIZIO LUPOI, *Trusts*, p. 259, os rendimentos de um *Trust* domiciliado no estrangeiro são tributados de acordo com as regras aplicáveis aos não-residentes), e para determinação da competência judiciária internacional — já que o Regulamento Bruxelas I determina que o *settlor*, o *trustee* e o *beneficiary* podem ser demandados nessa qualidade no Estado onde o *Trust* estiver domiciliado. Cfr. n.º 6 do artigo 5.º do Regulamento (CE) n.º 44/2001, do Conselho, de 22 de Dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial. A sua determinação caberá às regras de conflitos do foro. Neste sentido, MAURIZIO LUPOI, *Trusts*, p. 259, nota n.º 436.

### 3.2. A Convenção da Haia de 1985

A Conferência da Haia sobre Direito Internacional Privado, porventura ciente da importância crescente do *Trust* internacional e das dificuldades inerentes à sua não previsão pelos ordenamentos jurídicos continentais, promoveu a celebração da Convenção da Haia de 1985 sobre lei aplicável ao *Trust* e ao seu reconhecimento<sup>46</sup>. Identificam-se três finalidades subjacentes à sua promoção<sup>47</sup>: a criação de um instrumento capaz de permitir aos juristas continentais a apreensão dos traços gerais do instituto do *Trust* (i)<sup>48</sup>, o reconhecimento dos *Trusts* pelos Estados de *civil*

<sup>46</sup> Para uma análise profunda das regras da convenção, cfr. ANTONIO GAMBARO, et al., “Comentario alla Convenzione relativa alla Legge sui Trusts ed al loro Riconoscimento”, *Le nuove leggi civili commentate*, Ano XVI, N.º 6, 1993, pp. 1211 ss.; ALFRED VON OVERBECK, “La Convention de La Haye du premier juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance”, *Schweizerisches Jahrbuch für Internationales Recht / Annuaire suisse de droit international*, Vol. XLI, 1985, pp. 33 ss.; DAVID J. HAYTON, “The Hague Convention...”, pp. 260 ss.; MARIA HELENA BRITO, “A Convenção de Haia...”, pp. 1642 ss.; ADAIR DYER, “Introductory note...”, pp. 274 ss.; CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS, *El Trust: La institución...*, pp. 101 ss.; DONOVAN WATERS, “The Hague Convention twenty years on”, *Commercial Trusts in European Private Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. 56 ss.; ANDREW G. PATON e ROSANNA GROSSO, “The Hague convention...”, pp. 658 ss.; EMMANUEL GAILLARD e DONALD THEODORE TRAUTMAN, “La Convention de La Haye...”, pp. 8 ss.

<sup>47</sup> Neste sentido, ALFRED VON OVERBECK, “Hague Conference on Private International Law: Explanatory Report by Alfred von Overbeck on the Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on their recognition”, *International Legal Materials*, Vol. 25, 1986, p. 594; MAURIZIO LUPOI, *Trusts*, p. 494. Para uma mais profunda análise dos antecedentes que conduziram à celebração da Convenção, cfr. ADAIR DYER, “International Recognition...”, pp. 991 ss.; PAUL VOLKEN, “Die fünfzehnte Session des Haager Konferenz für Internationales Privatrecht”, *Schweizerisches Jahrbuch für Internationales Recht / Annuaire suisse de droit international*, Vol. XLI, 1985, pp. 39 ss.

<sup>48</sup> Neste sentido, MARIA HELENA BRITO, “A Convenção de Haia...”, p. 1642. Será esta, porventura, a razão de o texto convencional, ao contrário do que é habitual, definir o objecto da sua regulação. Nessa medida, o conceito de *Trust* para efeitos da convenção é uniforme em qualquer Estado e, em contrapartida, algumas modalidades do *equity Trust* não são abrangidas pelo direito da Haia.

Assim plasma o art. 2.º da Convenção: “For the purposes of this Convention, the term «trust» refers to the legal relationships created — inter vivos or on death — by a person, the settlor, when assets have been placed under the control of a trustee for the benefit of a beneficiary or for a specified purpose.

law (ii) e a unificação dos direitos conflituais dos vários Estados de *common law* (iii).

Do ponto de vista conflitual, para os ordenamentos jurídicos de matriz romano-germânica, uma das principais vantagens é a introdução do conceito-quadro *Trust*, a minorar os graves problemas de qualificação que decorrem da sua não-previsão interna — mormente a sua imprevisibilidade —, com especial destaque para a *qualificação unitária* das normas do *Trust*<sup>49</sup>.

É sabido que Portugal não ratificou a Convenção, à semelhança do que sucede com a maioria dos países de *Civil Law*<sup>50</sup>. Afigura-se, ainda

*A trust has the following characteristics: a) the assets constitute a separate fund and are not a part of the trustee's own estate; b) title to the trust assets stands in the name of the trustee or in the name of another person on behalf of the trustee; c) the trustee has the power and the duty, in respect of which he is accountable, to manage, employ or dispose of the assets in accordance with the terms of the trust and the special duties imposed upon him by law.*

*The reservation by the settlor of certain rights and powers, and the fact that the trustee may himself have rights as a beneficiary, are not necessarily inconsistent with the existence of a trust*".

No fundo, este é mais um dos traços que permitem a sua consideração como instrumento pragmático e audacioso. Cfr. LAURENT MAERTEN, "Le régime international du trust après la Convention de La Haye du 1<sup>er</sup> juillet 1985", *La Semaine Juridique*, n.º 7 (3319), 1988, n.º 1; ANTONIO GAMBARO, et al., "Comentario alla Convenzione...", p. 1211.

<sup>49</sup> Cfr. EMMANUEL GAILLARD e DONALD THEODORE TRAUTMAN, "Trusts in Non-Trust Countries...", p. 316: "It is of considerable theoretical significance that the Convention thus will have the effect of introducing into the choice-of-law apparatus of civil-law countries a characterization, trust, not drawn from domestic-law categories". Igualmente neste sentido, FLORENCE GUILLAUME, "Incompatibilité du trust...", p. 8: "Cette Convention a pour objectif de remédier à la totale imprévisibilité relative à la qualification du trust dans les pays dont l'ordre juridique ignore toute institution analogue". Todavia, nem todos os *Trusts* são abrangidos pela disciplina conflitual da Convenção. Designadamente, a conferência da Haia decidiu abarcar somente os *Trusts* constituídos por escrito (art. 3.º), deixando à margem um importante volume de relações jurídicas. Cfr. JONATHAN HARRIS, "The Trust in Private...", p. 190.

<sup>50</sup> Repare-se que os únicos Estados europeus integrados no sistema romano-germânico que ratificaram a Convenção foram a Itália (1990), a Holanda (1990), o Luxemburgo (2003) e a Suíça (2007). Destes, a Itália é provavelmente o Estado onde o tratamento doutrinário e jurisprudencial é mais profundo. Sobre este tema, cfr. MAURIZIO LUPOI, "Perché i *Trust* in Italia", *Il Trust nel diritto delle persone e della fami-*

assim, de indiscutível pertinência examinar o seu regime. Na verdade, as soluções conflituais fornecidas pelas Convenções da Haia, dado o propósito unificador, apresentam geralmente o carácter generalizável que é condição do sucesso do direito internacional privado<sup>51</sup>. Efectivamente, a convenção espelha uma "*interessante dialettica common law/civil law*", cujo equilíbrio pode conter pistas importantes para a correcta colocação do problema de que ora tratamos<sup>52</sup>.

A Convenção estrutura as suas opções no princípio da autonomia conflitual: o *Trust* será regulado pela lei escolhida pelo *settlor*<sup>53</sup>. À lei reguladora do *Trust* caberá disciplinar a sua validade, constituição, efeitos

*glia*, Giuffrè Editore, Milano, 2003, p. 19; ALEXANDRA BRAUN, "*Trusts interni*", *Rivista di Diritto Civile*, Anno XLVI, n.º 4, 2000, pp. 574 ss.

<sup>51</sup> Com efeito, ensina ANTÓNIO FERRER CORREIA, "Unidade do Estatuto Pessoal", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. XXX, 1954, p. 101, que "como a Religião, a Ciência, a Arte, o Direito Internacional Privado tem uma vocação ecuménica. É da sua própria essência a universalidade dos juízos que postula. Pois a vida, de onde recebe o estímulo, não exige só que a toda a relação do comércio jurídico internacional sejam aplicados os princípios da lei mais ajustada à sua natureza típica — mas ainda que o seu regime, uma vez traçado, seja o mesmo em toda a parte".

<sup>52</sup> MAURIZIO LUPOI, *Trusts*, p. 491. Parece ser também a opinião de CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS, *El Trust: La institución...*, p. 11.

<sup>53</sup> Não se admite a escolha de uma lei que não conheça o *Trust*. Cfr. artigo 6.º da Convenção da Haia de 1985 sobre lei aplicável ao *Trust* e ao seu reconhecimento. Repare-se que não ficou plasmada a proposta grega de limitar a possibilidade de escolha às leis que tivessem um forte contacto com o *Trust*, admitindo-se, em princípio, a escolha de qualquer lei.

Na falta de escolha (ou de escolha ineficaz, por se ter eleito lei que não aceite o instituto), estabelece-se a sujeição do *Trust* à lei com que apresentar uma conexão mais estreita. Prevê-se, neste caso, um conjunto de critérios para a determinação da lei mais fortemente conexa: o lugar de administração do *Trust*, o local de situação dos bens, a residência ou sede do fiduciário e, por fim, os objectivos do *Trust* e o local onde devem ser atingidos. Cfr. artigo 7.º da Convenção da Haia de 1985 sobre lei aplicável ao *Trust* e ao seu reconhecimento. Segundo ensinam ALBERT VENN DICEY e JOHN HUMPHREY CARLILE MORRIS, *Dicey and Morris...*, Vol. II, p. 1090, e EMMANUEL GAILLARD e DONALD THEODORE TRAUTMAN, "Trusts in Non-Trust Countries...", p. 325, parece haver aqui uma certa hierarquia entre as conexões supletivas. Em sentido contrário, FLORENCE GUILLAUME, "Incompatibilité du trust...", p. 10, e CAMILLE JAUFFRET-SPINOSI, "La Convention de la Haye...", p. 46. Atente-se que cessa a aplicabilidade da Convenção caso a lei com uma ligação mais estreita não preveja o instituto do *Trust* (art. 5.º).

e poderes do *trustee* na sua administração, bem como a sua capacidade na administração e alienação dos bens<sup>54</sup>.

O regime convencional tem pressuposta a transmissão dos bens para a titularidade do *trustee*, não regulando por isso o direito aplicável ao negócio subjacente (contrato, testamento, etc.). Isto é, a autonomia conflitual dirige-se ao *negócio institutivo* do *Trust* e não ao negócio que operou a transmissão da propriedade para o fiduciário<sup>55</sup>.

No que tange ao *reconhecimento do Trust*, a Convenção proíbe a sua conversão em figura análoga prevista no direito interno, implicando o reconhecimento do *Trust* enquanto *Trust*, nos termos da lei escolhida<sup>56</sup>. Simplesmente, acautelando eventuais dificuldades decorrentes da inexistência do instituto no direito interno, modela-se um *âmbito mínimo do reconhecimento*<sup>57</sup>, concretizado na aceitação da separação patrimonial dos bens que integram o *Trust*<sup>58</sup> e da posição jurídica do fiduciário, permitindo-se-lhe agir judicialmente enquanto tal.

Nota JONATHAN HARRIS que é surpreendente a reduzida relevância atribuída à lei da situação das coisas, sobretudo por comparação ao DIP interno dos Estados que regulam o *Trust*<sup>59</sup>. Tal opção é explicada

<sup>54</sup> Art. 8.º da Convenção da Haia de 1985 sobre lei aplicável ao *Trust* e ao seu reconhecimento. Repare-se, porém, que a administração do *Trust* pode ser regulada por lei diferente se a *lei do Trust* nisso convier (arts. 9.º e 10.º). Cfr. MAURIZIO LUPOI, *Trusts*, p. 372.

<sup>55</sup> Cfr. artigo 4.º da Convenção da Haia de 1985 sobre lei aplicável ao *Trust* e ao seu reconhecimento. Sobre este assunto, MAURIZIO LUPOI, *Trusts*, pp. 518 ss., EMMANUEL GAILLARD e DONALD THEODORE TRAUTMAN, “Trusts in Non-Trust Countries...”, p. 330, e DAVID J. HAYTON, “The Significance of the Hague Convention on Trusts and on Succession: a Common Law Perspective”, *E Pluribus Unum — Liber Amicorum Georges A. L. Droz on the Progressive Unification of Private International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Haia, 1996, p. 123.

<sup>56</sup> Cfr. artigo 11.º da Convenção da Haia de 1985 sobre lei aplicável ao *Trust* e ao seu reconhecimento. Igualmente neste sentido, JONATHAN HARRIS, “The Trust in Private...”, p. 194.

<sup>57</sup> Cfr. ALBERT VENN DICEY e JOHN HUMPHREY CARLILE MORRIS, *Dicey and Morris...* Vol. II, p. 1092.

<sup>58</sup> Isto é, que os credores, herdeiros ou cônjuges do fiduciário não acedam ao *Trust fund*.

<sup>59</sup> JONATHAN HARRIS, “The Trust in Private...”, p. 192. Parece ser igualmente esta a razão na base do sublinhado de MAURIZIO LUPOI, *Trusts*, p. 369, quanto às distinções entre o DIP convencional e dos países de *common law* a este respeito.

não apenas pela importância que a *lex situs* reveste na transmissão da propriedade das coisas para o fiduciário<sup>60</sup> como por uma abordagem essencialmente obrigacional e pragmática, tendente a evitar as dificuldades geradas pela situação dos bens (actual ou futura) em *non-trust States*. A opção é evidente, pois as soluções conflituais aproximam-se das que são habitualmente consagradas no âmbito dos contratos<sup>61</sup>.

Simplesmente, uma vez que o *Trust* atribui direitos *in rem* também ao beneficiário, geram-se dificuldades se a *lex situs* desconhecer a figura. Efectivamente, nem a Convenção permite introduzir por via conflitual uma figura que se não prevê no plano substantivo da *lex rei sitae*<sup>62</sup> nem, por outro lado, estabelece que a *sequela do beneficiário* se submeta à lei escolhida pelo *settlor*. Entendamo-nos:

Em primeiro lugar, a Convenção não obriga os Estados-Parte a aceitar os efeitos do *Trust* constituído no estrangeiro quando este apresenta *laços significativos* com certa lei que não conheça o instituto, independentemente do conteúdo da *lex fori*. Ora, nestes laços significativos inclui-se a *localização da coisa*, pelo que mesmo a ratificação do instrumento internacional não obriga ao reconhecimento do *Trust* sobre coisas situadas em países cuja lei o não regule<sup>63</sup>. A conclusão é clara: quando

<sup>60</sup> Neste sentido, cfr. MAURIZIO LUPOI, *Trusts*, p. 373. Com efeito, sendo a Convenção absolutamente omissa quanto ao problema do direito aplicável a esta transmissão, parece que será conflitualmente tratada como um negócio translativo da propriedade. É esta, aliás, a solução que é dada pelo DIP de fonte interna dos Estados de *common law*, como vimos *supra*.

<sup>61</sup> Neste sentido, EMMANUEL GAILLARD e DONALD THEODORE TRAUTMAN, “Trusts in Non-Trust Countries...”, p. 323 e ADELIN CHONG, “The Common Law...”, p. 858.

<sup>62</sup> Sobre a questão de saber se a ratificação da Convenção implica a aceitação de *Trusts* internos, cfr. ALEXANDRA BRAUN, “Trusts interni”, p. 575; GERARDO BROGGINI, “Trust e Fiducia...”, pp. 412 ss.; MAURIZIO LUPOI, “Riflessioni comparatistiche sui Trusts”, *Europa e diritto privato*, N.º 2, 1998, pp. 437 ss.

<sup>63</sup> Assim estabelece o art. 13.º da Convenção: “No State shall be bound to recognise a trust the significant elements of which, except for the choice of the applicable law, the place of administration and the habitual residence of the trustee, are more closely connected with States which do not have the institution of the trust or the category of trust involved”. Sobre a inviabilidade de utilização do *Trust* sobre coisas localizadas na Holanda e em Itália — Estados que ratificaram a convenção —, cfr. DAVID J. HAYTON, et al., *Principles of European...* Vol. I, p. 9. Atente-se, porém, no desenvolvimento do direito dos *trusts* nestes países,

as coisas se situem em *non-trust country*, o reconhecimento é meramente facultativo<sup>64</sup>.

Em segundo lugar, mesmo nos casos em que se opere o reconhecimento, o *right to trace* é excluído do respectivo âmbito, cabendo à lei indicada pelo DIP do foro. Isto é, a viabilidade de o beneficiário opor o seu direito a um adquirente da coisa — o *equity tracing*, que se aproxima do conceito civilista da *sequela*<sup>65</sup> — depende da anuência da *lex situs*, o que coloca evidentes problemas nos casos em que esta não conheça o *Trust*. No fundo, uma das principais características do *Trust* — a viabilidade de o beneficiário recuperar os bens alienados pelo fiduciário em violação do *Trust* — embora esteja elencada no âmbito do reconheci-

possivelmente conducente a uma futura consagração do instituto. Neste sentido, cfr. JONATHAN HARRIS, “The Trust in Private...”, p. 198.

<sup>64</sup> Cfr. MAURIZIO LUPOI, *Trusts*, p. 534, e MAURIZIO LUPOI, “Riflessioni comparative...”, p. 439.

<sup>65</sup> Os conceitos não são plenamente sobreponíveis, não existindo “*conceptual equivalent of tracing in civil law systems*” (T. M. YEO, *Choice of Law...*, p. 133): o *tracing* é uma “*tecnica processuale a sostegno di una posizione soggettiva*” (MAURIZIO LUPOI, *Trusts*, p. 530), nos termos da qual “*the legal owner of an asset who is deprived of its possession has the right to follow or trace it no matter into whose hands it might come*” (PHILIP H. PETTIT, *Equity and the Law...*, p. 553); no fundo, trata-se da faculdade processual que conduz à garantia da posição jurídica do *beneficiary*, só podendo exercer-se quanto o adquirente esteja de má fé. Já a *sequela* é uma característica dos direitos reais que se analisa na faculdade de o titular poder exercer a soberania que lhe é atribuída (num certo sentido, perseguindo a coisa) onde quer que o objecto do seu direito se encontre e perante qualquer proprietário. *Vide*, mais profundamente, PHILIP H. PETTIT, *Equity and the Law...*, pp. 550 ss.

No que aqui nos interessa, porém, a diferença é despicienda: qualquer dos conceitos atribuí ao titular o poder de opor o seu direito a um terceiro adquirente. Confortando esta posição, repare-se que a convenção, na sua versão em língua francesa, se refere aqui a “*revendication*”, conceito de *civil law* que se liga ao exercício da *sequela* dos direitos reais. Também a Doutrina maioritária equipara o *tracing* à *sequela*. *Vide*, entre outros, MARIA HELENA BRITO, “A Convenção de Haia...”, FLORENCE GUILLAUME, “Incompatibilité du trust...”, p. 5; T. M. YEO, *Choice of Law...*, p. 133; GERARDO BROGGINI, “Trust e Fiducia...”, p. 402; DAVID J. HAYTON, “Developing the Obligation Characteristic of the Trust”, *The Law Quarterly Review*, Vol. 117, 2001, p. 102. Repare-se, como veremos *infra*, que é todavia sustentável a aproximação da figura do *tracing* aos institutos obrigacionais fundados na boa fé, como a *impugnação pauliana*.

mento (art. 11.º da Convenção), é deixada à lei indicada pelo DIP do foro<sup>66</sup>. Ora, esta regra é entendida como atribuindo à *lex situs* a regulação da *sequela*; quando essa lei desconhecer o *Trust*, o beneficiário poderá ser reduzido a uma pretensão de natureza creditória, desvirtuando-se o *Trust*<sup>67</sup>.

