

MARTA LÍVIA DOS SANTOS SILVA

O *TRUST* NO QUADRO COMUM DE REFERÊNCIA
PARA O DIREITO PRIVADO EUROPEU
E AS SUAS RAÍZES HISTÓRICAS NO DIREITO ROMANO

SEPARATA

DE

O SISTEMA CONTRATUAL ROMANO:
DE ROMA AO DIREITO ACTUAL

E D I C Ã O
E S P E C I A L
D A F A C U L D A D E
D E D I R E I T O
D A U N I V E R S I D A D E
D E L I S B O A

2010

Coimbra Editora

1(4)
181 t

O TRUST NO QUADRO COMUM DE REFERÊNCIA PARA O DIREITO PRIVADO EUROPEU E AS SUAS RAÍZES HISTÓRICAS NO DIREITO ROMANO (*)

MARTA LÍVIA DOS SANTOS SILVA (**)

"Sejamos pois galhardos nos nossos valores presentes, constituemos, em sendo preciso (é sempre preciso entre nós, aqui e agora). Porém, tenhamos a seriedade dos sem-tempo para olhar o que já passou e o que virá."

Paulo Ferreira da Cunha, "Pensar o Direito", vol. I, p. 99

1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS. O QUADRO COMUM DE REFERÊNCIA PARA O DIREITO PRIVADO EUROPEU

A presente exposição incide sobre as características fundamentais do *trust* ⁽¹⁾ no âmbito do Quadro Comum de Referência para o Direito Privado Europeu (*Draft Common Frame of Reference*) ⁽²⁾ ⁽³⁾ e as respectivas raízes no Direito Romano, em particular, no fideicomisso.

(*) O presente artigo corresponde, com adaptações, à comunicação oral apresentada no XI Congresso Internacional e XIV Congresso Ibero-Americano de Direito Romano, "O sistema contratual romano — De Roma ao Direito actual", organizado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em colaboração com a Associação Ibero-Americana de Direito Romano, que teve lugar em Lisboa, nos dias 4 a 6 de Fevereiro de 2009. Agradece-se à Fundação para a Ciência e a Tecnologia o financiamento da participação neste Congresso.

(**) A autora é relatora da *Working Team on Trusts* do *Study Group on a European Civil Code* e Doutoranda na Universidade de Osnabrück (Alemanha).

(1) Decidimos manter as designações da versão original em Inglês (designadamente, "*trust*", "*trustee*", "*trustee*" e "*beneficiary*") para favorecer a distinção dos termos homólogos no contexto do fideicomisso (respectivamente, "fideicomisso", "fideicomitente", "fiduciário" e "fideicomissário"). Sempre que nos referirmos aos dois institutos em simultâneo, recorreremos, nos três últimos casos, às designações "causante", "intermediário" e "beneficiário".

(2) Cfr. VON BAR, CLIVE, & SCHULTE-NÖLKE (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR) — Outline Edi-*

É nossa convicção que o tema deste estudo ainda se insere no eixo temático do Congresso que lhe deu origem. Efectivamente, o Direito dos *trusts* tem desempenhado uma função de complementaridade relativamente ao Direito dos Contratos, dada a incapacidade deste de apresentar soluções satisfatórias a todos os problemas jurídicos (4). A interacção entre o Direito dos *trusts* e o Direito dos Contratos é particularmente visível no direito do *beneficiary* a exigir a execução de um contrato que é condição da concretização do seu benefício. De resto, a existência de obrigações associadas ao ofício do *trust* e o facto de as mesmas emergirem de uma transmissão voluntária do *trust fund* (5), cuja gestão é regulamentada pelos termos do *trust*, confere-lhe um carácter quasi-contratual (6).

Antes de nos debruçarmos sobre o *trust*, impõem-se algumas notas sobre o seu contexto.

O DCFR é um instrumento de *soft law* ou “Direito flexível”, i.e., um conjunto de regras não vinculativas (7) (por oposição, portanto, ao Direito vinculativo ou “*hard law*”). Este Quadro de Referência resultou do esforço conjunto do Grupo de Estudos Sobre um Código Civil Europeu (*Study Group on a European Civil Code*) (8) e do Grupo *Acquis* (*Research Group on EC Private Law*) (9), ambos sedeados na cidade de Osnabrueck, na Alemanha.

tion, 2009 *apud* CLIVE, 2008, p. 1. O título principal desta compilação reflecte, segundo Clive, a nomenclatura usada pela Comissão Europeia nas suas comunicações (cfr. CLIVE, 2008, p. 16).

(3) De ora em diante, DCFR.

(4) Cfr. SWANN, 2004, p. 363.

(5) Cfr. VON BAR, CLIVE, & SCHULTE-NÖLKE (eds.), *ob. cit.*, 2009, art. X. — 1:101 (*Trusts to which this Book applies*). O DCFR contempla, assim, apenas os chamados “*express trusts*”, que se opõem aos “*constructive*” e aos “*resulting trusts*”. Para uma descrição destas categorias, consultar TOMÉ & LEITE DE CAMPOS, 1999, p. 57 ss.

(6) Cfr. TOMÉ & LEITE DE CAMPOS, 1999, p. 28 ss.

(7) *Vide* VON BAR, *The Common Frame of Reference and the Works of the Study Group on a European Civil Code*, 2003, vol. 4, nr. 2, June, p. 100, e MOURA VICENTE, 2008, pp. 573-574.

(8) O SGECC foi fundado em 1998 (cfr. VON BAR, *A Common Frame of Reference for European Private Law — Academic Efforts and Political Realities*, 2008, p. 4 e VON BAR, CLIVE, & SCHULTE-NÖLKE [eds.], *ob. cit.*, 2009, p. 33), com vista a preparar uma codificação do Direito Civil Patrimonial (com exclusão dos bens imóveis) a ser incorporada, mais tarde, num regulamento comunitário (cfr. RAJSKI, 2006, p. 23, e MOURA VICENTE, 2008, p. 577). Este projecto foi, todavia, preterido em favor de um instrumento de alcance mais modesto (*vide* MOURA VICENTE, 2008, pp. 577-578 e notas 1404 e 1405): o DCFR, precisamente. O grupo tem contado com a colaboração de académicos de todos os Estados-membros da UE, sendo que muitos deles são, simultaneamente, advogados ou juizes em exercício nas respectivas jurisdições nacionais.

(9) O *Acquis Group* foi fundado em 2002 (cfr. SCHULTE-NÖLKE, 2003, vol. 4, nr. 2, June, p. 142). É composto por cerca de trinta professores de Direito de quase todos os países da UE e dos países candidatos à adesão. A sua função é extrair os *Principles of the Existing EC Contract Law* do acervo comunitário, não através de uma análise dos diversos ordenamentos jurídicos — como o faz o SGECC —, mas através da abordagem do acervo comunitário em si (cfr.