



Associação dos Advogados de Macau

澳門律師公會

PARECER

Assunto: Lei da Fidúcia – Anteprojecto de Proposta de lei

No âmbito da promoção do desenvolvimento das actividades financeiras com características próprias, a AMCM preparou e enviou para recolha de opiniões e comentários da AAM o anteprojecto denominado «Lei da Fidúcia».

É também referido que se tem em vista permitir a recepção em Macau do instituto da Fidúcia (*Trust*), sem necessidade de alterar, de forma profunda, o Código Civil.

No dia 20/6/2019 foi realizado um Seminário para explanação do novo regime do Trust de Macau. Nesse seminário foram explicadas algumas soluções, pelo que também as temos em consideração no presente parecer.

Foram manifestadas opiniões de alguns advogados, que se reflectem no parecer da AAM.

Nestes termos, com base na análise do anteprojecto, e após a compilação e sistematização das opiniões recebidas, a AAM elaborou o presente parecer.

I

Introdução

Na Nota Prévia ao anteprojecto refere-se expressamente que na sua elaboração foram utilizadas as mais modernas práticas de legística, devidamente adaptadas à realidade histórica e cultural de Macau.

Da análise do articulado, constata-se que existem áreas em relação às quais temos sugestões de melhoria de redacção e que iremos indicar ao longo do parecer.

Mencionamos também, em termos de análise na especialidade, quais as normas que julgamos deverem ser repensadas para as conciliar com o ordenamento jurídico existente.

No pressuposto de que a nossa posição se revela mais fácil de entender, em relação a cada norma específica, passamos de seguida à análise na especialidade.

II

Apreciação na especialidade

1. Artigo 1.º Noção - «Na fidúcia, uma pessoa fica adstrita a exercer um ou mais direitos em benefício e no interesse de outrem.»

Julgamos a fórmula acima muito ampla e, por esse motivo, passível de confusão parcial com outros institutos, como por exemplo:

- **Fundação** – Nos termos do artigo 173.º do Código Civil, as fundações são pessoas jurídicas de substrato patrimonial com fins de interesse social. No artigo 174.º referem-se as figuras de instituidor, seus herdeiros ou executores testamentários.

- **Contrato a favor de terceiro** – De acordo com o n.º 1 do artigo 437.º do Código Civil, a noção deste instituto é a seguinte: «Por meio de contrato, pode uma das partes assumir perante outra, que tenha na promessa um interesse digno de protecção legal, a obrigação de efectuar uma prestação a favor de terceiro, estranho ao negócio; diz-se promitente a parte que assume a obrigação e promissário o contraente a quem a promessa é feita».

O n.º 2 do mesmo preceito estipula que: «Por contrato a favor de terceiro, têm as partes ainda a possibilidade de remitir dívidas ou ceder créditos, e bem assim de constituir, modificar, transmitir ou extinguir direitos reais.»

Com uma formulação da norma mais pormenorizada pensa-se que se poderão evitar

dúvidas interpretativas que eventualmente podem vir a surgir, tratando-se da introdução de um novo instituto.

2. Artigo 2.º - Modalidades - «A fidúcia pode ser contratual, unilateral ou testamentária.»

Tendo em conta que se julga ser desejável a criação de um regime de *Trust* que seja comparável, em termos favoráveis, ao regime de outras jurisdições, julgamos que o regime a instituir em Macau deve, tendencialmente, apresentar o mesmo tipo de possibilidades que os regimes já existentes noutras jurisdições, desde que tal não apresente problemas de compatibilização com o ordenamento jurídico local que não possam ser resolvidos.

Pelo exposto, sugerimos que se pondere a previsão e inclusão no projecto de modalidades previstas noutras jurisdições, como por exemplo, a criação de *trusts* por via judicial.

3. Artigo 5.º - Fidúcia testamentária – «Na fidúcia testamentária, o fiduciante designa, por testamento, o fiduciário, o direito ou os direitos que, sob a titularidade deste, integram, por morte, a fidúcia e os seus beneficiários.»

Chamamos a atenção para a possibilidade de dificuldade de distinção, em termos claros, do que se prevê na norma acima comparativamente com a substituição fideicomissária ou fideicomisso, que, nos termos do artigo 2115.º do Código Civil é «a disposição pela qual o testador impõe ao herdeiro instituído o encargo de conservar a herança, para que ela reverta, por sua morte, a favor de outrem; o herdeiro gravado com o encargo chama-se fiduciário, e fideicomissário o beneficiário da substituição.»