Por fim, repare-se que o reconhecimento do *Trust* não implica o afastamento de normas imperativas cuja aplicação for determinada pelo DIP do foro quanto a um conjunto alargado de matérias, que vão desde a protecção de terceiros de boa fé aos regimes matrimoniais e sucessório, passando pela protecção de credores em matéria de insolvência<sup>68</sup>. Nessa medida, se o DIP do foro determinar a aplicação, nestes domínios,

<sup>66</sup> Assim, se a Convenção declara dever o reconhecimento implicar “*that the trust assets may be recovered when the trustee, in breach of trust, has mingled trust assets with his own property or has alienated trust assets*”, certo é que estabelece ainda que “*the rights and obligations of any third party holder of the assets shall remain subject to the law determined by the choice of law rules of the forum*”. Cfr. alínea d) do artigo 11.º. Ora, se as normas sobre reivindicação da coisa forem qualificadas no conceito-quadro “*direitos reais*”, o exercício da *sequela* pelo *trustee* dependerá da anuência da *lex situs*: “*The apparent need to treat trust property as a separate fund free from the claims of the trustee’s creditors, heirs or divorcing spouse and recoverable from third parties who are not bona fide purchasers without notice turns out merely to be an aspiration*”. Cfr. DAVID J. HAYTON, “The significance of the Hague...”, p. 125; ALFRED VON OVERBECK, “La Convention de La Haye...”, p. 36; MAURIZIO LUPOI, *Trusts*, pp. 531 e 611; ANDREW G. PATON e ROSANNA GROSSO, “The Hague convention...”, p. 660; JÖRG PIRRUNG, “Die XV Tagung der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht Trustübereinkommen vom 1 Juli 1985”, *IPRax — Praxis des Internationalen Privat und Verfahrensrechts*, Vol. 7, 1987, pp. 52 ss. Voltaremos *infra* ao problema da qualificação destas regras.

Atente-se que a alínea d) do art. 11.º está redigida de forma particularmente limitativa, porquanto se refere ao detentor da coisa e parecendo não abranger o terceiro que adquira uma hipoteca sobre a coisa fiduciada. Não obstante, a Doutrina entende-a como abarcando situações similares. Cfr. MAURIZIO LUPOI, *Trusts*, p. 611.

<sup>67</sup> JONATHAN HARRIS, “The Trust in Private...”, p. 197: “*central to the concept of a trust are fiduciary duties owed by the trustees to the beneficiaries under the trust. The enforcement of those duties, including if necessary the removal of trustees and the transfer of the trust property to new trustees, is of great importance*”. Cfr. ainda ALBERT VENN DICEY e JOHN HUMPHREY CARLILE MORRIS, *Dicey and Morris...* Vol. II, 1095; ANTONIO GAMBARO, et al., “Comentario alla Convenzione...”, p. 1212; CRISTINA GONZÁLEZ BELFUSS, *El Trust: La institución...*, p. 138.

<sup>68</sup> Cfr. artigo 15.º.

de uma lei que desconheça o *Trust* e, determinar, por exemplo, que os bens fiduciados integrem a massa da herança do *Trustee*, cai por terra qualquer efeito útil do reconhecimento do *Trust* à luz da lei escolhida, já que, no limite, se afasta a separação patrimonial inicialmente afirmada como consequência do reconhecimento<sup>69</sup>. No fundo, o reconhecimento é concebido em termos amplos — já que a segregação patrimonial parece ter eficácia perante terceiros, sendo oponível a credores, herdeiros, cônjuges, etc. — mas é depois limitado pelas normas imperativas que sejam designadas pelo DIP do foro. Nessa medida, se uma *non-trust law* for chamada a regular um dos domínios elencados, pode o reconhecimento ser impedido<sup>70</sup>. Nestes casos, estabelece o legislador da Haia que o juiz nacional procurará, ainda assim, conferir ao *Trust* algum efeito útil<sup>71</sup>.

É talvez esta a razão que tem implicado alterações legislativas nos países de *civil law*, no sentido da consagração da separação patrimonial dos bens que integram o *Trust*, por altura da ratificação da convenção da Haia<sup>72</sup>, procurando evitar que a aplicação de lei nacional chamada a propósito de outra matéria esvazie o reconhecimento pretendido.

<sup>69</sup> Nos casos em que tal não aconteça — não se inviabilizando por isso o reconhecimento do *Trust* —, parece que a oponibilidade da segregação patrimonial, quanto aos imóveis, dependerá de inscrição registal, expressamente prevista no art. 12.º. Sobre esta questão, cfr. ANTONIO GAMBARO, “Notarella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del trustee ai sensi della XV Convenzione dell’Aia”, *Rivista di Diritto Civile*, Anno XLVIII, n.º 2, 2002, pp. 260 ss.

<sup>70</sup> Neste sentido, ADAIR DYER, “International Recognition...”, p. 1005.

<sup>71</sup> Vide a parte final do artigo 15.º: “If recognition of a trust is prevented by application of the preceding paragraph, the court shall try to give effect to the objects of the trust by other means”.

<sup>72</sup> Assim sucedeu na Holanda de forma expressa, pela adopção de uma lei de aplicação da Convenção. Em Itália, nem todo o sistema interno foi adaptado, gerando os problemas registais de que nos fala ANTONIO GAMBARO, “Notarella in tema...”, pp. 257 ss.

As opções legislativas de conformação dos ordenamentos continentais à separação patrimonial são variadas, indo desde a estatuição de derrogações *ad hoc* aos princípios civilistas à previsão de institutos de direito interno capazes de assegurar algumas das funções normalmente atribuídas ao *Trust*. Sobre este assunto, cfr. ALFRED VON OVERBECK, “La Ratification de la Convention de La Haye sur le Trust par Les Pays-Bas: un Exemple pour La Suisse?”, *Collisio legum: Studi di diritto internazionale privato; Beitrage zum Internationalen Privatrecht; Études de droit international privé*, Giuffrè Editore,

Perante o regime jurídico da convenção, são dedutíveis duas conclusões.

Em primeiro lugar, a Doutrina vem notando que o reconhecimento do *Trust* previsto no instrumento da Haia tem efeitos reduzidos<sup>73</sup>. Tão diminutos que a própria convenção admite a sua derrogação por outros mecanismos nacionais que almejem mais eficazmente o reconhecimento do *Trust*<sup>74</sup>. Na verdade, ainda que Portugal ratificasse a convenção, tal não implicaria *ipso facto* o reconhecimento dos *Trusts* que integrem imóveis situados em Portugal.

Em segundo lugar, mesmo nos casos em que a ratificação da Convenção conduza a um reconhecimento da relação jurídica, certo é que reduzido papel presta quanto à tutela do beneficiário em matéria de alienações ou onerações ilícitas operadas pelo fiduciário. Na verdade, quanto ao *right to trace*, a conferência da Haia não produziu qualquer alteração no regime conflitual nacional, continuando a relegá-la para o DIP interno.

#### 4. A Solução do problema à luz do DIP português

Analisados sumariamente, quanto ao *equity trust* voluntário, os regimes substancial e conflitual vigentes nos Estados que prevêm tal instituto, importa agora versar mais directamente sobre o nosso problema.

Milano, 1997, p. 367; SALVATORE MAZZAMUTO, “The Italian Law of Trust in the Aftermath of the Hague Convention”, *Europa e diritto privato*, N.º 3, 1998, pp. 781 ss; JONATHAN HARRIS, “The Trust in Private...”, pp. 195 e 196; ALDO BERLINGUER, “The Italian Road...”, p. 535; MARIELE KOPPENOL-LAFORCE, “The Trust, the Hague Trusts Convention and Civil Law Countries; a Mission Impossible?”, *Notarius International*, Vol. 3, N.º 1, 1998, p. 38; GERARDO BROGGINI, “Trust e Fiducia...”, p. 417; FLORENCE GUILLAUME, “Incompatibilité du trust...”, pp. 13 ss., que analisa também a *fiducie* de direito francês.

<sup>73</sup> Neste sentido, JONATHAN HARRIS, “The Trust in Private...”, p. 194: “But what does the word ‘recognition’ actually mean? In point of fact, not very much”.

<sup>74</sup> Cfr. artigo 14.º: “The convention shall not prevent the application of rules of law more favourable to the recognition of trusts”.

Assim, dividiremos a nossa proposta de solução em três pontos: a *qualificação do instituto do Trust* (i), o reconhecimento de *efeitos obrigacionais* (ii) e de *efeitos reais* (iii).

#### 4.1. A *qualificação do instituto do Trust*

A não ratificação da Convenção da Haia por Portugal — cuja lei não prevê substancial ou conflituamente o instituto do *Trust* — coloca o problema da *qualificação*. Não se prevendo o conceito-quadro *Trust*, é evidente que a tarefa assume preponderante dificuldade: há que interpretar autónoma e teleologicamente as regras de conflitos lusas e indagar, pelo conteúdo e função que as regras substantivas sobre este instituto desempenharem na lei a que pertencem, a regra conflitual onde se integram<sup>75</sup>. As regras de conflitos funcionarão aqui como *normas de reconhecimento*, já que o *Trust* será reconhecido, em princípio, com os efeitos atribuídos pela lei indicada como competente pelo DIP português<sup>76</sup>.

Desde cedo se notou a dificuldade da operação de *qualificação* num foro de *civil law*: nenhuma das categorias jurídicas enunciadas como conceitos-quadro nos sistemas conflituais parece abarcar adequadamente uma relação jurídica tão diferente quanto o *Trust*<sup>77</sup>. Nessa medida, o

<sup>75</sup> Na verdade, sublinham GAILLARD e TRAUTMAN que a introdução nos países de *civil law* do conceito-quadro *Trust* configura “one of the essential accomplishments of the Convention”. Cfr. EMMANUEL GAILLARD e DONALD THEODORE TRAUTMAN, “Trusts in Non-Trust Countries...”, p. 329.

Como é evidente, o facto de se não prever uma regra de conflitos para o *Trust* não significa a impossibilidade do seu reconhecimento: “El que una institución extranjera posea un mayor o menor grado de similitud con una institución del foro, o incluso que sea completamente desconocida, es algo con lo que el Dipr debe contar. De hecho ésa es precisamente una de sus funciones, servir de enlace con otros sistemas jurídicos y dar respuesta adecuada a relaciones que non ha sido creadas al amparo del derecho del foro”. Cfr. MIGUEL VIRGÓS SORIANO, *El Trust y el Derecho...*, p. 92.

<sup>76</sup> Neste sentido, MIGUEL VIRGÓS SORIANO, *El Trust y el Derecho...*, p. 94.

<sup>77</sup> No fundo, como bem explica RUI DIAS, recorrentemente surge o problema de “os conceitos-quadro, na forma como se apresentam numa dada ordem jurídica, não quadram bem com um determinado regime material que, perpassando pela sua hibridéz mais do que uma categoria normativa pré-definida, não encontra perfeita «subsunção» em nenhuma delas, ou então encontra-a em ambas simultaneamente”. RUI DIAS, *Responsabilidade por Exercício de*

método tradicionalmente utilizado passou por uma acrobática *qualificação primária*, procurando no direito interno institutos similares que permitissem chegar a uma regra de conflitos<sup>78</sup>.

São evidentes as razões que afastam tal método<sup>79</sup>, pelo que importa indagar, à luz do sistema de caracterização adoptado em Portugal, como deve ser qualificado o *Trust*. Repare-se, porém, que a sua extrema diver-

*Influência sobre a Administração de Sociedades Anónimas — Uma análise de direito material e de direito de conflitos*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 151.

<sup>78</sup> “This difficulty has affected the ability of lawyers trained in systems other than Anglo-American law to allot a place to the trust in their own law and especially in applying their own rules of private international law”. Cfr. KURT LIPSTEIN, “Trusts”, p. 4. Trata-se, no fundo, de “torturer le trust pour lui appliquer les règles de conflits existantes”, nas palavras de ALFRED VON OVERBECK, “La Ratification de la Convention...”, p. 368. Vide, sobre este assunto, FLORENCE GUILLAUME, “Incompatibilité du trust...”, p. 7. A tendência revelou-se notória no famoso Acórdão do Tribunal Federal Suíço no caso *Harrison Trust* de 29 de Janeiro de 1970, extensamente comentado na Doutrina, que qualificou o *Trust* convertendo-o numa combinação de mandato, alienação fiduciária, promessa de doação e estipulação a favor de terceiro.

Como se percebe, este é um exemplo paradigmático de uma das insuficiências da doutrina clássica de *qualificação*, ao defrontar dificuldades ponderosas na caracterização em face da *lex fori* de institutos que lhe são desconhecidos. Neste sentido, JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 118; VÉRONIQUE ALLAROUSSE, “A Comparative Approach to the Conflict of Characterization in Private International Law”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 23, 1991, p. 484. Nessa medida, mesmo os defensores da *qualificação lege fori* são forçados a propor aqui ajustamentos a tal método: JOSÉ CARLOS FERNANDEZ ROZAS e SIXTIO SÁNCHEZ LORENZO, *Curso de Derecho Internacional Privado*, 2.ª Edição, Editorial Civitas, Madrid, 1993, pp. 447 ss. Por exemplo, vide ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ, “El Trust en el Derecho...”, pp. 2446 e 2447, analisando os vários ajustamentos possíveis, conclui precisamente pela necessidade de se operar uma *qualificação lege causae*; vide também LOUIS D’AVOUT, *Sur les solutions...* pp. 310 ss., sobre a tese da *qualificação lege rei sitae* enquanto mecanismo corrector da teoria tradicional para os direitos reais.

<sup>79</sup> Entre outros problemas, a *qualificação lege fori* não responde à questão do instituto jurídico desconhecido (i), viola a paridade de tratamento das ordens jurídicas — privilegiando a forma como o foro encara certa questão jurídica (ii) — e não promove a uniformidade de julgados, já que a determinação da lei aplicável depende da categorização dada pela *lex fori* e não pelos sistemas envolvidos (iii). YVON LOUSSOUARN, “Cours Général de Droit International Privé”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, 1973-II, Tomo 139, 1973, pp. 280 e 284.

sidade prejudica francamente a enunciação de uma teoria geral da sua qualificação: as várias modalidades de *Trust* admissíveis respondem a interesses e desempenham funções que os sistemas jurídicos continentais atribuem a institutos diferentes e, assim, estão dispersos em regras de conflitos distintas.

Feita esta advertência, busquemos a correcta qualificação do instituto do *Trust voluntário expreso* à luz do DIP português. Surgem essencialmente duas alternativas: a de procurar uma *qualificação unitária das normas do Trust* (i) e a de submeter a relação jurídica a vários estatutos, consoante o conteúdo e função de cada uma das suas regras (ii).

### i) A qualificação unitária

Constituindo o *Trust* um instituto jurídico desconhecido do direito pátrio, não se previram regras de conflitos que especificamente versem sobre a determinação da lei que lhe é aplicável e à luz da qual se poderá equacionar o reconhecimento dos respectivos efeitos. Este é, no fundo, um dos principais problemas que enfrenta o reconhecimento do *Trust*: a identificação do conceito-quadro em que são qualificadas as respectivas normas materiais dependerá a aceitação de lei estrangeira que conduza ao reconhecimento dos seus efeitos.

Ora, perante a modalidade de *Trust* de que aqui tratamos — o *Trust voluntário*, criado por negócio jurídico unilateral do *settlor*, onde este estabelece os poderes e deveres do *trustee* — são duas as hipóteses que se apresentam no quadro da *qualificação unitária*: ou se privilegia a rede de obrigações assumidas entre os intervenientes (sujeitando-o ao estatuto negocial [ou sucessório] ou encarando-o como pessoa jurídica) ou se atende à atribuição de *rights in rem*, submetendo o *Trust* ao estatuto real<sup>80</sup>.

A favor desta última concepção, argumenta-se que a produção de importantes efeitos reais — como a limitação da propriedade do *trustee*, oponível aos seus credores; a atribuição de sequela do beneficiário; etc.

<sup>80</sup> Neste sentido, ADELIN CHONG, “The Common Law...”, p. 863: “The two extreme positions are to consider trusts as either part of the law of obligations, or part of the law of property”. Repare-se que outras soluções são avançadas para os *Trusts* de origem legal — como o *resulting trust* — concitando-se a sujeição do *Trust* ao estatuto delitual.

— implica necessariamente a conclusão de que “O «trust» como situação jurídica tem, como se vê, natureza real”<sup>81</sup>. Com efeito, não pode negar-se que o *trust* gera direitos de domínio ou soberania sobre coisas determinadas, quer a favor do fiduciário, quer do beneficiário, oponíveis *erga omnes* (são dois direitos *in rem*)<sup>82</sup>.

Ademais, como é sabido, um dos critérios determinantes para a interpretação do conceito-quadro “direitos reais” (artigo 46.º do Código Civil) é precisamente a dotação de sequela: no âmbito da perspectiva autónoma e teleológica que deve presidir à interpretação do conceito-quadro, integrar-se-ão no âmbito daquela regra de conflitos os institutos que atribuem ao titular direitos sobre coisa corpórea “independentemente de uma relação intersubjectiva que funda pretensões perante terceiros que exprimem a sequela”<sup>83</sup>. Ora, o *right to trace* atribuído ao beneficiário, enquanto elemento essencial do *Trust*, materializa um poder de sequela que implicará a qualificação real das suas regras.

Em segundo lugar, lembra a Doutrina partidária da qualificação real do *Trust* que as pretensões jurídicas que dele derivam se fundam sempre na existência de *rights in rem*, decorrendo daí a natureza real dos efeitos gerados<sup>84</sup>. E, repare-se, não pode este argumento ser contestado pelo simples facto de serem negocialmente modelados os poderes do *trustee*. Na verdade, nos sistemas onde não vigora o princípio do *numerus clausus*, admite-se a criação, por negócio, de direitos reais configurados pelas partes, não se negando a natureza real das figuras geradas<sup>85</sup>. Ademais, mesmo em sistemas onde impere o princípio da tipicidade, são vários os direitos reais onde se admite a modelação negocial dos poderes do titular — os *tipos abertos* —, sem que isso contradite a natureza real do direito constituído<sup>86</sup>.

<sup>81</sup> PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos...*, p. 274.

<sup>82</sup> Segundo UGO MATTEI, “Should Europe Codify...”, p. 239, estas características do *Trust* influenciarão necessariamente os juristas continentais na qualificação real do instituto.

<sup>83</sup> Assim ensina LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, Vol. I, 2.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2008, p. 514.

<sup>84</sup> Neste sentido, cfr. ADELIN CHONG, “The Common Law...”, p. 873: “Trust claims are proprietary in nature”.

<sup>85</sup> É o caso do direito espanhol. Cfr. MIGUEL VIRGÓS SORIANO, *El Trust y el Derecho...*, pp. 39 ss.

<sup>86</sup> É o caso do usufruto previsto pelo direito português.

Por fim, aduz-se que a *qualificação real* decorre ainda de, nos países cujo DIP interno consagra regras conflituais sobre *Trust*, se determinar a aplicação da lei que seria mobilizada no Estado da situação da coisa — que será normalmente a própria *lex situs*<sup>87</sup>.

Nessa medida, a aceitar-se a argumentação exposta, o *Trust* sobre coisa imóvel situada em Portugal (nomeadamente, a oponibilidade a terceiros) verá os seus efeitos determinados pela lei lusa<sup>88</sup> que não prevê nem regula o instituto. Assim, é evidente a consequência desta tese: cabendo a regulação do *Trust* ao estatuto real, a prevalência da *lex rei sitae* implicará, pelo menos, que o *Trust* não seja reconhecido enquanto tal<sup>89</sup>.

Não obstante precedente em vários pontos, não pode deixar de considerar-se frágil a argumentação de que, pelo facto de o *Trust* produzir alterações no estatuto jurídico-real da coisa, se deve sujeitar ao estatuto real a rede de deveres e direitos que se estabelecem entre *trustee* e *beneficiary*, sobretudo quando é a rede dos deveres assumidos pelo fiduciário que constitui a importância económica do instituto. No fundo, a aceitar-se tal qualificação, ter-se-ia igualmente de submeter à *lex rei sitae* as obrigações inclusas em qualquer contrato constitutivo ou translativo dos efeitos reais.

A tese que surge no pólo oposto é a integração das regras do *Trust* no estatuto negocial (ou, porventura, vendo o *Trust* como pessoa jurídica, a sua sujeição à respectiva lei pessoal). Na verdade — e mesmo tendo em conta que a origem anglo-saxónica do instituto gera dificuldades de categorização do instituto em classes de direito continen-

<sup>87</sup> Neste sentido, ADELIN CHONG, “The Common Law...”, p. 880: “There is some authority of the application of the *lex situs* for immovables. § 235 of the Restatement (Second) of Conflict of Laws provides that ‘the existence and extent of an equitable interest in land are determined by the law that would be applied by the courts of the *situs*’, and then goes to observe that ‘courts would usually apply their own local law in determining such questions’.”

<sup>88</sup> Lembre-se que “o regime da posse, propriedade e demais direitos reais, é definido pela lei do Estado em cujo território as coisas se encontrem situadas” — cfr. n.º 1 do artigo 46.º do Código Civil.

<sup>89</sup> Cfr. EMMANUEL GAILLARD e DONALD THEODORE TRAUTMAN, “Trusts in Non-Trust Countries...”, p. 311: “A reference to the law of the *situs* of property in a non-trust country can only lead to disaster with respect to the problems mentioned above in which the trustee attempts to deal with or sell property or third parties attempt to reach trust property”.

tal<sup>90</sup> —, a função do *trust* não se realiza pela atribuição de direitos *in rem* nem incide sobre coisas certas e determinadas. Pelo contrário, gera um conjunto alargado de direitos e deveres de natureza obrigacional, entre *trustee* e beneficiário, que constitui “o sistema linfático da relação jurídica”<sup>91</sup>. Ademais, repare-se que o *Trust* é modelável de tal forma que “il suo territorio coincide con quello dell’autonomia privata” e que só no quadro do direito das obrigações se admitiria que tal relação pudesse ser tão livremente modelável e mesmo secreta<sup>92</sup>. É através da matriz obrigacional que o *trust* presta a função para que foi criado<sup>93</sup>. No *Trust voluntário*, é o negócio constitutivo que gera as relações jurídicas que se estabelecem. Ora, se assim é, parece que atendendo ao “conteúdo e função que têm nessa lei”, estas regras devem ser cometidas à lei reguladora das obrigações<sup>94</sup>.

Por outro lado, argumenta-se que há grandes distinções entre os direitos reais e aquele que é atribuído ao *beneficiário*, como o facto de não estar sujeito a registo predial ou de, em certos casos, não ser oponível a terceiros de boa fé<sup>95</sup>. Na verdade, o facto de o *right to trace* atribuído ao

<sup>90</sup> Neste sentido, cfr. MELHIM NAMED CHALHUB, *Trust: Perspectivas...*, p. 68. Atente-se, no entanto, que os elementos do *Trust* estão presentes nos sistemas de matriz romano-germânica. Sobre este assunto, cfr. DAVID J. HAYTON, et al., *Principles of European...* Vol. I, pp. 3 ss.

<sup>91</sup> Cfr. DIOGO LEITE DE CAMPOS e MARIA JOÃO CARREIRO VAZ TOMÉ, *A propriedade fiduciária...*, p. 16.

<sup>92</sup> ANTONIO GAMBARO, “Problemi in materia...”, p. 105; CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS, *El Trust: La institución...*, p. 72.

<sup>93</sup> Com efeito, “la relation entre le trustee et le ou les bénéficiaire(s) est personnelle, in personam”. CLAIRE SPIROU, “Une lacune du droit...”, p. 210. Cfr. ainda MELHIM NAMED CHALHUB, *Trust: Perspectivas...* p. 77.

<sup>94</sup> Seguindo a tese da qualificação unitária do *Trust* no estatuto negocial, cfr. FLORENCE GUILLAUME, “Incompatibilité du trust...”, p. 28; CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS, *El Trust: La institución...*, p. 72. Caracterizando o *Trust* como pessoa jurídica, GERARDO BROGGINI, “Trust e Fiducia...”, p. 418.

Repare-se que GONZÁLEZ BEILFUSS defende a qualificação unitária do *Trust* embora trace uma divisão entre o *Trust inter-vivos* (qualificado como instituto contratual) e *Trust mortis causa* (caracterizado como instituição sucessória). Por sua vez, GUILLAUME só o defende para certo tipo de *Trusts*, como veremos melhor *infra*.

<sup>95</sup> A estes argumentos, responde ADELIN CHONG (que sustenta a qualificação real do *Trust*) que “the mere fact that the rights of a beneficiary under a trust are not identical

beneficiário depender da má fé do adquirente pode suscitar a sua consideração como mecanismo de tutela creditória, à semelhança da impugnação pauliana e, assim, sujeito à lei reguladora das obrigações<sup>96</sup>.

Por fim, sustenta-se que o direito conflitual dos contratos está pensado para responder eficazmente aos interesses das partes, pelo que é o estatuto negocial aquele que melhor responderá às preocupações subjacentes ao instituto do *Trust*, admitindo a escolha da lei aplicável<sup>97</sup>.

Esta qualificação parece encontrar algum apoio na jurisprudência comunitária e nos instrumentos internacionais de unificação do DIP. De facto, é sabido que o Tribunal de Justiça determinou que *Trust* não é tido como figura jurídico-real para efeitos de determinação da competência judiciária, nos termos do Regulamento Bruxelas I — pelo menos quando o pedido seja apenas a *declaração da existência do Trust* e mesmo aceitando que, reconhecendo-se o *Trust*, tal implica consequências para a titularidade da propriedade<sup>98</sup>. Por outro lado, a Convenção da Haia de

*to legal rights in property is not a good reason of itself to discount the argument that beneficial rights can be proprietary in nature*". Cf. ADELIN CHONG, "The Common Law...", p. 874.

<sup>96</sup> Cf. MAURIZIO LUPOI, *Trusts*, pp. 613 e 614, e MAURIZIO LUPOI, "The civil law...", p. 971.

<sup>97</sup> CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS, *El Trust: La institución...*, p. 72.

<sup>98</sup> Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Maio de 1994, *Webb c. Webb*, proc. C-294/92, *Colectânea da Jurisprudência*, 1994, pp. I-1717 ss., n.º 13 a 17. Na Doutrina, cfr. JONATHAN HARRIS, "The Trust in Private...", p. 206, ADRIAN BRIGGS, "Trusts of land and the Brussels Convention", *Law Quarterly Review*, n.º 110, 1994, pp. 526 ss., e MAURIZIO LUPOI, *Trusts*, pp. 303 ss.

O caso principal opunha pai e filho, pedindo o primeiro que um tribunal inglês declarasse a existência de um *Trust* (na modalidade de *resulting trust*) e a qualidade de *trustee* do seu filho quanto à propriedade de um imóvel situado em França. O filho sustentava, porém, que ao abrigo das regras comunitárias em matéria de competência internacional (à data, a Convenção de Bruxelas de 1968) — que "*em matéria de direitos reais*" consagra a competência exclusiva dos tribunais do Estado territorial —, a causa apenas podia ser julgada perante a justiça gaulesa.

Isto é, suscitou-se um problema de interpretação de uma regra comunitária no que concerne a saber se o *Trust* e a propriedade fiduciária do *Trustee* se considerariam "*matéria de direitos reais*", implicando assim a competência dos tribunais franceses. Chamado prejudicialmente, o Tribunal de Justiça considerou que o facto de o pai (que se arrogava beneficiário) não exercer na acção um direito sobre a coisa oponível *erga omnes* — exigindo apenas que o filho (aleadamente *trustee*) cumprisse os deveres ine-

1985 sobre lei aplicável ao *Trust* e ao seu reconhecimento tem uma abordagem plenamente obrigacional, determinando a sujeição do *Trust* à lei escolhida pelo *settlor*<sup>99</sup>, o que tem levado juristas continentais a partir do pressuposto que as normas do *Trust* serão naturalmente qualificadas no estatuto negocial, sem sequer discutir o problema<sup>100</sup>. Ademais, esta qualificação será, em princípio, favorável ao reconhecimento do *Trust*. Na verdade, a autonomia conflitual implicará que o *Trust* se sujeite à lei escolhida pelo *settlor*, gerando mais facilmente a sua validade.

A nosso ver, é difícil conciliar este modo de qualificação com o art. 15.º do Código Civil: no fundo, aceitar esta tese implica que as regras que atribuem ao beneficiário o *right to trace* e exercer sequela perante terceiros adquirentes, sejam vistas como normas obrigacionais, o que não é definitivamente o seu conteúdo ou função na lei se integram.

Aliás, nem a sobreposição do *tracing* à impugnação pauliana parece resultar: por um lado, atente-se que a impugnação pauliana está geralmente sujeita a prazo, o que não sucede com o exercício do *tracing*. Por outro lado, aquela concretiza-se na cessação de efeitos de transmissões

rentes ao instituto —, implicava dever considerar-se como revestindo "*natureza pessoal*" a pretensão do *beneficiary*. Nessa medida, não relevou o facto de lhe ser atribuído um *right to trace* no caso de violação dos deveres do *trustee*, valorizando pelo contrário a estrutura obrigacional da sua posição.

Atente-se, porém, que o Advogado-Geral DARMON, nas suas Conclusões de 8 de Fevereiro de 1994, proc. C-294/92, *Colectânea da Jurisprudência*, 1994, p. I-1717, (autor da tese que levou o Tribunal a concluir pela inexistência de competência judiciária exclusiva do Estado da situação da coisa) não nega a natureza *in rem* do direito do *beneficiary*. Simplesmente, entende que o concreto pedido formulado ao tribunal não se baseava no exercício de um direito real, oponível *erga omnes*. Isto é, antevê-se que a solução seria outra se estivesse em causa a oponibilidade do direito a um terceiro adquirente da coisa fiduciada.

<sup>99</sup> Este argumento é rebatido pelos Autores que sustentam a qualificação real, que defendem que "*The Hague choice of law rules were formulated with a view to acclimating non-trust States to the trust concept, and in some systems with no concept of equitable ownership, the rights of a beneficiary were thought to be more akin to the law of obligations*". Por outro lado, a abordagem obrigacional é explicada pelo facto de os Estados offshore terem entendido que a perspectiva mais flexível permitiria atrair um maior número de *Trusts*. Cf. ADELIN CHONG, "The Common Law...", p. 873.

<sup>100</sup> Atente-se no discurso de SERGIO MARIA CARBONE, "*Trust interno e legge straniera*", *Il Trust nel diritto delle persone e della famiglia*, Giuffrè Editore, Milano 2003, pp. 26 ss.

que prejudiquem a garantia patrimonial do credor, pelo que a sua procedência redundaria no regresso da coisa vendida à esfera do transmitente. Ora, o *right to trace*, pelo contrário, é uma verdadeira seqüela, pois permite ao beneficiário onerar o adquirente com as obrigações próprias do *Trust*: no fundo, é o direito de seguir a coisa onde quer que esta se encontre, através de uma *actio in rem*, opondo o seu direito sobre ela a qualquer adquirente e tornando-o novo *trustee*<sup>101</sup>, visão consagrada na jurisprudência anglo-saxónica<sup>102</sup>. Nessa medida, nem o facto de o direito do beneficiário poder decair em face de um terceiro de boa fé é determinante, já que o mesmo pode suceder nos ordenamentos jurídicos de *civil law* que consagram o princípio da fé pública registal<sup>103</sup>.

Ademais, mobilizar o argumento de que a lei aplicável aos contratos responde melhor ao *Trust* é operar uma inversão metodológica não admitida no direito conflitual, negando autonomia à operação de quali-

<sup>101</sup> Cfr. DAVID J. HAYTON, et al., *Principles of European...* Vol. I, p. 60; DAVID J. HAYTON, "Some major developments in Trust Law", *Private Client Business*, Vol. 6, 2001, p. 367; DAVID J. HAYTON, "Developing the Obligation...", pp. 102 e 108. Aliás, segundo DONOVAN WATERS, "The Institution of the Trust...", pp. 145 ss., estará precisamente na natureza real da pretensão do beneficiário a diferença determinante entre o *Trust* e a *fideicomisso*.

É certo que a qualificação do *tracing* "is a subject which exudes controversy and stimulates debate". Cfr. JONATHAN HARRIS, "Tracing and the Conflict of Laws", *The British Year Book of International Law*, Ano 73, 2002, p. 66. No fundo, a figura pode ser caracterizada como expediente processual (submetida por isso à *lex fori*), à lei reguladora das obrigações (encarando-a como mecanismo de tutela dos créditos) ou à *lex situs*, entendendo-a como efeito de um direito *in rem*.

Esta última posição é prevalecente, pelas razões que aduzimos no texto. Cfr. FLORENCE GUILLAUME, "Incompatibilité du trust...", p. 5; T. M. YEO, *Choice of Law...*, p. 133; GERARDO BROGGINI, "Trust e Fiducia...", p. 402; DAVID J. HAYTON, "Developing the Obligation...", p. 102.

<sup>102</sup> Cfr. a jurisprudência citada por DAVID J. HAYTON, "Some major developments...", pp. 367 ss.

<sup>103</sup> Sem querer tomar posição quanto à questão de saber se no artigo 291.º do Código Civil se consagra o princípio da fé pública registal, repare-se que se A, proprietário, transmite invalidamente a B a propriedade de uma coisa e este volta a transmitir a C, a nulidade do negócio entre A e B implica que o direito real se mantenha na esfera de A, pelo que pode exercer seqüela. No entanto, cumpridos os requisitos do mecanismo do artigo 291.º, e perante a boa fé de C, o direito do proprietário decai sem que alguma vez se coloque em causa a respectiva natureza real.

ficação: "La calificación no descubre cuál es la ley aplicable sino que es ésta la que determina la calificación"<sup>104</sup>. Na verdade, só perante uma ratificação da Convenção da Haia — que, como vimos, postula precisamente este caminho — haveria apoio legal para sujeitar a generalidade das normas do *Trust* à autonomia conflitual<sup>105</sup>.

#### ii) Posição adoptada: a sujeição do *Trust* a estatutos diferentes

Vimos *supra* que o *Trust* voluntário se analisa numa relação jurídica complexa onde, por negócio jurídico, se estabelecem direitos e obrigações atribuídos a *trustee* e *beneficiário*. Se é certo que a matriz do instituto é marcadamente obrigacional, também é verdade que o negócio produz efeitos cuja natureza real é indiscutível. Referimo-nos, como é evidente, ao *equity right in rem* atribuído ao beneficiário, de que decorre o *right to trace* que lhe permite opor o seu direito a qualquer adquirente da coisa em *breach of trust*.

Na verdade, sendo exacto que o *right to trace* se não assimila plenamente ao exercício da seqüela<sup>106</sup>, também é certo que se define da mesma exacta forma: "the legal owner of an asset who is deprived of its possession has the right to follow or trace it no matter into whose hands it might come"<sup>107</sup>. Nessa medida, mesmo para a Doutrina anglo-saxónica é evidente que, ainda que o *tracing* seja exercido processualmente, constitui um direito de matriz substantiva sujeito ao direito de conflitos<sup>108</sup>.

Nesta sequência, e olhado à caracterização das respectivas regras, não parece poder operar-se uma qualificação obrigacional para um instituto que atribui ao beneficiário o poder de perseguir a coisa objecto

<sup>104</sup> CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS, *El Trust: La institución...*, p. 72.

<sup>105</sup> Neste sentido, MIGUEL VIRGÓS SORIANO, *El Trust y el Derecho...*, p. 94. Em sentido contrário, defendendo a qualificação unitária do *Trust* no estatuto obrigacional mesmo sem a ratificação da Convenção da Haia, FLORENCE GUILLAUME, "Incompatibilité du trust...", p. 28 e ALEXANDRA BRAUN, "Trusts interni", pp. 577 ss.; PAOLO BERNARDI, "Il Trust nel Diritto Internazionale Privato", *Studi nelle Scienze Giuridiche e Sociali — Università di Pavia*, Vol. 35, 1957, p. 70. A convicção de PAOLO BERNARDI deve-se, como o próprio admite, à utilização do método clássico de qualificação — *lege fori* (cfr. p. 116).

<sup>106</sup> Cfr. o que dissemos na nota n.º 66.

<sup>107</sup> Cfr. PHILIP H. PETTIT, *Equity and the Law...* p. 553.

<sup>108</sup> Cfr. T. M. YEO, *Choice of Law...* p. 155.

do seu direito, opondo a sua posição jurídica a qualquer adquirente. O *right to trace* implica o exercício de um poder sobre a coisa “*independentemente de uma relação intersubjectiva que funda pretensões perante terceiros que exprimem a sequela*” — o que constitui o critério da qualificação no âmbito dos direitos reais, segundo LIMA PINHEIRO<sup>109</sup>.

Posto isto, antevê-se a nossa convicção: cremos que a solução conflitual que presidir ao reconhecimento do *Trust* não pode caber exclusivamente nem à lei reguladora do negócio, nem à *lex situs*. Na verdade, se o *Trust* voluntário materializa uma estrutura marcadamente obrigacional com fonte na *vontade e confiança* das partes (a que a situação da coisa é conexão desadequada<sup>110</sup>), é igualmente certo que a tutela dos interesses do comércio não admitiria que o beneficiário de um *Trust* constituído no estrangeiro pudesse opor o seu direito ao adquirente de um imóvel situado em *non-trust country*, que não podia prever a aplicação de lei estrangeira<sup>111</sup>.

No fundo, o reconhecimento cabal dos efeitos do *Trust* dependerá de duas leis, pois há uma natureza híbrida que implicará que *algumas* das suas regras se cometam ao estatuto real e *outras* à lei reguladora do negócio<sup>112</sup>. Na verdade, atendendo ao método de qualificação postulado pelo nosso sistema, importa olhar aos atributos da regra jurídica estrangeira,

<sup>109</sup> Cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. I, p. 514. Defendendo a qualificação real do *tracing*, cfr. DONOVAN WATERS, “The Institution of the Trust...”, pp. 145 ss.; ADELIN CHONG, “The Common Law...”, p. 874; T. M. YEO, *Choice of Law...*, pp. 155 e 156; FLORENCE GUILLAUME, “Incompatibilité du trust...”, p. 5; GERARDO BROGGINI, “Trust e Fiducia...”, p. 402.

Em sentido contrário, sobrepondo o *tracing* a garantias das obrigações baseados na boa fé, veja-se a tese de LUPOI (MAURIZIO LUPOI, *Trusts*, pp. 613 e 614, e MAURIZIO LUPOI, “The civil law...”, p. 971).

<sup>110</sup> Sobre as razões da autonomia conflitual no âmbito obrigacional, cfr. MARIO GIULIANO, “La Loi d’Autonomie: le Principe et sa Justification Théorique”, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Ano XV, 1979, pp. 231 ss.

<sup>111</sup> Repare-se que T. M. YEO, ao desenvolver uma teoria geral de relacionamento entre o conflito de leis e os institutos baseados na *English equity*, defende precisamente este caminho. T. M. YEO, *Choice of Law...*, p. 167.

<sup>112</sup> No fundo, a consequência da qualificação proposta é a “*necesidad de distinguir entre los aspectos obligacionales (y dentro de éstos entre el fondo y la forma) y los aspectos reales del negocio, pues las normas de conflicto que rigen cada una de esos aspectos son distintas*”. Cfr. MIGUEL VIRGÓS SORIANO, *El Trust y el Derecho...*, p. 103.

ponderando o seu conteúdo e função no ordenamento jurídico a que pertencem<sup>113</sup>; desta forma, parece claro que coexistem regras de conteúdo jurídico-real com normas atinentes aos deveres obrigacionais gerados<sup>114</sup>.

Ademais, recorde-se que mesmo a Convenção da Haia — que estabelece a lei reguladora do *Trust* em moldes muito próximos àqueles que conhecemos do quadro contratual — deixa de fora da lei do *Trust* a sequela do beneficiário, aceitando assim a qualificação real destas regras<sup>115</sup>.

A proposta de qualificação do *Trust* que perfilhamos colhe alargado consenso doutrinal<sup>116</sup>. Aliás, mesmo em Portugal, quer a jurisprudência<sup>117</sup>,

<sup>113</sup> Como é consabido, a Doutrina e o legislador portugueses superaram a tradicional antinomia entre *qualificação lege fori* e *qualificação lege causae*: à *lex fori* cabe determinar o critério da qualificação, a interpretação do conceito-quadro; no seio da *lex causae* (hipoteticamente considerada, pois prescinde-se de uma qualificação primária) pesquisam-se as características dos preceitos potencialmente aplicáveis ao caso concreto, cabendo-lhe pois a *caracterização em sentido estrito*. Cfr., p. todos, ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito...*, pp. 199 ss.; JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito...*, pp. 111 ss.

<sup>114</sup> Como se percebe, esta opção pode implicar o problema dos *conflitos de qualificações*. Este é, aliás, um dos argumentos que funda a opção pela qualificação real de todas as regras do *Trust*, já se obvia ao surgimento deste problema. Cfr. ADELIN CHONG, “The Common Law...”, p. 882.

<sup>115</sup> Cfr. DAVID J. HAYTON, “The significance of the Hague...”, p. 125.

<sup>116</sup> BRUNO OPPETIT, “Le trust dans le droit du commerce international”, *Revue Critique de Droit International Privé*, Vol. 62, n.º 1, 1973, p. 7: “*Le trust, institution complexe par son objet et par les rapports qu’elle crée, ne relève pas d’une loi unique, mais du concours de plusieurs lois : une loi gouverne la constitution du trust, mais c’est la loi du lieu de situation des biens qui détermine les droits des bénéficiaires du trust sur les biens constitués en trust ainsi que ceux du trustee et des créanciers*”; KURT LIPSTEIN, “Trusts”, p. 4: “*In fact these rights are not unitary in character some are in rem and some are in personam*”; ADOLF F. SCHNITZER, “Le trust et la fondation dans les conflits de lois”, *Revue Critique de Droit International Privé*, Vol. 54, 1965, pp. 489 e 490; MIGUEL VIRGÓS SORIANO, *El Trust y el Derecho...*, p. 95; BERNARD AUDIT, *Droit International Privé*, 6.ª Edição, Economica, Paris, 2010, p. 150.

Para uma apreciação crítica, cfr. ADELIN CHONG, “The Common Law...”, p. 872.

<sup>117</sup> Cfr. Parecer do Conselho Técnico do Instituto dos Registos e Notariado n.º 244/2008, pp. 8 ss., que aceita a qualificação negocial das relações obrigacionais do *Trust*, reservando à *lex situs* os respectivos efeitos reais.

quer a Doutrina a acolhem: FERRER CORREIA considera ser o estatuto real a estabelecer o conteúdo do direito do *Trustee*<sup>118</sup> e LIMA PINHEIRO assume ser a *lex situs* a disciplinar a oponibilidade do *Trust* a terceiros<sup>119</sup>, tratando depois de eventuais conflitos com as regras que disciplinam a relação negocialmente estabelecida.

Importa porém identificar as normas que vão colher-se ao estatuto real e as que decorrem da lei do negócio, já que as relações jurídicas de fonte negocial que importam a produção de efeitos reais colocam sempre um problema de *delimitação de estatutos*. Com efeito, no direito internacional privado vigora uma regra quase universal de sujeição dos direitos reais à lei do Estado onde a coisa se encontra, ao passo que no domínio negocial vigora o princípio de *autonomia conflitual*, autorizando-se as partes, em maior ou menor medida, a escolher a lei aplicável<sup>120</sup>. Nessa medida, em quaisquer negócios reais, coloca-se o problema da *delimitação* do estatuto real e do estatuto negocial, questão de indiscutível complexidade<sup>121</sup>. Isto é, importa identificar quais os efeitos negociais sujeitos à *lex rei sitae* e quais os que decorrem da lei reguladora das obrigações<sup>122</sup>.

<sup>118</sup> ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito...*, p. 153.

<sup>119</sup> Cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...* Vol. I, p. 567, propõe que, caso se conclua pela impossibilidade de reconhecimento dos efeitos reais do *Trust* na ordem jurídica portuguesa por se sujeitarem à *lex rei sitae*, “*haverá que lhe conceder o máximo de eficácia permitida; se não for possível transpô-lo para tipos jurídico-reais da lei portuguesa, no mínimo poderá produzir efeitos obrigacionais*”.

<sup>120</sup> Cfr., entre nós, o Regulamento Roma I relativo às obrigações contratuais e, para os negócios unilaterais e contratos não abrangidos pela disciplina conflitual europeia, os arts. 41.º e 42.º do Código Civil.

<sup>121</sup> Neste sentido, ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, “Prefácio à obra”, *A venda com reserva de propriedade em Direito Internacional Privado*, McGraw-Hill, Lisboa, 1991, p. XIII. Acrescente-se, aliás, que será porventura a dificuldade da delimitação dos estatutos que leva alguma Doutrina a considerar defensável que, nos negócios reais sobre imóveis, a *lex contractus* seja sempre a *lex rei sitae* ou, pelo menos, a lei que o DIP da *lex situs* reputar como exclusivamente competente. Neste sentido, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, Vol. II, 3.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2009, p. 442: “*De iure condendo seria mesmo defensável submeter o contrato de alienação de imóvel ao direito internacional privado da lex situs*”.

<sup>122</sup> Como é evidente, o problema não se coloca nos sistemas conflituais que impõem a sujeição dos negócios sobre imóveis à *lex situs*. É o caso da Lei suíça de

O critério tradicional de delimitação dos estatutos é o da *primazia relativa do estatuto real*<sup>123</sup>, de acordo com o qual lhe cabe não apenas o conteúdo do direito real mas igualmente a definição das condições da sua existência, constituição e transmissão. Ao estatuto negocial é atribuída a apreciação da validade do negócio (exigido pela lei reguladora dos direitos reais) e os seus efeitos obrigacionais. De acordo com esta concepção, a qualificação privilegiará necessariamente o estatuto real quanto aos “*elementos do contrato de venda com incidência real e aos aspectos de uma relação contratual em que segmentos obrigacionais e reais estão indissociavelmente ligados*”<sup>124</sup>. Isto é, será o estatuto real a determinar o modo de atribuição dos direitos (*sistema de título ou de título e de modo*), a *legitimidade para constituir o direito real e o momento da sua constituição*<sup>125</sup>.

A favor deste entendimento sufraga-se ser a solução conflitalmente mais justa, pois atende aos interesses subjacentes à escolha da *lex rei sitae*

direito internacional privado (art. 119.º), que estabelece que “*les contrats relatifs aux immeubles ou à leur usage sont régis par le droit du lieu de leur situation*”, embora admita derrogação desta conexão.

<sup>123</sup> A expressão é de LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. II, p. 442. É consabido que existem outras propostas de delimitação dos estatutos, embora apenas relativos a coisas móveis. Sobre este assunto, cfr. ANTÓNIO FERRER CORREIA, “Conflitos de leis em matéria de direitos sobre coisas corpóreas”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 117 e Ano 118, Números 3728 a 3732, 1985-1986, n.º 3728, p. 327, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *A venda com reserva de propriedade em Direito Internacional Privado*, McGraw-Hill, Lisboa, 1991, p. 90, e LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. II, p. 443.

<sup>124</sup> LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. II, p. 442.

<sup>125</sup> Parece ser esta concepção que está da base da Resolução do Instituto de Direito Internacional adoptada na Sessão de Madrid (1911) sobre lei aplicável aos direitos reais. Com efeito, o Instituto propõe que caiba à *lex rei sitae* a subsistência e eficácia dos direitos reais, independentemente do que dispuser a *lex contractus* (art. 2.º). Veja-se o impressionante exemplo de ANTÓNIO FERRER CORREIA, “Conflitos de leis em matéria de...”, n.º 3728, p. 325, “*Assim, se a l. r. s. (como acontece na Áustria) configura em certos casos o direito do arrendatário como direito real, as correspondentes disposições legais do sistema jurídico austríaco tornam-se, sem mais, aplicáveis. Pouco importa que não seja essa lei, segundo a norma de conflitos da lex fori atinente aos contratos, a aplicável ao contrato de arrendamento em questão — e que a lei do contrato não comungue nas ideias da l. r. s.*”.

para o estatuto real e da autonomia da vontade em matéria de negócios jurídicos. Com efeito, se a constituição ou transferência do direito ficar dependente de um facto externo nos termos da lei territorial, tal exigência ligar-se-á à protecção dos interesses dos terceiros e do comércio jurídico, que nele podem fiar-se; quanto aos efeitos meramente obrigacionais, atende-se, evidentemente, aos interesses das partes<sup>126</sup>.

Nessa medida, ao estatuto negocial caberá determinar as relações obrigacionais estabelecidas entre *trustee* e *beneficiary*, bem como as questões relativas à validade da constituição do *Trust* e à admissibilidade das cláusulas negociais. Pelo contrário, é à lei da situação da coisa que cabe dizer se a uma pretensão fundada na sequela (ou *tracing*) é admitida e qual a eficácia perante terceiros da natureza fiduciária da propriedade — mesmo que a lei do negócio não partilhe a mesma visão.

#### 4.2. A lei aplicável ao *Trust*: efeitos obrigacionais

Afastada a qualificação unitária do *Trust*, importa agora determinar a lei competente para a disciplina dos seus efeitos obrigacionais. Sendo esta a lei que estabelece as relações entre os sujeitos envolvidos, não obstante alguns dos efeitos do *Trust* se cometerem ao estatuto real, é a esta lei que se chama vulgarmente a *lei do Trust*<sup>127</sup>.

A tarefa, porém, não se revela tão fácil como se poderia antever: a qualificação envolve dificuldades decorrentes da profunda distinção do *Trust* face às categorias jurídicas internas, gerando problemas conflituais e materiais.

<sup>126</sup> Sustentando este critério de delimitação, vide, entre outros, ANTÓNIO FERRER CORREIA, “Conflitos de leis em matéria de...”, n.º 3728, p. 326 e HENRI BATIFFOL e PAUL LAGARDE, *Droit International Privé*, Tomo I, 7.ª Edição, LGDJ, Paris, 1981, p. 330. São também estas razões que levam FERRER CORREIA a defender que “*submeter o contrato no seu todo à lex rei sitae, mesmo só no caso de estarem em causa apenas bens imóveis, seria uma solução injusta, por isso que apenas atenta a um dos interesses que relevam na matéria*”. ANTÓNIO FERRER CORREIA, “Conflitos de leis em matéria de...”, n.º 3728, p. 327. Em sentido ligeiramente divergente, cfr. a posição de LIMA PINHEIRO sobre a vantagens de regulação unitária do contrato e dos efeitos reais: LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *A venda com reserva...*, p. 124.

<sup>127</sup> Cfr. BRUNO OPPETIT, “Le trust dans le droit...”, p. 8.

Em primeiro lugar, inexistente um conceito-quadro que especificamente se dedique ao *Trust*, importando assim identificar, atendendo à respectiva *ratio* conflitual, a caracterização adequada das respectivas normas materiais. Com efeito, sendo o critério da qualificação cometido à *lex formalis fori* — pelo que os conceitos se não identificam com os correspondentes institutos da lei material<sup>128</sup> —, há que analisar o instituto jurídico em causa (desconhecido do direito português) de modo a reconduzi-lo correctamente a um conceito-quadro<sup>129</sup>.

No fundo, importa determinar se as regras negocialmente estabelecidas para o *Trust inter-vivos* se devem entender abrangidas pelo *estatuto contratual* — qualificando o *Trust* como um negócio bilateral (entre *settlor* e *trustee*), em benefício de terceiro (o *beneficiário*) —, se se deve atender à natureza *unilateral* do acto de constituição do *Trust*, ou se a relação jurídica deve ser qualificada enquanto constituição de uma pessoa jurídica (como uma fundação). Da mesma forma, tratando-se de um *trust* testamentário, importa indagar se devem as regras ser integradas na regra de conflitos relativa aos negócios jurídicos em geral ou se, ao invés, a caracterização mais adequada é a das disposições testamentárias.

Como se percebe, a tarefa em causa gozará necessariamente de uma margem grande de apreciação pelo julgador, já que se pretende subsumir um instituto complexo, com funções variadas e conteúdos diversos, a categorias normativas que, embora interpretadas teleologicamente, têm por base o direito continental<sup>130</sup>. Ora, julgamos, a diversidade de formas e funções do *Trust* implicará que se tenha em conta “*la concreta función*

<sup>128</sup> Assim, “*los conceptos y categorías que emplean las normas de conflicto son, conscientemente, más amplios que los del Derecho material español precisamente para poder ordenar, esto es retranscribir en términos de nuestro sistema, instituciones que son distintas o desconocidas*”. Cfr. MIGUEL VIRGÓS SORIANO, *El Trust y el Derecho...*, p. 97. No mesmo sentido, sublinha ADELIN CHONG que “*claims which are unknown under foreign law will be classified in accordance with the closest analogous domestic equivalent*”. Cfr. ADELIN CHONG, “The Common Law...”, p. 861. Vide, sobre este assunto, ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito...*, pp. 200 ss., e JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito...*, pp. 111 ss.

<sup>129</sup> Neste sentido, BRUNO OPPETIT, “Le trust dans le droit...”, p. 8: “*s’agissant d’un concept inconnu du droit français, la mise en œuvre d’une règle de conflit suppose préalablement résolu un très délicat problème de qualification et nécessite une analyse du trust susceptible de conduire à un rattachement*”.

<sup>130</sup> Neste sentido, BRUNO OPPETIT, “Le trust dans le droit...”, p. 8.

que tiene encomendada y analizar en cada caso su estructura y contenido concreto”<sup>131</sup>, não sendo conjecturável uma teoria geral de qualificação de todos os *Trusts*.

Nessa medida, e cingindo-nos aos *express Trusts* sobre que versamos, julgamos deverem o *trust mortis causa* e o *trust inter-vivos* ser tratados conflituamente de forma distinta.

#### i) O *Trust Inter-Vivos*

Excluindo os efeitos reais do *Trust* (que se sujeitarão ao estatuto real), a relação jurídica poderá ser qualificada, em face do DIP português, de uma de três formas: em primeiro lugar, pode concitar-se a hipótese de ser o *Trust* encarado como separação patrimonial equiparável à constituição de uma pessoa jurídica distinta — como uma fundação; em segundo lugar, podem ser tais regras entendidas enquanto disciplinadoras de um negócio jurídico unilateral, olhando ao facto de ser esta a natureza que lhe é atribuída no direito inglês; por fim, pode encarar-se a figura como *contrato* entre fundador e fiduciário, em benefício de terceiro<sup>132</sup>.

A primeira proposta de qualificação — o *Trust* como constituição de uma pessoa jurídica distinta — é defendida pela Doutrina apenas para os *Trusts* em cujo património seja afectado a uma finalidade especificamente determinada pelo *settlor*. Nestes casos, sustenta-se a proximidade entre o *Trust* e o negócio fundacional (ou, pelo menos, constitutivo de uma entidade autónoma desprovida de personalidade jurídica), pelo que a norma integrará o art. 33.º — convocando a lei do Estado da “*sede principal e efectiva da sua administração*”<sup>133</sup>.

<sup>131</sup> Cf. MIGUEL VIRGÓS SORIANO, *El Trust y el Derecho...*, p. 99; CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS, *El Trust: La institución...*, p. 71.

<sup>132</sup> Curiosamente, e não obstante ser clara a natureza unilateral do negócio constitutivo do *Trust*, a generalidade da Doutrina continental discute apenas a qualificação contratual ou fundacional, ignorando a viabilidade de caracterização como negócio jurídico unilateral. *Vide*, entre outros, FLORENCE GUILLAUME, “Incompatibilité du trust...”, p. 6; MIGUEL VIRGÓS SORIANO, *El Trust y el Derecho...*, pp. 100 ss.

<sup>133</sup> Defendendo tal qualificação para esta modalidade de *Trusts*, cf. MIGUEL VIRGÓS SORIANO, *El Trust y el Derecho...*, pp. 114 ss.; FLORENCE GUILLAUME, “Incompatibilité du trust...”, pp. 25 ss.; THOMAS B. TRUMPY, “Non-corporate entities in

Como se percebe, esta qualificação enfrenta um severo obstáculo, pelo menos em face do sistema português de qualificação: no direito anglo-saxónico, o *Trust* não cria qualquer pessoa jurídica — o *trustee* é proprietário e actua em nome próprio<sup>134</sup> — e não parece que a interpretação da regra de conflitos em causa, por mais abrangente que possa ser, abarque um *Trust*, como os próprios defensores admitem<sup>135</sup>. Na verdade, a segregação patrimonial dos bens que integram o *Trust fund* não se deve à sua titularidade por entidade diferente do *trustee* mas é uma consequência do facto de, sobre aqueles bens, existir um *equity right in rem* atribuído ao beneficiário.

Ora, porque o método pátrio de qualificação depende do conteúdo e função que as regras materiais revistam na lei a que pertencem, e atendendo a que o *Trust fund* não é uma pessoa jurídica ou entidade autónoma no direito anglo-saxónico<sup>136</sup>, cremos ser de repudiar esta solução<sup>137</sup>.

private international law: The trust”, *Hague Yearbook of International Law*, Vol. 2, 1989, pp. 211 ss.; GERARDO BROGGINI, “Trust e Fiducia...”, p. 405.

<sup>134</sup> Cf. PETER HEFTI, “Trusts and Their Treatment...”, p. 558: “the common law does not construe the trust as a juristic person”. No mesmo sentido, CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS, *El Trust: La institución...* p. 27.

<sup>135</sup> Assim, mesmo VIRGÓS SORIANO reconhece que “esta solución tiene la dificultad de que exige una aplicación por analogía de la norma sobre personas jurídicas”. Cf. MIGUEL VIRGÓS SORIANO, *El Trust y el Derecho...*, pp. 116 e 119. FLORENCE GUILLAUME, “Incompatibilité du trust...”, pp. 25 ss. Os partidários desta tese fundamentam ainda a sua opção no facto de a Lei de DIP suíça estabelecer a existência de um património separado como critério para a consideração de uma *société*. Nessa medida, mesmo VON OVERBECK parecia ter alguma abertura a esta qualificação, antes de a Suíça ratificar a Convenção da Haia. Cf. ALFRED VON OVERBECK, “Trusts in Switzerland”, *Yearbook of Private International Law*, Vol. 4, 2002, pp. 217 e 218.

Sobre o perigo e consequências da tendência recente de, no direito anglo-saxónico, o *settlor* se referir à transmissão dos bens para o *Trust* (como se este fosse uma pessoa jurídica), cf. DAVID J. HAYTON, “Some major developments...”, pp. 362 ss.

<sup>136</sup> Em sentido contrário, THOMAS B. TRUMPY, “Non-corporate entities...”, pp. 211 ss., e HENRY HANSMANN e REINER KRAAKMAN, “The Essential Role of Organizational Law”, *The Yale Law Journal*, Vol. 110, 2000, p. 416, que sustentam: “While it is sometimes said that the common-law Trust lacks legal personality, in our view it is, on the contrary, quite clearly a legal entity, and Trust law is consequently a form of organizational law”. Segundo os Professores, o *Trust* tem por efeito transformar o fiduciário em duas pessoas jurídicas distintas.

<sup>137</sup> Além do argumento determinante, que expressamos no texto, pode ainda aduzir-se que a vigência de *secret trusts* é a prova de que o *Trust* não é uma pessoa jurídica.

Afastada a tese de que o *Trust* deve ser qualificado como criando uma pessoa jurídica distinta, importa indagar se deve ser caracterizado como negócio jurídico unilateral ou como contrato.

Entre nós, o problema não é decisivo: uma vez que o Regulamento Roma I exclui o *Trust* do seu âmbito de aplicação<sup>138</sup>, sempre deverá procurar-se a lei aplicável à luz do artigo 41.º do Código Civil que, como é sabido, utiliza o mesmo elemento de conexão para todos os negócios — a escolha das partes<sup>139</sup>. Nessa medida, a questão só assume relevância na falta de opção (mesmo implícita), caso em que o critério supletivo é diferente — residência do *settlor*, se o negócio for entendido como unilateral; residência comum das partes e demais conexões supletivas se for entendido como contrato.

Em França, é frequente encontrar-se a concepção de que, para efeitos de *qualificação* (*lege fori*), o *Trust* deve ser entendido como contrato a favor de terceiro, o que é aceite não obstante se reconhecer a desvirtuação da figura<sup>140</sup>. Esta qualificação colhe igualmente simpatia na Dou-

dica, já que não está sujeito a qualquer procedimento de constituição ou de publicidade.

Esta qualificação é afastada também por CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS, *El Trust: La institución...* p. 99, com o fundamento de que a lei da sede do *Trust* é desadequada pois pode não corresponder aos interesses das partes. Por nossa parte, cremos não ser o argumento decisivo, pois recusa a autonomia do problema da qualificação, olhando ao elemento de conexão da regra de conflitos e não à natureza das normas a qualificar.

<sup>138</sup> Cfr. alínea *h*) do art. 1.º do Regulamento Roma I.

<sup>139</sup> Lembre-se, porém, que diferentemente do que sucede no Regulamento Roma I, a escolha das partes está limitada a lei “sobre cuja aplicabilidade corresponda um interesse sério dos declarantes ou esteja em conexão com algum dos elementos do negócio jurídico atendíveis no domínio do direito internacional privado”. Cfr. n.º 2 do art. 41.º do Código Civil.

<sup>140</sup> Cfr. as palavras impressivas de BRUNO OPPETIT, “Le trust dans le droit...”, pp. 9 e 10: “les rapports du settlor et du trustee dérivent bel et bien d’un contrat, dans sa substance comme dans son appellation. [...] Même si cette qualification apparaît artificielle au regard du concept de trust, irréductible à toute autre institution, que c’est celle qui rend le mieux compte à la fois des caractères particuliers du trust et de son régime juridique dans les opérations du commerce international où il est utilisé”. No mesmo sentido, PH. RÉMY, “National Report for France”, *Principles of European Trust Law*, Vol. I, Kluwer Law International — W. E. J. Tjeenk Willink, Hague — Deventer, 1999, p. 132; C. DOUGLAS, “Trusts and Estate Planning in France after *Wpoux Courtois and Dame B*”, *International Lawyer*, Vol. 16, 1982, p. 706. Para uma crítica desta jurisprudência, cfr. LAURENT MAERTEN, “Le régime

trina espanhola<sup>141</sup> e está na base do Acórdão *Harrison v. Crédit Suisse* do Tribunal Federal Suíço<sup>142</sup>. No fundo, parece atender-se ao facto de o *Trust* só ser eficaz depois da aceitação da função pelo *Trustee* (não obstante a natureza unilateral do negócio constitutivo) e ao facto de as figuras mais próximas de direito continental consistirem na estipulação a favor de terceiro, no mandato e na doação indirecta. Este facto é relevante, atendendo à *qualificação lege fori* que aí se postula.

Igualmente concorrendo para esta qualificação, pode aduzir-se que o Regulamento Roma I (bem como a Convenção de Roma de 1980 que o antecedeu) sentiu a necessidade de excluir expressamente o *Trust* do seu âmbito de aplicação, indiciando a consideração da figura como instituto contratual<sup>143</sup>. Ademais, repare-se que o *Trust* só produz efeitos pela aceitação do encargo pelo *trustee*, o que parece reconduzir-se ao momento da perfeição dos negócios jurídicos bilaterais<sup>144</sup>.

No direito anglo-saxónico, a qualificação parece olhar ao facto genético do *Trust*, sendo este qualificado como o evento que o tiver criado — no nosso caso, o negócio jurídico unilateral<sup>145</sup>. É, porém, um negócio jurídico unilateral cujos efeitos ficam sujeitos à condição suspensiva da aceitação do encargo pelo fiduciário.

Não obstante reconhecermos que se trata de uma posição minoritária<sup>146</sup>, julgamos ser esta a qualificação correcta. Cremo-lo por três razões.

international du trust...”, n.º 9. Repare-se, todavia, que esta qualificação não obsta a que o conteúdo dos direitos de *trustee* e *beneficiário* seja determinado pelo estatuto real: BERNARD AUDIT, *Droit International...*, p. 150.

<sup>141</sup> Cfr. MIGUEL VIRGÓS SORIANO, *El Trust y el Derecho...*, pp. 100 ss.

<sup>142</sup> DAVID J. HAYTON, *The law of trusts*, p. 14.

<sup>143</sup> Neste sentido, FLORENCE GUILLAUME, “Incompatibilité du trust...”, p. 6, nota n.º 10. Também aderindo a esta linha de argumentação, embora com reservas, SALVATORE MAZZAMUTO, “The italian law...”, p. 782.

<sup>144</sup> Sobre a perfeição dos negócios, cfr. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Téoria Geral do Direito Civil*, 4.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 440.

<sup>145</sup> O mesmo se passa nos Trusts gerados por força de lei, como o resulting trust e o constructive trust: “The subject for characterization is the event which gives rise to the trust and not the trust itself”. Cfr. ADELINA CHONG, “The Common Law...”, p. 860. É o critério usado no Acórdão do Court of Appeal *Macmillan Inc. v Bishopsgate Investment Trust plc* (No 3) [1996] WLR 387.

<sup>146</sup> Na verdade, apenas parece ser aceite por MAURIZIO LUPOI, “Riflessioni comparative...”, p. 426 ss.

Em primeiro lugar, é inequívoco que o nosso sistema de DIP postula uma qualificação *lege causae*, pelo que é à lei onde o instituto se insere que cabe dizer qual o conteúdo e função das respectivas normas<sup>147</sup>. Ora, se no direito anglo-saxónico o *Trust* é tido como negócio jurídico unilateral, só perante uma qualificação primária se poderia considerar o negócio como *bilateral*. Na verdade, o direito inglês trata a aceitação do fiduciário como condição suspensiva para a sua produção de efeitos e não enquanto evento necessário à sua perfeição<sup>148</sup>.

Em segundo lugar, porque a qualificação do *Trust* como contrato implica uma incoerência conflitual. Na verdade, veremos *infra* que é pacífica a qualificação dos *Trusts* testamentários no estatuto sucessório, dada a assimilação a uma disposição por morte. Ora, se o testamento é um negócio jurídico unilateral, esta qualificação implicará a consideração do *Trust* inter vivos como instituto da mesma natureza.

Por fim, porque a sua qualificação contratual implicaria, do ponto de vista conflitual, que a opção da lei aplicável coubesse às duas partes. Ora, cremos que esta conexão seria manifestamente desadequada, porquanto o *Trust* é modelado por atenção exclusiva à vontade do *settlor* e não do fiduciário ou do beneficiário<sup>149</sup>. É esta a razão que leva quer o DIP interno dos Estados que prevêem o *Trust* quer a Convenção da Haia a estabelecer que o *Trust* se regula pela lei escolhida pelo fundador

<sup>147</sup> Atente-se no disposto no artigo 15.º do Código Civil. Rigorosamente, o processo de qualificação não é totalmente cometido à *lex causae*, já que à *lex fori* cabe o critério da qualificação — a interpretação do conceito-quadro. Sobre este assunto, cfr. ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito...*, pp. 199 ss.; JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito...*, pp. 111 ss.

<sup>148</sup> Cfr. o que dissemos na nota n.º 15.

Sublinhando a natureza unilateral do negócio institutivo do *Trust*, cfr. CAMILLE JAUFFRET-SPINOSI, “La Convention de la Haye...”, p. 25; MAURIZIO LUPOI, “Riflessioni comparatistiche...”, p. 426 (“La mancanza di un contesto contrattuale di riferimento rafforzò la valenza giuridica dell’affidamento e l’intesa fra le parti fu vista non come un accordo, ma come una richiesta”) e ADOLF F. SCHNITZER, “Le trust et la fondation...”, p. 483 (“Le trust n’est pas une donation inter vivos ou mortis causa, car il est constitué par un acte unilatéral, tandis que la donation est un acte bilatéral”), reflexão que faz igualmente quanto ao mandato).

<sup>149</sup> Parece ser este o argumento que subjaz às palavras de LAURENT MAERTEN, “Le régime international du trust...”, n.º 9.

— apenas relevando a vontade do seu autor. Pelo que não parecem restar dúvidas que a figura é conflitualmente encarada como negócio unilateral.

## ii) Os *Trusts* testamentários

As disposições dos *Trusts mortis causa*<sup>150</sup> — cujos efeitos se produzem apenas por morte do *settlor*, podendo o fundador, em vida, revogá-los — importam igualmente um problema de qualificação. Na verdade, a qualificação negocial implica a autonomia conflitual, ao passo que a sua consideração como disposições testamentárias conduz à aplicação da lei pessoal do autor da sucessão<sup>151</sup>.

Ora, quando o *Trust* preencha os pressupostos enunciados (o *trust* é revogável até à morte do *settlor* e só produz efeitos nessa data), entende a Doutrina e a Jurisprudência que estará aqui em causa a *última vontade* do *de cuius* e a intenção de alienar os bens apenas por força da morte. No fundo, as disposições do *Trust* formam, até ao momento da morte do *settlor*, “um facto jurídico incompleto, destituído de valor jurídico autónomo”, exactamente nos mesmos termos que uma disposição testamentária<sup>152</sup>. Nessa medida, e aliás tal como sucede nos DIP dos países da *common law*<sup>153</sup>, não

<sup>150</sup> Referimo-nos aos *trusts mortis causa* em sentido estrito — aqueles em que o testador designa um *trustee* para quem se transfere a propriedade de todos ou alguns dos seus bens, com o dever de os administrar a favor de outrem. Excluímos, pois, os *trusts for sale*, em que o *trustee* assume a obrigação de liquidar a herança e distribuir os activos pelos herdeiros. Cfr., sobre a distinção, ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ, “El Trust en el Derecho...”, pp. 2434 e 2435.

<sup>151</sup> Quanto à delimitação dos aspectos regulados pela lei pessoal do *de cuius* à data da elaboração do testamento e a respectiva lei pessoal à data da morte, *vide*, p. todos, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. II, p. 546, e JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito...*, p. 439. Repare-se, porém, que as Instituições Europeias vêm laborando na Proposta de Regulamento relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões e dos actos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um certificado sucessório europeu que, a entrar em vigor, estabelece alguma autonomia conflitual, admitindo a opção entre a lei da residência e a lei da nacionalidade. Cfr. arts. 16.º e 17.º da proposta.

<sup>152</sup> A expressão é de JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito...*, p. 439.

<sup>153</sup> Cfr. DAVID F. CAVERS, “Trusts inter vivos...”, p. 163; ANNE WALLACE, “Choice of Law...”, pp. 472 e 473; P. E. N. CROUCHER, “Trusts of Moveables...”, pp. 114 ss.

restam dúvidas que é a qualificação sucessória a que convém, posição largamente aceite<sup>154</sup>.

Reforçando esta convicção, pode aduzir-se, por um lado, que o *Trust mortis causa* é muitas vezes incluído num testamento<sup>155</sup>, e por outro que na proposta de Regulamento europeu relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões e dos actos autênticos em matéria de sucessões, o legislador comunitário sentiu a necessidade de excluir o *Trust* do âmbito de aplicação do acto normativo, antevendo que seria, à partida, aí abrangido<sup>156</sup>.

Ora, como é bom de ver, a qualificação sucessória do *Trust mortis causa* é menos favorável à sua validade, porquanto não vigora neste domínio a mesma autonomia conflitual. Isto é, as regras de conflitos podem sujeitá-lo a uma lei que desconheça a figura, o que comprometerá mais vezes a respectiva validade.

#### 4.3. O Reconhecimento<sup>157</sup> dos efeitos obrigacionais

Uma vez determinada a lei competente para a regulação das relações obrigacionais do *Trust* — e aceitando que o *Trust* é válido face a

<sup>154</sup> Cfr. ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Direito Internacional Privado — Alguns Problemas*, Almedina, Coimbra, 1997, p. 61; ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, “Lei Aplicável a uma Sucessão por Morte Aberta em Hong Kong”, *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Público*, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 361 ss.; MIGUEL VIRGÓS SORIANO, *El Trust y el Derecho...*, pp. 135 ss.; ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ, “El Trust en el Derecho...”, pp. 2445 e 2447 a 2450.

Na jurisprudência francesa, cfr. o Acórdão do Tribunal de Grande Instance de Bayonne de 25 de Abril de 1975, *Dame B*, analisado por C. DOUGLAS, “Trusts and Estate...”, pp. 708 ss., e por ALFRED NECKER, “Note sous Tribunal de grande instance de Bayonne (prés.), 28 avril 1975”, *Revue Critique de Droit International Privé*, Vol. 65, 1976, pp. 332 ss., onde se aplaude a “insertion du trust dans une institution française, ce qui suppose une analyse correcte du mécanisme et de l’esprit du trust”.

Também na Doutrina portuguesa, o assunto é pacífico. Na verdade, no exemplo utilizado por ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito...*, p. 153, a lei convocada ao *Trust* é a *lex successionis*.

<sup>155</sup> Neste sentido, CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS, *El Trust: La institución...*, p. 81.

<sup>156</sup> Cfr. n.º 9 do art. 1.º da Proposta de Regulamento relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões e dos actos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um certificado sucessório europeu.

<sup>157</sup> Vide o que dissemos na nota n.º 11.

essa lei — importa saber quais os seus efeitos se podem produzir em Portugal. A colocação deste problema dever-se-á, porventura, às profundas diferenças, neste âmbito, entre os ordenamentos de *common law* e aqueles que têm matriz romano-germânica e foi especificamente tratado na Convenção da Haia de 1985<sup>158</sup>. Na verdade, mesmo depois de determinada a lei aplicável, importa indagar quais os efeitos que, autorizados pela lei competente, se produzem no Estado do reconhecimento<sup>159</sup>.

Repare-se que não cuidamos aqui de um eventual funcionamento da excepção de ordem pública internacional quando, por força da constituição de um *Trust*, o seu reconhecimento coloque em causa a legítima de algum dos herdeiros<sup>160</sup>.

A não previsão substancial e conflitual do instituto do *Trust* conduz a Doutrina e a Jurisprudência dos países de direito continental à tentação de operar o reconhecimento dos efeitos do *Trust* através da sua conversão em institutos de direito interno que possam cumprir finalidades próximas. Isto é, procura reconduzir-se o *Trust* a outra figura, como o negócio fiduciário, a constituição de uma fundação, o mandato sem representação, o contrato de agência, a nomeação de executor testamentário, a doação condicional ou a substituição fideicomissária, reconhecendo o *Trust* com os efeitos conferidos pelo direito interno a figuras afins<sup>161</sup>. E, repare-se, este *iter* é seguido quer para a determinação da lei

<sup>158</sup> Sublinha DROZ que «*La Convention de la Haye du 1er juillet 1985 sur les trusts vise à résoudre un problème particulier, celui de la reconnaissance du trust dans les pays qui ignorent cette institution*». Cfr. GEORGES A. L. DROZ, “Regards sur le droit international privé comparé — Cours général de droit international privé”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, Vol. 1991-IV, Tomo 229, 1991, p. 247.

<sup>159</sup> Terá sido esta a razão que motivou a consagração do art. 11.º da Convenção da Haia que, como vimos *supra*, estabelece o âmbito mínimo do reconhecimento na separação patrimonial dos bens do *Trust* e na possibilidade de o *Trustee* poder agir judicialmente nessa qualidade. Neste sentido, cfr. ALBERT VENN DICEY e JOHN HUMPHREY CARLILE MORRIS, *Dicey and Morris...*, Vol. II, p. 1092.

<sup>160</sup> Sobre este assunto, CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS, *El Trust: La institución...*, pp. 83 ss. Sublinhando o funcionamento da excepção de ordem pública internacional em Itália por preterição de herdeiros legítimos, cfr. ANTONIO GAMBARO, “Problemi in materia...”, p. 98.

<sup>161</sup> Analisando as várias figuras de direito italiano prestáveis a uma conversão do *Trust*, ALDO BERLINGUER, “The Italian Road...”, pp. 539 ss. Repare-se que esta sucede mesmo quando em causa estejam apenas a validade ou os efeitos obrigacionais do

aplicável (operando, pois, uma *qualificação primária*), quer para o reconhecimento, sendo apelidado *assimilative method* ou *método analógico*<sup>162</sup>.

São conhecidos muitos exemplos, por vezes “*affrettate e disperate*”<sup>163</sup>, na jurisprudência francesa<sup>164</sup>, italiana<sup>165</sup> e suíça<sup>166</sup>, sendo certo que esta foi a resposta provida pela Doutrina no início do século XX<sup>167</sup>. Na jurisprudência italiana, o fenómeno é particularmente evidente, pois em muitos casos onde se procurou reconhecer o *Trust* sem o converter em instituto jurídico interno afim, a conclusão foi a recusa da produção dos seus efeitos, com fundamento na incompatibilidade do demais direito interno aplicável<sup>168</sup>.

*Trust*, não se colocando, por isso, nenhuma questão cuja solução compita ao estatuto real. Sobre a substituição fideicomissária e sua assimilação a um *trust romano*, cfr. DONOVAN WATERS, “The Institution of the Trust...”, pp. 136 ss.

<sup>162</sup> Sobre a famosa decisão *Harrison v. Crédit Suisse*, explicam EMMANUEL GAILLARD e DONALD THEODORE TRAUTMAN, “Trusts in Non-Trust Countries...”, p. 315: “The method was used both for determining the law applicable to the trust and, the Tribunal having come to the conclusion that Swiss law was applicable, for carrying out the disposition”. Cfr. também CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS, *El Trust: La institución...*, p. 59; P. M. GUTZWILLER, “Der Trust in der schweizerischen Rechtspraxis”, *Schweizerisches Jahrbuch für Internationales Recht/Annuaire suisse de droit international*, Vol. XLI, 1985, p. 55.

<sup>163</sup> Cfr. ANTONIO GAMBARO, “Problemi in materia...”, p. 95.

<sup>164</sup> Os tribunais franceses vão operando esta conversão sob a justificação de impedir a violação dos princípios básicos do direito das coisas da *lex situs* ou do direito das sucessões aplicável. Sobre o tema, cfr. PH. RÉMY, “National Report for France”, p. 132 e ALEXANDRA BRAUN, “La giurisprudenza italiana sui *Trust*”, *Il Trust nel diritto delle persone e della famiglia*, Giuffrè Editore, Milano, 2003, p. 37. Veja-se, ainda, o quão superficial é a argumentação dos tribunais franceses quando chamados a conferir *exequatur* a uma sentença institutiva de um *bankruptcy trust* em MARIEL REVILLARD, “Note sous Tribunal de grande instance de Paris (1re Ch., Ch. des urg.), 23 novembre 1989”, *Revue Critique de Droit International Privé*, Vol. 79, n.º 4, 1990, pp. 741 ss.

<sup>165</sup> Cfr. ALEXANDRA BRAUN, “La giurisprudenza...”, pp. 40 ss.

<sup>166</sup> Veja-se o famoso caso *Harrison v. Crédit Suisse*, onde o Tribunal Federal Suíço considerou que o *trustee* era transponível num contrato obrigacional que envolvia aspectos do mandato, da doação, da alienação fiduciária e de uma estipulação a favor de terceiro. Cfr. DAVID J. HAYTON, *The law of trusts*, p. 14; JONATHAN HARRIS, “The Trust in Private...”, p. 194, nota n.º 37; EMMANUEL GAILLARD e DONALD THEODORE TRAUTMAN, “Trusts in Non-Trust Countries...”, p. 315.

<sup>167</sup> Neste sentido, cfr. MAURIZIO LUPOI, *Trusts*, 416 ss.; ANTONIO GAMBARO, “Problemi in materia...”, p. 95.

<sup>168</sup> Atente-se na decisão do Tribunal de Belluno de 25 de Setembro de 2002, analisado por ALEXANDRA BRAUN, “La giurisprudenza...”, p. 38. Neste caso, o adqui-

Esta prática é claramente afastada pela Convenção da Haia de 1985 relativa à lei aplicável ao *Trust* e ao seu reconhecimento, cujo artigo 11.º estabelece a obrigação de reconhecimento do *Trust qua tale* e não a sua conversão em instituto análogo de *civil law*<sup>169</sup>, regulando-se, como vimos *supra*, um âmbito mínimo de reconhecimento. É o *genuine choice-of-law method* que conduzirá à produção dos efeitos daquele instituto no Estado do reconhecimento, sem o reconduzir a nenhuma figura afim<sup>170</sup>. Assim, nos Estados que a ratificaram, o reconhecimento de um *Trust* que respeite a lei competente implicará a segregação patrimonial do *Trust fund* e a atribuição ao fiduciário do direito a agir enquanto *Trustee*<sup>171</sup>.

rente de um prédio rústico pretendia inscrever no registo a sua qualidade de *trustee* (o que é imposto pelo artigo 12.º da Convenção da Haia sobre lei aplicável ao *Trust* e ao seu reconhecimento, que a Itália ratificou) foi considerado incompatível com o direito tabular transalpino, negando-se a inscrição da propriedade fiduciária. Segundo o tribunal, a aceitação da inscrição implicaria aceitar a existência de dois direitos de propriedade sobre o imóvel (o *equity right* e o *legal right*), o que é manifestamente contrário aos princípios jurídico-reais do direito italiano.

<sup>169</sup> Isto é, «*en ratifiant la Convention les États contractants accepteront de reconnaître une catégorie juridique nouvelles qu'ils ignorent et une personne juridique particulière, le trustee*». Cfr. GEORGES A. L. DROZ, “Regards sur le droit...”, p. 248. Igualmente neste sentido, DAVID J. HAYTON, *The law of trusts*, p. 7; EMMANUEL GAILLARD e DONALD THEODORE TRAUTMAN, “La Convention de La Haye...”, pp. 6 ss.

<sup>170</sup> Cfr. EMMANUEL GAILLARD e DONALD THEODORE TRAUTMAN, “Trusts in Non-Trust Countries...”, p. 316. Repare-se, porém, que nem sempre a jurisprudência dos países que se vincularam à Convenção seguiu esta tendência. Assim, são conhecidas decisões judiciais na Holanda que, para efeitos fiscais, consideraram o *Trust* uma doação, tributando assim os beneficiários. Sobre o tema, cfr. FRANS SONNEVELDT, “Setting Up Irrevocable Discretionary Trust Characterized as a Taxable Gift”, *European Taxation*, Vol. 39, n.º 4/5, 1999, pp. 190 ss.

<sup>171</sup> Todavia, como vimos melhor *supra*, deve sublinhar-se que o reconhecimento prescrito pela Convenção não vai grandemente além dos efeitos obrigacionais do *Trust* — a teia de deveres e direitos entre *trustee* e *beneficiary* — já que a eficácia externa da relação jurídica não está especialmente protegida. Com efeito, não obstante se determinar que os bens fiduciados se não integram no património do *Trustee* (ficando, em princípio, à margem das pretensões dos seus credores, herdeiros ou cônjuges), também é certo que a oponibilidade absoluta do *Trust* só existe se a lei indicada pelo DIP do foro o autorizar.

Em primeiro lugar, e como vimos *supra*, repare-se que se o *trustee* usar os bens fiduciados para saldar obrigações suas em favor de certo credor, o beneficiário só pode opor o seu direito se a lei indicada pelo DIP do foro o permitir. Ou seja, a *sequela do*

Ora, perante a não ratificação da Convenção por Portugal, importa indagar qual dos dois métodos (o *analógico* ou o *conflitual*) se afigura mais correcto<sup>172</sup>. E a opção, cremos, só pode ser a de aceitar o *Trust* tal como é previsto pela lei competente, como aliás a Doutrina mais recente vem propondo<sup>173</sup>, já que a reconversão do *Trust* em instituto interno não é necessária, tratando-se, tão-somente, de uma opção metodológica<sup>174</sup>.

Na verdade, inexistente qualquer instituto interno que corresponda rigorosamente ao *Trust*, conclusão que se retira do estudo de LEITE DE CAMPOS e VAZ TOMÉ<sup>175</sup>. Nessa medida, a opção pelo *assimilative method*

beneficiário não é garantida pelo reconhecimento do *Trust*. Cfr. alínea d) do artigo 11.º da Convenção da Haia de 1985, *in fine*.

Por outro lado, e não obstante se determinar o reconhecimento da segregação patrimonial, a própria convenção estabelece que o reconhecimento do *Trust* não preclui a aplicação de normas imperativas indicadas pelo DIP do foro em matéria de efeitos do casamento, sucessões, protecção de menores ou transmissão da propriedade (artigo 15.º da Convenção da Haia de 1985). Nessa medida, repare-se que os conflitos entre a lei aplicável ao *Trust* e a lei definida pelo DIP para as sucessões, o direito da família ou os direitos reais serão sempre resolvidos em prejuízo do *Trust*. Isto é, o reconhecimento do *Trust* não prejudica os herdeiros legítimos como definidos pela lei nacional do *de cuius*. Da mesma forma, o reconhecimento do *Trust* será desprovido de efeitos práticos se o competente direito da família ou das sucessões determinar a diluição dos bens fiduciados no património do *trustee*. Esta posição terá constituído um pressuposto de aceitação da Convenção da Haia pelos países continentais. Neste sentido, GEORGES A. L. DROZ, “Regards sur le droit...”, p. 249; ADAIR DYER, “International Recognition...”, p. 999. Repare-se, porém, que ALFRED VON OVERBECK, “La Ratification de la Convention...”, p. 371, defende que o recurso a este mecanismo é facultativo para o Estado do reconhecimento.

<sup>172</sup> Atente-se que, como método alternativo, CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS, *El Trust: La institución...*, pp. 61 ss., concita a hipótese de não reconhecimento do *Trust* por configurar instituição jurídica desconhecida. Por ser manifestamente insustentável, não consideramos esta tese como método autónomo.

<sup>173</sup> Neste sentido, FLORENCE GUILLAUME, “Incompatibilité du trust...”, p. 29; BERNARD AUDIT, *Droit International...*, p. 667.

<sup>174</sup> Neste sentido, ANTONIO GAMBARO, “Problemi in materia...”, p. 105: “Il sforzo di riqualificare il trust in termini romanistici non era però il frutto di una necessità logica, quanto di metodologia”.

<sup>175</sup> LEITE DE CAMPOS e VAZ TOMÉ procedem a uma análise de um conjunto de institutos de direito luso que poderiam prestar na satisfação de semelhantes necessidades. Assim, indagam a sua recondução, designadamente, à *doação com modo*, à *doação sob condição resolutiva*, à *substituição fideicomissária*, *contrato a favor de terceiro*, *criação de uma*

não vai operar um verdadeiro reconhecimento do *Trust* mas tão-somente uma desvirtuação da figura constituída no estrangeiro.

Assim, o reconhecimento a operar do *trust* é o *trust enquanto trust*, desde que constituído à luz da lei competente: devem aceitar-se em Portugal a produção de efeitos das obrigações assumidas pelo fiduciário e permitir ao beneficiário exigir judicialmente o seu cumprimento; deve o *trustee* ser visto enquanto tal, admitindo-se que administre os bens nos termos prescritos pelo título constitutivo da relação fiduciária.

E, repare-se, tal não implica aceitar que a propriedade se haja transferido para dois sujeitos simultaneamente. Na verdade, aceitando a nossa proposta de qualificação, os efeitos reais do *Trust* não se sujeitam à lei estrangeira, pelo que o reconhecimento a operar é apenas a posição jurídica debitória e creditória de cada um dos sujeitos envolvidos, permitindo-se exigir judicialmente o cumprimento dos respectivos deveres<sup>176</sup>.

#### 4.4. Efeitos reais do Trust sobre coisa situada em Portugal

O facto de havermos sustentado uma qualificação parcelar do *Trust* coloca inevitáveis problemas quando este incida sobre imóvel situado em Portugal. Na verdade, se o *Trust* validamente constituído à luz da *lex negotii* vê reconhecidos em Portugal todos os direitos e deveres entre fidu-

*fundação e mandato sem representação*. Cfr. DIOGO LEITE DE CAMPOS e MARIA JOÃO CARREIRO VAZ TOMÉ, *A propriedade fiduciária...*, pp. 247 ss.

Simplesmente, nenhuma das figuras é sobreponível no instituto anglo-saxónico.

Com efeito — e olhando apenas às figuras que mais se aproximam —, se o *trustee* violar as suas obrigações (transmitindo a coisa a terceiro), o beneficiário pode reagir; ora, o *donatário modal* não tem qualquer relação obrigacional para com o beneficiário, pelo que este não pode reagir. Da mesma forma, na *substituição fideicomissária*, o fiduciário administra no seu próprio interesse e há uma limitação absoluta à criação por testamento, o que não sucede no *Trust*. Igualmente, no *contrato a favor de terceiro*, não apenas o promissário pode revogar a estipulação até à aceitação do terceiro (o que não sucede no *trust*) como tem a possibilidade de exigir o cumprimento das obrigações, ao invés do *settlor*; ademais, não permitiria traduzir o *trust mortis causa*, pois inexistente aí qualquer *contrato*.

<sup>176</sup> Assim, os Autores que defendem uma qualificação unitária do *Trust* no estatuto contratual ou sucessório sempre defrontam dificuldades profundas nesta sede. Cfr. CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS, *El Trust: La institución...*, pp. 86 ss.

ciário e beneficiário — acautelando assim as pretensões creditórias que daí podem surgir — certo é que nem todos os efeitos a que o instituto do *Trust* tende se sujeitam àquela lei. Assim, a propriedade limitada do *trustee*<sup>177</sup>, a segregação patrimonial e o *right to trace* atribuído ao beneficiário constituem aspectos que influem directamente no estatuto jurídico-real da coisa, sendo colhidos ao estatuto real. Ora, não pode olvidar-se que a *lex rei sitae* não prevê qualquer uma destas figuras, colocando-se a questão de saber se tais efeitos se produzem em Portugal, onde aliás vigora o princípio da tipicidade dos direitos reais.

Concretizando, se o *Trust* validamente constituído à luz da *lex negotii* não produzirá automaticamente efeitos que lhe seriam inerentes — já que a sequela, a limitação da propriedade e a criação de uma *dual ownership* dependem da *lex situs* — quem é o proprietário da coisa? O *trustee*, o beneficiário ou o *settlor* (se se considerar que o negócio do *Trust* é inapto à transmissão da propriedade)? Qual a consequência de o fiduciário alienar a terceiro uma coisa do *Trust fund* situada em Portugal? Podem os credores do fiduciário ou do beneficiário atacar os bens integrantes do *Trust fund*?<sup>178</sup>

<sup>177</sup> Na verdade, o *trustee* é verdadeiro proprietário das coisas confiadas. Simplesmente, *ex ante*, pode o *settlor* configurar os seus poderes sobre a coisa, modelando o seu *legal right in rem*. A eficácia desta limitação é garantida pelo facto de o beneficiário ser titular também de um direito *in rem*, protegido por acções reais. Cfr. UGO MATTEI, “Should Europe Codify...”, p. 238.

<sup>178</sup> Repare-se que nenhum destes problemas seria solucionado de forma automática pela ratificação da Convenção da Haia de 1985 relativa à lei aplicável ao *Trust* e ao seu reconhecimento — embora, é certo, fossem minorados. Na verdade, aludimos *supra* a algumas das características do regime da Convenção no que diz respeito ao reconhecimento do *Trust* em países que não prevêm o instituto: por um lado, referimo-nos à faculdade de se afastar o seu reconhecimento quando o *Trust* apresente laços significativos com Estado que o não preveja e, por outro, à exclusão da sequela do âmbito da lei reguladora do instituto, colocando-a na dependência da lei designada pelo DIP do foro. Ademais, lembre-se que o reconhecimento do *Trust* pode decair face a normas imperativas aplicáveis em matéria de sucessões, direito da família, protecção de menores e protecção da propriedade. Assim, a Doutrina nota que a ratificação da Convenção não soluciona os problemas gerados pela situação dos bens fiduciados em Estado que não conheça o *Trust*. Cfr. ANDREW G. PATON e ROSANNA GROSSO, “The Hague convention...”, p. 654.

O problema de chamar o estatuto real à regulação destes efeitos é potenciado, por um lado, pelo facto de ser contrária ao ordenamento pátrio a ideia de dois sujeitos gozarem, em certa medida, da propriedade sobre a coisa; por outro, por vigorar entre nós o princípio da tipicidade dos direitos reais, vedando a criação de novas figuras parcelares da propriedade<sup>179</sup>.

Nessa medida, uma das vias de solução deste problema é a consideração de que, competindo ao estatuto real a regulação da propriedade sobre os imóveis e desconhecendo o direito pátrio a *dual ownership* que caracteriza o *Trust*, a aplicação da *lex rei sitae* aos direitos reais implica pura e simplesmente a rejeição do reconhecimento de quaisquer efeitos reais ao *Trust*, mantendo-se as coisas na esfera jurídica do *settlor*. Poder-se-á mesmo invocar que “*il sistema dei diritti reali è di ordine pubblico internazionale e pertanto è interdetto ad un trust di operare rispetto a beni situati in un paese romanistico*”<sup>180</sup>.

Não cremos que seja necessário ou adequado recusar a produção de quaisquer efeitos reais ao *Trust* pelo facto de a organização fundiária caber à *lex situs*. Na verdade, não parece que toda e qualquer pretensão das partes envolvidas implique aceitar a *dual ownership*. Sendo certo que o problema coloca maiores problemas em Portugal do que noutros países de *civil law* — uma vez que o nosso direito é hostil à propriedade fiduciária de imóveis e consagra a taxatividade dos direitos reais — também é verdade que o direito português aceita plenamente a liberdade contratual para modelação do negócio translativo da propriedade. Isto é, o estatuto real aceita que a propriedade (absoluta) possa ser transferida por negócio jurídico amplamente sujeito à autonomia privada.

<sup>179</sup> A mesma conclusão retira KÖTZ quanto à lei alemã, RÉMY quanto ao direito francês e KORTMANN no que concerne ao direito holandês. Cfr. H. KÖTZ, “National Report for Germany”, *Principles of European Trust Law*, Vol. I, Kluwer Law International; W. E. J. Tjeenk Willink, Hague; Deventer, 1999, p. 85, e PH. RÉMY, “National Report for France”, p. 131; SEBASTIANUS CONSTANTINUS JOHANNES JOSEPHUS KORTMANN e H. L. E. VERHAGEN, “National Report for the Netherlands”, *Principles of European Trust Law*, Vol. I, Kluwer Law International — W. E. J. Tjeenk Willink, Hague — Deventer, 1999, p. 195.

<sup>180</sup> Esta tese é elencada por ANTONIO GAMBARO, “Problemi in materia...”, p. 106. Repare-se que, todavia, não é este o entendimento seguido pelo Autor.

Entendamo-nos. Como vimos *supra*, é ao estatuto real que cabe determinar o sistema atributivo dos direitos reais e modelar o respectivo conteúdo. Ora, o direito pátrio (enquanto *lex situs*) não admite uma *dual ownership*, impondo que a propriedade — plena e tendencialmente perpétua<sup>181</sup> — se consolide num só sujeito. Todavia, estabelece a transmissão da propriedade por negócio jurídico, aceitando que as partes modelem o título constitutivo ou translativo — *inclusive* através de negócios atípicos. Nessa medida, o negócio constitutivo do *Trust* (cuja validade substancial cabe ao *estatuto negocial*) é, à luz do estatuto real, um meio apto à transmissão da propriedade de imóveis do *settlor* para o *trustee* ou para o *beneficiary*.

É certo que nos ordenamentos espanhol, francês, italiano ou alemão, as regras do *estatuto real* se coordenam melhor com o interesse das partes expresso no negócio institutivo do *Trust*, admitindo que este produza efeitos reais mais próximos daqueles que se dariam no seio da lei anglo-saxónica: poderão tratar o *trustee* como qualquer proprietário fiduciário<sup>182</sup>. Todavia, a aplicação da lei portuguesa à transmissão da propriedade e à definição dos seus limites (porventura atribuindo a propriedade plena a apenas um dos sujeitos) não conduz necessariamente ao não reconhecimento cabal dos efeitos do *Trust*.

#### a) A consolidação da propriedade

A primeira das questões a resolver é a de saber, perante um *Trust* validamente constituído, se a propriedade sobre a coisa se mantém do

<sup>181</sup> Sobre as características da propriedade, cfr. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Direitos Reais — Segundo as preleções do Prof. Doutor C. A. Mota Pinto ao 4.º Ano Jurídico de 1970-71 (por Álvaro Moreira e Carlos Fraga)*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 233 ss.; M. HENRIQUE MESQUITA, *Direitos Reais*, (policopiado), Coimbra, 1967, pp. 117 ss.; ANTÓNIO SANTOS JUSTO, *Direitos Reais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 219.

<sup>182</sup> Neste sentido, ANTONIO GAMBARO, “Problemi in materia...”, p. 106. Repare-se, porém, que ainda assim se podem gerar problemas decorrentes de um funcionamento automático de regras nacionais: “*Così in Francia i beni immobili del trust sono ovviamente intestati al trustee ed alla morte di costui l’intestazione viene automaticamente trasferita in capo agli eredi creando situazioni litigiosi ed intricate*”. *Ibidem*, p. 96.

No direito espanhol, face ao *numerus apertus* dos direitos reais, é tratada mesmo a possibilidade de constituição do *Trust* ou de algo muito próximo. Cfr. MIGUEL VIRGÓS SORIANO, *El Trust y el Derecho...*, pp. 35 ss.; CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS, *El Trust: La institución...*, pp. 89 ss.

*settlor* (porque a *lex situs* recusa a produção de quaisquer efeitos reais ao *Trust*) ou se se transferiu; neste último caso, importa saber se se transferiu para o *Trustee* ou para o *beneficiário*. Como se percebe, a resposta a este problema é determinante, porquanto daqui dependerá a apreciação da sequela do beneficiário e da possibilidade de credores, herdeiros ou cônjuges de cada um dos intervenientes acederem ao património fiduciado.

Ora, como vimos, a hipótese de a propriedade se manter na esfera do *settlor* parece de afastar. Com efeito, uma vez que a *lex situs* admite a transmissão da propriedade por negócio jurídico livremente modelado pelas partes, a *lex rei sitae* admite a produção do efeito real do negócio, transmitindo a propriedade. O problema coloca-se em saber para quem se transmitiu o direito *in rem*. Isto é, sendo o negócio jurídico um meio apto a transmitir direitos reais<sup>183</sup> mas não podendo gerar dois direitos de propriedade face à *lex situs*, importa saber se consolidou a propriedade no fiduciário ou no beneficiário.

Chegando a este ponto, FERRER CORREIA conclui pela ocorrência do denominado *acidente técnico* do DIP, decorrente do facto de as normas obrigacionais se projectarem no conteúdo real: a *lex situs* admite que a propriedade se transmita por negócio modelado pelas partes, mas define-a como direito absoluto e pleno; a *lex negotii* estabelece uma teia de obrigações, pressupondo que a propriedade da coisa se transmitiu *legally* para o fiduciário e, simultaneamente, por *equity* para o beneficiário. Nessa sequência, convoca o instituto da *adaptação*, de forma a conciliar a incongruência ou desarmonia decorrente da aplicação das disposições competentes de estatutos diferentes<sup>184</sup>.

<sup>183</sup> Cfr. art. 1316.º do Código Civil Português.

<sup>184</sup> É a proposta de ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito...*, p. 153.

A adaptação insere-se numa preocupação substancialista do direito internacional privado, visando estabelecer uma solução material *ad hoc* que permita satisfazer os interesses em jogo — *maxime*, a estabilidade das relações plurilocalizadas e a salvaguarda das expectativas das partes. Para uma definição do acidente técnico que resulta da aplicação parcial de várias ordens jurídicas — criando assim “*desarmonias, contra-sentidos e lacunas*”, cfr. JOÃO BAPTISTA MACHADO, “Problemas na Aplicação do Direito Estrangeiro — Adaptação e Substituição”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. XXXVI, 1960, pp. 328 ss.; ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, “Breves considerações sobre a adaptação em direito internacional privado”, *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, Almedina, Coimbra, 1998,

Para outros Autores, e lembrando que as funções que o *Trust* desempenha podem ser asseguradas por outros institutos de direito continental (o interesse do *settlor* num *testamentary trust* — nomear um sujeito para administrar certa coisa, em benefício de outrem — é acautelado pela substituição fideicomissária e os *charitable trusts* cumprem função semelhante à da instituição de uma fundação<sup>185</sup>) trata-se, ao invés, de um pro-

pp. 66 ss.; HENRI BATIFFOL e PAUL LAGARDE, *Droit International...*, Tomo I, p. 319; ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito...*, pp. 150 ss.; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. I, pp. 532 ss. Assim, explica ADAIR DYER, “International Recognition...”, p. 1005: “Recognition of a Trust within a non-trust jurisdiction, therefore, will include in most instances a measure of adaptation”.

<sup>185</sup> Neste sentido, ANTONIO GAMBARO, “Problemi in materia...”, p. 97: “nei paesi di civil law ove non si conosce il trust si ricorre ad un fascio di istituti giuridici che isolatamente o [...] combinati tra di loro, possono coprire quasi tutti le funzioni del trust”, e BRUNO OPPETIT, “Le trust dans le droit...”, p. 2: “Le trust, notion aussi expansive et générale que celle de contrat, est susceptible d’être utilisée pour des causes extrêmement variées et il permet de résoudre dans les pays anglo-saxon des questions pour lesquelles on a recours à d’autres concepts sur le continent européen”. Para uma análise das figuras afins ao *Trust* nos países de *civil law* e a forma como são reconhecidos os *Trusts* constituídos no estrangeiro, vide, p. todos, DAVID J. HAYTON, et al., *Principles of European...*, Vol. I, pp. 65 ss.

No mesmo sentido, H. KÖTZ, “National Report for Germany”, pp. 86 ss., e ALFRED VON OVERBECK, “National Report for Switzerland”, *Principles of European Trust Law*, Vol. I, Kluwer Law International — W. E. J. Tjeenk Willink, Hague — Deventer, 1999, pp. 108 ss.; MAURIZIO LUPOI e T. ARRIGO, “National Report for Italy”, *Principles of European Trust Law*, Vol. I, Kluwer Law International — W. E. J. Tjeenk Willink, Hague — Deventer, 1999, pp. 124 ss.; PH. RÉMY, “National Report for France”, pp. 133 ss. ALEGRÍA BORRÁS e CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS, “National Report for Spain”, pp. 161 ss.

Repare-se que os ordenamentos germânico e suíço parecem mais bem apetrechados para responder aos interesses subjacentes à constituição do *trust*. De facto, a constituição de um *Trust* como garantia de uma obrigação não encontra, entre nós, qualquer paralelo (pois a propriedade não é, à partida, um direito de garantia), ao passo que nos direitos alemão e suíço se prevê a alienação fiduciária em garantia (*Sicherungsübereignung* no direito alemão e a *fiducie* no direito suíço). Sobre esta figura, cfr. MÁRIO JÚLIO ALMEIDA COSTA, “Alienação fiduciária em garantia e aquisição de casa própria”, *Direito e Justiça — Revista da Faculdade de Ciências Humanas da Universidade Católica Portuguesa*, Vol. I, N.º 1, 1980, p. 47.

Por outro lado, atente-se na figura da *fiduziarische Treuhand*, que permite a transmissão da propriedade de certos bens a favor de alguém que assume a obrigação contratual de os administrar em benefício de um terceiro. Como se percebe, este instituto, despido da *equity* e dos demais elementos dos ordenamentos de *common law*, permite

blema de *transposição* ou de *substituição* do *Trust*, colocando a tónica na interpretação das normas materiais que são pressupostas por cada um dos estatutos.

Como é sabido, a *transposição* é uma figura de direito internacional privado autonomizada por LEWALD que postula que o “conteúdo jurídico que uma situação tem à face de determinado Direito deve, tanto quanto possível, ser respeitado à face de outra ordem jurídica, designadamente quando esta for chamada a reger a produção de certos efeitos”<sup>186</sup>. Para certa Doutrina, a *transposição* não é verdadeiramente separável da *substituição*, uma vez que o problema que coloca é o de saber se o pressuposto da aplicação do direito material estrangeiro convocado pode encontrar equivalente na lei que é chamada a reger outros efeitos<sup>187</sup>.

que os sujeitos envolvidos atinjam os vários objectivos inerentes a um *Trust*. Neste sentido, cfr. H. KÖTZ, “National Report for Germany”, pp. 89 ss., e MARIELLE KOPPENOL-LAFORCE, “The Trust, the Hague...”, p. 28. Note-se, todavia, que o instituto alemão não atribui ao beneficiário qualquer direito real ou sequer um direito dotado de *sequela*, pelo que as figuras não são sobreponíveis.

Sobre a *fiducie* do direito francês, cfr. MARTIN GDANSKI e TARA PICHARDO-ANGADI, “The French Law Fiducie and its application to banking and finance transactions”, *Journal of International Banking Law and Regulation*, Vol. 22, 8, 2007, pp. 434 ss.

Entre nós, a figura mais próxima do *Trust de uso mortis causa* estará na fideicomisso latina, instituto que admite uma propriedade temporária *mortis causa*, passando os bens para um primeiro legatário (fiduciário) e, por morte deste, para um outro indivíduo (fideicomissário), não obstante a origem do *trust* ser distinta dos institutos romanos. Neste sentido, cfr. DIOGO LEITE DE CAMPOS e MARIA JOÃO CARREIRO VAZ TOMÉ, *A propriedade fiduciária...*, p. 21: “este instituto do direito romano assemelha-se bastante ao trust ou use do direito inglês, distanciando-se dele na medida em que apenas podia ter origem testamentária”.

<sup>186</sup> Cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. I, p. 565. Defendendo a *transposição* (ou *substituição*) como solução para o problema suscitado: ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, “Lei Aplicável a uma Sucessão...”, p. 362; KURT LIPSTEIN, “Trusts”, p. 10; CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS, *El Trust: La institución...*, p. 92. Sobre a *transposição* e as suas causas, cfr. M. HANS LEWALD, “Règles Générales des Conflits de Lois”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, 1939-III, Tomo 69, 1939, pp. 127 ss.; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *A venda com reserva...*, p. 180; BERNARD AUDIT, *Droit International...*, p. 286.

<sup>187</sup> Com a posição cautelosa ora explicitada, ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, “Breves considerações...”, pp. 58 e 59.

Independentemente da querela quanto à autonomização da *transposição* face à *substituição*, dir-se-á que os efeitos reais de um *Trust* constituído à luz da lei estrangeira competente devem procurar ser protegidos, *maxime*, através da sua recondução a institutos similares<sup>188</sup>. É também esta a solução proposta na Convenção da Haia, quando estabelece que nos casos em que se não permita o reconhecimento do *Trust* por força de lei imperativamente aplicada à propriedade, à sucessão, ao casamento, à propriedade ou à protecção de terceiros, “*the court shall try to give effect to the objects of the trust by other means*”<sup>189</sup>.

No fundo, qualquer que seja o instituto de DIP convocado, é traço comum a busca de soluções que, chamando o estatuto real à organização da propriedade, salvaguardem o efeito útil do *Trust* validamente constituído, evitando a ineficácia da disposição negocial: quer se coloque a tónica na *desarmonia* das normas chamadas pelas regras de conflitos (caso em que se mobilizará a *adaptação*, na esteira de FERRER CORREIA) ou na *tradução* das normas materiais estrangeiras perante as regras da *lex rei sitae* (caso em que se invoca o instituto da *transposição* ou da *substituição*, como defendem MARQUES DOS SANTOS e LIMA PINHEIRO).

No que tange aos resultados, as propostas são variadas: LUPOI propõe que se atribua ao *trustee* a propriedade, acautelando a posição do beneficiário através de institutos da *lex situs* capazes de proteger o beneficiário de um abuso da propriedade de que o *trustee* é titular: a impugnação pauliana, a condenação na restituição em espécie (como consequência da eventual responsabilidade civil do fiduciário) ou a anulação do negócio com o terceiro com base no conflito de interesses<sup>190</sup>. Já

<sup>188</sup> Foi esta a solução dada pelo Tribunal Federal Suíço no caso *Harrison Trust* de 29 de Janeiro de 1970, que reconduziu os respectivos efeitos a vários institutos de direito suíço (mandato, alienação fiduciária, doação e estipulação a favor de outrem). Sobre o caso, cfr. ALFRED VON OVERBECK, “National Report for Switzerland”, p. 106. Na verdade, o caso do *Trust* imobiliário é muito próximo do exemplo de transposição de M. HANS LEWALD, “Règles Générales...”, p. 127, onde a lei gaulesa é chamada a apreciar a sucessão de um imóvel sito em França (*inclusive* a validade das disposições testamentárias) perante um testamento realizado sob a égide da lei inglesa, não utilizando as categorias sucessórias da *lex successionis*.

<sup>189</sup> Cfr. artigo 15.º da Convenção da Haia de 1 de Julho de 1985 relativa à lei aplicável ao *Trust* e ao seu reconhecimento.

<sup>190</sup> Cfr. MAURIZIO LUPOI, *Trusts*, pp. 613 e 614, e MAURIZIO LUPOI, “The civil law...”, p. 971. Parecendo acompanhar esta tese, cfr. ANTONIO GAMBARO, “Problemi in

FERRER CORREIA e MARQUES DOS SANTOS sugerem a consolidação da propriedade no beneficiário: tomando posição sobre o problema no que toca ao *trust mortis causa* sobre coisa situada em Portugal e considerando inconciliáveis as normas inglesas (chamadas a título de *lex successionis*) com as regras jurídico-reais portuguesas, propõe-se a redução dos poderes do *trustee*, aplicando-lhe as normas relativas ao executor testamentário<sup>191</sup>. No fundo, ao atribuir ao *trustee* o poder de administrar as coisas e afastando-o da propriedade dos bens, veio retirar-se à *lex situs* um instituto capaz de almejar alguns dos efeitos do *Trust*.

Importa tomar posição sobre o problema.

A nossa primeira impressão consistiu na inexistência de uma projecção inconciliável do estatuto obrigacional no estatuto real geradora do *acidente técnico*. De facto, competindo à *lex situs* definir os efeitos jurídico-reais do tráfico jurídico, estaríamos simplesmente perante o correto caso de, no estrangeiro, se realizar um negócio desconhecido da *lex rei sitae*, tendente à transmissão de um direito real. Ao invés de um *acidente técnico*, o problema que se colocaria era o de saber quais os efeitos reais do negócio constitutivo do *Trust* que a lei da situação da coisa pode atribuir.

Ora, porque é ao estatuto real que compete estabelecer o sistema de atribuição dos direitos reais e tendo em conta que o nosso sistema admite a respectiva constituição e transmissão por negócio jurídico atípico, apenas estaria em causa saber se a propriedade se transmitiria a favor do *trustee* ou do *beneficiário*, sendo certo que o sujeito preterido sempre seria protegido pelos efeitos obrigacionais do *Trust*.

Todavia, num caso específico, colocam-se problemas que só são solucionados através dos institutos da *transposição* ou da *adaptação*.

materia...”, p. 107. Segundo CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS, *El Trust: La institución...*, p. 93, e PETER HEFTI, “Trusts and Their Treatment...”, p. 573, será esta a concepção prevalente.

<sup>191</sup> ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito...*, p. 153; ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, “Lei Aplicável a uma Sucessão...”, pp. 361 ss. Repare-se que FERRER CORREIA sustenta este resultado no instituto da *adaptação* e MARQUES DOS SANTOS na figura da *transposição*. Sobre a aplicação da mesma tese em Espanha e na Alemanha, vide CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS, *El Trust: La institución...*, p. 82, nota n.º 63, e 92 ss.

Vejamos. Como antevimos, cremos que a sujeição dos efeitos reais do *Trust* à lei pátria não conduz à sua ineficácia total. Na verdade, a lei portuguesa (enquanto *lex rei sitae*) admite que por negócio jurídico atípico se transmita a propriedade, pelo que sempre o *Trust* haverá produzido tal efeito; ponto é saber se a favor do *trustee* ou do *beneficiary*. Nessa medida, a submissão dos efeitos reais à *lex rei sitae* — como o princípio da taxatividade dos direitos reais e a sua hostilidade à propriedade fiduciária e à propriedade a termo<sup>192</sup> — só prejudicará *um* dos sujeitos<sup>193</sup>.

Neste pressuposto, e atendendo à diversidade das modalidades e funções do *Trust*, julgamos ser impossível o desenvolvimento de uma teoria geral: se encontrarmos um *Trust* onde o *settlor* entrega a administração dos seus bens a uma empresa especializada (*trustee*), para que os frutifique em favor dos seus filhos (beneficiários), parece claro que corresponderá melhor à vontade do fundador a transmissão da propriedade aos beneficiários. Se, pelo contrário, defrontarmos um *Trust* onde os bens são entregues aos filhos, cometendo-lhes o dever de administrar os bens de modo a atribuir certa parte do respectivo rendimento a uma instituição de solidariedade, parece que ajustar-se-á melhor ao interesse do *Trust* a concessão da propriedade ao *trustee*, dotando a beneficiária de direitos de crédito.

Isto é, a busca no estatuto real de uma solução jurídica conforme aos interesses do DIP (designadamente a estabilidade das relações jurídicas internacionais) deve ser determinada por referência ao negócio ins-

<sup>192</sup> A solução deste problema gera uma especial dificuldade em face do ordenamento jurídico pátrio. Na verdade, como vimos, outros sistemas jurídicos continentais encontram-se melhor apetrechados para a busca de institutos que almejem o resultado pretendido pelas partes, seja pela inexistência do princípio do *numerus clausus*, seja pela previsão de várias formas de propriedade fiduciária. Pelo contrário, no domínio dos bens imóveis, o direito português apresenta uma forte hostilidade à propriedade fiduciária, desconhecendo a *alienação fiduciária em garantia* e admitindo-a apenas no estrito domínio da locação financeira.

<sup>193</sup> Parece ser com esta simplicidade que ANDREA Poddighe, “I Trusts in Italia anche alla luce di una rilevante manifestazione giurisprudenziale”, *Diritto e Pratica Tributaria*, Vol. 72, N.º 2, 2001, p. 302, coloca o problema. O Autor propõe, depois, que a propriedade se transferira para o fiduciário, gozando o beneficiário da protecção creditória conferida pelo estatuto obrigacional.

titutivo do *Trust*, aí buscando qual a resposta da *lex situs* mais adequada à vontade do *settlor*<sup>194</sup>. É da interpretação do negócio institutivo do *Trust* — do negócio gerador do efeito real, como previsto pela *lex situs* — que se deduz qual o destinatário da propriedade da coisa, como ensina a jurisprudência italiana<sup>195</sup>. Nada disto é novo, porquanto no seio da lei portuguesa, a transmissão ou constituição de direitos reais por negócio atípico é um efeito que depende da interpretação do título.

Ora, repare-se que no último caso configurámos<sup>196</sup>, não parece ser necessário recorrer aos institutos da adaptação, substituição ou transposição. Isto é, quando se conclua que o negócio do *Trust* implica a atribuição da propriedade ao *trustee*, o beneficiário gozará do leque de *direitos de crédito* que lhe são conferidos pela lei reguladora do *Trust*, podendo fazê-los valer em juízo sobre o fiduciário, cujas obrigações assumiu ao aceitar livremente a função<sup>197</sup>. Assim, se os filhos aceitam o

<sup>194</sup> Socorramo-nos da imagem de CAMILLE JAUFFRET-SPINOSI, “La Convention de la Haye...”, p. 25: “De même que le contrat peut être considéré comme une technique, un moyen de donner un emploi, de faire transporter une marchandise, de faire exécuter par autrui des actes profitables à soi-même, de transférer la propriété d’un bien... de même le trust est une technique que permet de gérer les biens d’un mineur, de remettre un bien à titre de sûreté, de créer une société d’investissement, d’aménager des biens pour l’avenir”.

<sup>195</sup> Com efeito, a tese que ora expomos obteve mobilização do caso *Piercy* contra *ETFAS* no Tribunal de Oristano, cuja decisão de 15 de Março de 1956 veio consagrar o que aqui dizemos: num *trust mortis causa* — regulado pela *lex successionis* que admitia o *Trust* — colocou-se a questão de saber onde se consolidaria a propriedade de coisa situada em Itália, cujo direito das Coisas é similar ao nosso. O tribunal considerou as três opções (ineficácia real do *trust*, atribuição da propriedade ao fiduciário ou consolidação do direito no beneficiário) e concluiu que a solução a dar dependia da interpretação da vontade do testador o que, naquele caso, implicava a atribuição da propriedade ao *beneficiary*. Para uma análise do caso, cfr. ANDREW G. PATON e ROSANNA GROSSO, “The Hague convention...”, pp. 656-658.

<sup>196</sup> Isto é, um *Trust* onde os bens são entregues aos filhos, cometendo-lhes o dever de administrar os bens de modo a atribuir certa parte do respectivo rendimento a uma instituição de solidariedade.

<sup>197</sup> Como bem decidiu o Tribunal italiano de Casale Monferrato na sua decisão de 13 de Abril de 1984, o facto de inexistir um contrato formal entre *trustee* e *beneficiary* não é fundamento bastante para negar que o primeiro assumiu uma obrigação perante o segundo, já que a aceitação da função configura um *pactum fiduciae*. Para uma análise do caso, ANDREW G. PATON e ROSANNA GROSSO, “The Hague convention...”, p. 658.

*Trust* sobre imóvel em Portugal, a interpretação do título implica a transferência da propriedade para o *trustee*; o beneficiário não colhe efeitos reais do *Trust*.

O facto de o beneficiário não ser proprietário — o que o impossibilitará de exercer sequela nos termos previstos pela lei lusa — não parece constituir um acidente técnico que reclame *adaptação*, não obstante a relação jurídica estar a ser regulada por duas leis diferentes: não há incompatibilidade material entre o regime jurídico convocado para a teia obrigacional e o estatuto real, nem tão-pouco o resultado da aplicação das duas leis constitui um contra-sentido face às normas de ambas<sup>198</sup>.

Na verdade, o facto de a posição jurídica do beneficiário ser mais frágil face à lei portuguesa do que seria defronte o direito anglo-saxónico não pode deixar de considerar-se normal no quadro das relações jurídicas internacionais disciplinadas por mais do que uma lei. Seria precisamente o mesmo caso se dois ingleses residentes em Inglaterra negociarem a constituição de um *building lease*, nos termos da lei britânica, sobre imóvel situado em Portugal; o chamamento da *lex rei sitae* conduziria provavelmente à constituição de um direito de superfície, onde o titular não gozaria de uma posição exactamente idêntica ao previsto no direito inglês, sem que aqui se haja verificado qualquer necessidade de adaptação.

Todavia, no primeiro exemplo (em que sufragámos a atribuição da propriedade ao beneficiário)<sup>199</sup>, a simples protecção creditória para o *trustee* pode não ser suficiente, gerando porventura uma antinomia ou contra-sentido decorrente da aplicação de duas leis à relação jurídica estabelecida. Na verdade, o *trustee* gozará de direitos de crédito que, despojados do *legal right in rem* não gozam de eficácia absoluta; ora, a não atribuição do efeito real conduz precisamente ao contra-sentido a que BAPTISTA MACHADO se refere quando que o *acidente*

<sup>198</sup> Na verdade, o facto de se atribuir ao beneficiário uma protecção creditória e se lhe retirar o *right to trace* não parece configurar uma “*desarmonia, contra-sentido ou lacuna*”, resultante do método analítico das normas de conflitos. JOÃO BAPTISTA MACHADO, “Problemas na Aplicação...”, p. 330.

<sup>199</sup> Um *Trust* onde o *settlor* entrega a administração dos seus bens a uma empresa especializada (*trustee*), para que os frutifique em favor dos seus filhos (beneficiários).

*técnico* pode surgir nas relações jurídicas a que é chamada mais do que uma lei<sup>200</sup>.

A posição jurídica do *trustee* depende em absoluto da atribuição de um poder sobre a coisa: diferentemente do que sucede no primeiro caso, o beneficiário não assumiu qualquer obrigação em favor de outrem, pelo que se deixa o fiduciário plenamente desamparado. Na ausência de poderes sobre a coisa para o *trustee*, o beneficiário (proprietário) poderá livremente desrespeitar os desígnios do *settlor* e alienar a coisa, já que não assumiu qualquer obrigação e é seu proprietário pleno. O direito anglo-saxónico não lhe atribui direitos de crédito *porque* pressupõe o *legal right in rem*, pelo que a não aplicação da mesma lei aos efeitos reais gera uma antinomia que o decisor “*não pode aceitar de braços cruzados: [...] terá de a corrigir, ao decidir a hipótese litigiosa, procurando guardar respeito, na medida do possível, àquela interconexão de sentido que solidariza e argamassa as normas no ordenamento respectivo*”<sup>201</sup>. Ou seja, a solução inferida do estatuto real redundaria num resultado profundamente incompatível com a vontade do *settlor* e com o instituto do *Trust* validamente constituído, que não era pretendido por qualquer das leis em conflito<sup>202</sup>.

É por isso que, nestes casos, defende FERRER CORREIA deverem atribuir-se ao *trustee* poderes de administração da coisa oponíveis ao beneficiário, como os de executor testamentário<sup>203</sup>: convoca-se a *adaptação das normas materiais* de forma a conferir ao *trustee* de uma posição jurídica prevista pela *lex situs* que permita assegurar o efeito útil do *trust*, sem implicar a atribuição de um direito *in rem*. Da mesma forma, defendem LIMA PINHEIRO e MARQUES DOS SANTOS que o problema aqui suscitado é, apenas, o de *traduzir* ou *transpor* na *lex rei sitae* a posição jurídica pressuposta pelas normas obrigacionais anglo-saxónicas, o que redundará precisamente na mesma solução, embora por via da *transposição*<sup>204</sup>. Na

<sup>200</sup> JOÃO BAPTISTA MACHADO, “Problemas na Aplicação...”, p. 334.

<sup>201</sup> JOÃO BAPTISTA MACHADO, “Problemas na Aplicação...”, p. 330.

<sup>202</sup> É esta consideração dos fins das leis em concurso que nos deve remeter à adaptação. HENRI BATIFFOL e PAUL LAGARDE, *Droit International...*, Tomo I, pp. 319 ss.; ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, “Breves considerações...”, pp. 72 ss.

<sup>203</sup> ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito...*, p. 153.

<sup>204</sup> ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, “Lei Aplicável a uma Sucessão...”, p. 361, e LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. I, p. 565.

verdade, não obstante a distinção de *adaptação e transposição* ser absolutamente clara no plano teórico, temos de concordar com MARQUES DOS SANTOS quando identifica aqui um “*dos casos-limite onde a delimitação é problemática ou duvidosa*”, pelo que não cremos haver uma solução evidente, sendo pragmaticamente desnecessário resolver a querela<sup>205</sup>.

Contra a solução que propomos pode suscitar-se uma importante objecção. Com efeito, a nossa tese conduz à atribuição ao julgador<sup>206</sup> de uma margem de apreciação considerável que pode redundar num casuísmo incapaz de garantir a estabilidade das relações jurídicas internacionais. Com efeito, caber-lhe-á decidir, por interpretação do negócio institutivo do *Trust*, se a propriedade se transfere para o *trustee* ou para o *beneficiary* e, neste último caso, procurar na *lex situs* um instituto que permita ao *trustee* opor os seus direitos ao proprietário. Cremos, ainda assim, ser esta a solução mais condicente com os princípios orientadores do direito internacional privado.

Em primeiro lugar, repare-se que o pretense casuísmo verificar-se-á apenas nos efeitos reais da constituição do *Trust*, porquanto a rede de direitos de crédito e correspondentes deveres é reconhecida plenamente sempre que aquele seja válido em face da lei competente. Nessa medida, o preterido na propriedade sempre gozará da viabilidade de exigir judicialmente o cumprimento dos deveres a que o outro se obriga por via do *Trust*.

<sup>205</sup> ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, “Breves considerações...”, pp. 120 e 101 (nota n.º 181): “na medida em que se trata de «traduzir», em termos de direito material, um instituto do direito inglês que lhe é desconhecido, parece prima facie que nos encontramos perante um caso de «transposição» [...]; a questão seria, portanto de equivalência e não de congruência como na adaptação. É, no entanto, duvidoso [...], pois não há aqui qualquer conceito prejudicial, como é típico dessa figura; estamos na fase de aplicação do direito e não já na fase de interpretação. [...] Tratar-se-ia, pois, de um caso que podia ser considerado como de transposição (ideia de equivalência, de tradução do instituto noutra língua jurídica), ou de adaptação (na medida em que há, na fase de aplicação do direito material, um afastamento das normas materiais inglesas)”. Perante este problema, propõe MARQUES DOS SANTOS a natureza de “*adaptação sui generis*”.

<sup>206</sup> Por julgador, entendemos aqui quer o Juiz quer o Conservador do Registo Predial que, perante a actividade de qualificação (registal) a que está obrigado, deve decidir sobre a aceitação de um pedido de registo da propriedade a favor de qualquer dos sujeitos envolvidos.

Em segundo lugar, parece ser a menos má das soluções. Na verdade, é sabido que sempre que o funcionamento dos mecanismos conflituais redundam em situações de adaptação, a certeza das decisões é colocada em causa. Todavia, pareceria pior uma teoria de atribuição da propriedade a um dos sujeitos para todos os *Trusts*, frustrando a confiança que as partes houvessem depositado num concreto modelo da relação fiduciária<sup>207</sup>. No fundo, a estabilidade das relações jurídicas a protecção das expectativas dos intervenientes fica melhor protegida quando é a vontade do *settlor* o factor determinante na produção de efeitos reais do *Trust*.

#### b) *Decorrências da concepção exposta*

Integrante do conceito de *Trust* anglo-saxónico é o poder de o beneficiário reagir contra uma alienação ilícita de bens em favor de um terceiro: é o *right to trace*<sup>208</sup>. O *tracing* é, no fundo, uma consequência da atribuição de um *right in rem* ao beneficiário<sup>209</sup>.

Nessa medida, as regras relativas ao *tracing* são inequivocamente qualificadas como regras jurídico-reais, já que permitem ao fiduciário opor a terceiros um direito que goza de eficácia absoluta<sup>210</sup>. Ora, porque o

<sup>207</sup> Neste sentido, ANDREW G. PATON e ROSANNA GROSSO, “The Hague convention...”, p. 658.

<sup>208</sup> É sabido que o *equity tracing* não coincide em todos os seus termos com a característica da sequela, embora no que tange aos efeitos, as diferenças sejam despidiendas: qualquer dos conceitos significa a viabilidade de perseguir a coisa onde quer que ela se encontre. Simplesmente, o *equity tracing* admite que o sujeito que o pretende exercer possa dirigir o seu direito a outras coisas ou direitos, quando a perseguição da coisa se revele impossível. Sobre a pretensa distinção das figuras, vide o que dissemos *supra* na nota n.º 66. Cfr., entre outros, MAURIZIO LUPOI, *Trusts*, p. 51.

<sup>209</sup> DONOVAN WATERS, “The Institution of the Trust...”, p. 145.

<sup>210</sup> Neste sentido, DAVID J. HAYTON, *The law of trusts*, p. 7, e DAVID J. HAYTON, “The Hague Convention...”, p. 276: “If the *lex situs* is the law of a state which does not have the trust in its domestic law and so has no equity tracing rules, this will make the right to trace meaningless”. Cfr. ainda a Doutrina referida na nota n.º 110.

Em alternativa, poder-se-ia concitar a qualificação obrigacional destas normas, entendendo-as como disposições que viciam com nulidade o negócio de disposição do *trustee* para o terceiro ou como instituindo uma garantia das obrigações similar à impugnação pauliana.

Não cremos que seja uma correcta qualificação. Com efeito, a qualificação tem por base a integração de normas substancial em conceitos desenhados pela *lex fori* e

direito pátrio não prevê instituto semelhante (afastando plenamente a ideia de *duas propriedades* sobre a mesma coisa), o exercício da seqüela depende atribuição ao *beneficiary* a propriedade plena para que, assim, utilize os meios próprios de defesa do seu direito real<sup>211</sup>.

Assim, nos casos *supra* identificados em que se considere dever a propriedade ser consolidada no beneficiário, nenhuma questão se coloca: no fundo, o beneficiário será *proprietário*, tendo ao seu dispor a acção de reivindicação e demais formas de protecção do seu direito real quando o detentor transmitir a coisa a outrem.

O problema põe-se, todavia, se em virtude de certo *Trust* se entender a propriedade transferida para o *trustee*, caso em que a *lex situs* não admitirá ao beneficiário uma protecção real mas tão-somente uma reacção creditória: o fiduciário será proprietário pleno, não se reconhecendo ao beneficiário qualquer *equitable right*<sup>212</sup>. Ora, como se percebe, a negação da seqüela desfigura o *Trust*: a propriedade fiduciária do *trustee* e a viabilidade de o beneficiário fazer valer perante terceiros o seu direito são elementos característicos cujo não reconhecimento implica que o *Trust* não tenha produzido verdadeiramente os seus efeitos<sup>213</sup>. No fundo,

interpretados, embora autónoma e teleologicamente, no seio da lei do foro. Isto é, uma vez que defendemos a interpretação do *conceito-quadro* à luz da *lex formalis fori* — implicando que “direitos reais”, em direito internacional privado, tenha por referência a existência de seqüela e da preferência —, a atribuição destes poderes ao beneficiário caberá necessariamente ao estatuto real e não à lei reguladora das obrigações. Nessa medida, quanto aos imóveis situados em Portugal, depende da lei portuguesa a viabilidade de o beneficiário opor os seus direitos a um terceiro adquirente, exercendo assim seqüela. Defendendo a interpretação de acordo com a *lex formalis fori*, cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...* Vol. II, p. 467, nota n.º 1103.

<sup>211</sup> O problema não é exclusivo do ordenamento português, já que os ordenamentos de *civil law* não prevêem, na sua origem, uma figura semelhante; ademais, é sabido que o *Trust* não surge apartado de outras relações jurídicas (propriedade, sucessão, casamento, protecção de menores) que, provavelmente, estarão sujeitas a leis diferentes. Neste sentido, EMMANUEL GAILLARD e DONALD THEODORE TRAUTMAN, “Trusts in Non-Trust Countries...”, p. 329.

<sup>212</sup> Sublinhando este problema no direito italiano (não obstante a ratificação da Convenção da Haia), cfr. ANDREW G. PATON e ROSANNA GROSSO, “The Hague convention...”, p. 655.

<sup>213</sup> Sobre a essencialidade das *tracing claims*, cfr. DAVID J. HAYTON, “Developing the law of trusts for the twenty-first century”, *Law Quarterly Review*, Vol. 106, Janeiro, 1990, p. 101.

o beneficiário ficará protegido apenas por uma pretensão creditória, porquanto à luz do estatuto obrigacional o *trustee* estará vinculado a não alienar a coisa<sup>214</sup>.

Claro que o facto de não poder exercer seqüela não implica que não possa, nos termos da lei competente, reclamar a tutela da sua posição jurídica mediante todos os institutos de matriz obrigacional que aí se previrem — *maxime*, os institutos similares à impugnação pauliana. Simplesmente, o direito de opor ao adquirente os direitos que constituem o seu *right in rem* são precludidos pelo facto de a lei pátria não lhe reconhecer um direito real.

Igualmente insatisfatórias são as consequências da aplicação da lei portuguesa em matéria de separação patrimonial. Não conhecendo a *lex rei sitae* a figura do *Trust*, ao atribuir a propriedade a um dos sujeitos envolvidos parece diluir a coisa no demais património. Nessa medida, os respectivos credores, herdeiros e cônjuges poderão exercer os seus direitos patrimoniais, como se o *trust* não existisse. Todavia, não parece haver alternativa do ponto de vista jurídico-real, como aliás a Doutrina reconhece: a *dual ownership* não é reconhecida, pelo que a eficácia absoluta do direito do beneficiário sobre certas coisas não é oponível a terceiros<sup>215</sup>.

Do ponto de vista registal, perante a nossa conclusão precedente (retirando do estatuto real as normas do *Trust* que estabelecem uma efi-

<sup>214</sup> Em sentido contrário, LUPOI defende que os mecanismos de protecção com fundamento na boa fé que se prevêm nos direitos continentais (*maxime*, a impugnação pauliana) conferem ao beneficiário uma protecção similar ao *tracing*. Cfr. MAURIZIO LUPOI, *Trusts*, pp. 613 e 614, e MAURIZIO LUPOI, “The civil law...”, p. 971. Não cremos que assim seja. Como vimos *supra*, o poder de o beneficiário impor ao adquirente os deveres do *trust* e o facto de não se estabelecer qualquer prazo implica que o *tracing* seja qualificado como decorrência de um *right in rem* e não como uma garantia das obrigações de matriz creditória.

<sup>215</sup> Cfr. ANTONIO GAMBARO, “Problemi in materia...”, p. 108: “*La separazione dei beni del trust dal patrimonio personale del trustee è un risultato difficilmente conseguibile se si applica il diritto sostanziale dei paesi di civil law che non conoscono il Trust*”. No mesmo sentido, LAURENT MAERTEN, “Le régime international du trust...”, n.º 28. Repare-se que, como vimos *supra*, a inaptidão dos países continentais para acautelar a separação patrimonial — que constitui um dos principais efeitos do *Trust* e é uma das obrigações de reconhecimento impostas pela Convenção da Haia — tem vindo a conduzir os Estados que a ratificaram a estabelecer, no plano interno, mecanismos jurídicos que garantam a segregação dos bens fiduciados.

cácia absoluta da relação fiduciária — como a oposição do direito do beneficiário ao terceiro adquirente), e tendo em conta a territorialidade do Registo Predial, obvia-se ao problema de saber se o *Trust* deve ou não ser publicitado.

Na verdade, porque os efeitos reais do *Trust* sobre imóveis situados em Portugal serão colhidos da lei portuguesa — que os não estabelece — não parece ser necessária qualquer inscrição da qualidade *fiduciária* da propriedade. Com efeito, porque a natureza limitada deste direito (e a separação patrimonial a que se liga) não é oponível a terceiros, o Registo não é chamado a publicitar a situação jurídica do prédio de forma diferente. Isto é, aquela propriedade é uma propriedade *plena* (do *trustee* ou do *beneficiary*), pois não cabe à lei estrangeira a determinação dos seus efeitos, pelo que não se inscreverá um direito diferente<sup>216</sup>.

## 5. Conclusões

Não é animadora a conclusão do nosso estudo. O reconhecimento de efeitos de um instituto jurídico desconhecido é, naturalmente, um problema delicado; neste concreto caso, as dificuldades avolumam-se, já que uma parte importante desses efeitos é cometida precisamente à *lex situs*, onde a figura inexistente.

Nessa medida, se não subsistem dificuldades na efectivação em Portugal dos direitos e deveres de matriz creditória que geram o *Trust*, a rela-

<sup>216</sup> Parece ser esta a proposta de solução de GAILLARD e TRAUTMAN nos casos em que o direito do *trustee* é determinado pela lei de um *non-trust country*. Cfr. EMMANUEL GAILLARD e DONALD THEODORE TRAUTMAN, “Trusts in Non-Trust Countries...”, p. 311.

A solução seria outra se Portugal houvesse ratificado a Convenção da Haia de 1985, porquanto o reconhecimento do *Trust* operado convencionalmente, não obstante não conduza à concessão de sequela ao beneficiário, implica que o *Trustee* registe essa qualidade ou outra que denuncie a existência da relação fiduciária. Cfr. art. 12.º da Convenção da Haia de 1985 sobre lei aplicável ao *Trust* e ao seu reconhecimento. Cfr. ainda CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS, *El Trust: La institución...*, p. 140.

Sobre os problemas que esta norma gera em Itália, cfr. ALEXANDRA BRAUN, “La giurisprudenza...”, pp. 44 ss.; RICCARDO DOGLIOTTI, “La pubblicità del *Trust* nel settore immobiliare”, *Il Trust nel diritto delle persone e della famiglia*, Giuffrè Editore, Milano, 2003, pp. 47 ss.

ção jurídica em causa não será plenamente reconhecida enquanto tal, pois os direitos de natureza real que o fundador pretendeu atribuir ao fiduciário e ao beneficiário não encontram paralelo na *lex rei sitae*, indubitavelmente competente para determinar tais efeitos.

O problema assume relevância quer nos casos em que a propriedade deve ser consolidada na pessoa do *trustee* (porquanto se nega a sequela do beneficiário, deixando-o dependente da tutela creditória e assim desfigurando o *Trust*), quer nos casos em que a titularidade da coisa se transfere para o beneficiário, já que a necessária adaptação reconhecerá ao fiduciário *menos* do que a propriedade.

E, repare-se, não parece que os efeitos práticos do reconhecimento de efeitos reais mudassem substancialmente se Portugal se vinculasse à Convenção da Haia: surgiria, evidentemente, uma muito maior clareza na operação de qualificação e atenuar-se-ia a incerteza quanto à lei aplicável. Todavia, a sequela do beneficiário e a transmissão da propriedade sempre seriam deixados à *lex situs*.

No fundo, a conclusão que se impõe é que, por mais avançado que seja o direito de conflitos, a disparidade dos direitos internos em matéria de *Trust* associada à territorialidade dos direitos reais implicaria sempre uma solução similar à que aqui propomos, só ultrapassável pelo abandono de um destes pressupostos.

ABSTRACT: The article analyses the effects that may be recognised to voluntary trusts (unknown to Portuguese law) on immovable property in Portugal. It discusses characterisation and other choice-of-law problems according to Portuguese private international law system, especially considering the universal rule of *lex rei sitae*.

KEYWORDS: trusts; Private International Law; recognition.