4. Artigo 6.º, n.º 3 - «O fiduciário deverá, no prazo de 30 dias a contar da constituição da fidúcia, promover o seu registo junto do Registo Nacional de Fidúcias.»

Chama-se a atenção para o facto de não existir (nem poder vir a existir) tal registo em Macau. Julgamos que será, porventura, adequado criar um mecanismo de registo para este novo instituto.

- 5. Artigo 8.º, n.º 1 - «Os pais ou avós de residentes permanentes da Região Administrativa Especial de Macau não podem constituir fidúcias em benefício de filhos ou netos, se os outros filhos ou netos não consentirem na constituição; o consentimento dos descendentes, quando não possa prestado ou seja recusado, é susceptível de suprimento judicial.»**

Uma vez que o artigo 1.º não restringe a criação de *trusts* a residentes permanentes, questiona-se qual a razão para a inclusão, nesta norma, da referência expressa, e da restrição aos residentes permanentes.

Por outro lado, da leitura da norma, constata-se que a proibição prevista na primeira parte pode ser ultrapassada por meio do que está previsto na segunda parte da norma, não se entendendo bem o que se pretende salvaguardar.

Se se pretende ressalvar a reserva da legítima prevista no Código Civil, deve ser tido em conta que a venda a filhos e netos já não está sujeita a autorização.

- 6. Artigo 9.º - Conteúdo**

Entendemos que a epígrafe do preceito deve ser mais específica, reflectindo pelo menos minimamente o teor, pelo que sugerimos «Conteúdo do acto constitutivo».

- 7. Artigo 10.º, n.º 2 - «A aceitação pode ser expressa ou tácita.»**

Tendo em conta que no n.º 3 se estipula quando é que se considera haver aceitação expressa, entendemos que a aceitação tácita deveria também merecer uma definição, ou directamente ou por referência para outra norma, por exemplo do Código Civil.

8. Artigo 11.º, n.º 1 - «Às fidúcias testamentárias são aplicáveis, com as devidas adaptações, as disposições do capítulo precedente.»

Sugerimos que, em nome de uma maior clareza das regras a aplicar, seja evitado este tipo de fórmula que, por implicar técnicas hermenêuticas de alguma complexidade pode dificultar a interpretação da lei.

9. Artigo 11.º, n.º 2 - «Às fidúcias testamentárias são igualmente aplicáveis as disposições do regime jurídico do testamento, previsto no Código Civil.»

Tendo em conta que a futura Lei da Fidúcia, quando entrar em vigor, será evidentemente uma lei especial, dado regular uma área específica e nova que vai coexistir com o ordenamento jurídico existente e que o Código Civil, na parte do regime jurídico do testamento, funcionará como regime geral e subsidiário, sugerimos que se especifiquem os termos de aplicação das disposições do regime jurídico do testamento contidas no Código Civil, por exemplo, quanto às áreas de aplicação e eventuais adaptações, em vez de uma remissão geral.

10. Artigo 16.º, alínea b) - «Para além dos demais previstos na Lei e no acto constitutivo, o fiduciante tem o direito de: b) requerer, ao fiduciário, informação pormenorizada relativa à administração da fidúcia.»

Numa norma deste tipo, julgamos avisado que se estabeleça qual a periodicidade que se tem em vista, designadamente, mensal, trimestral, semestral e/ou anual.

Também deve ser equacionada a hipótese de se solicitar informação sempre que ocorra qualquer facto ou seja praticado qualquer acto que possa ter influência no *trust* em causa.

11. Artigo 21.º, n.ºs 1 e 2 –

Consultando o teor do n.º 1, em que se estipula uma regra para o momento em que o

fiduciário assuma a posição («logo que assuma a posição») e que o n.º 2 se destina ao momento anterior à assunção da posição («Antes de assumir a posição»), sugerimos que se altere a ordem das normas, para estarem de acordo com a sequência lógica das duas fases.

12. Artigo 25.º, n.º 3 - «O fiduciário deve responder a todos os pedidos justificáveis de informação relativos à fidúcia requeridos pelo beneficiário, no estrito cumprimento do dever de imparcialidade, previsto no artigo 19.º, e do dever de segredo, previsto no artigo 23.º.»

Julgamos que as referências aos artigos 19.º e 23.º devem ser feitas respectivamente, ao artigo 20.º e ao artigo 24.º do anteprojecto.

13. Artigo 30.º - Cessação

Entendemos que a epígrafe do preceito deve ser mais específica, reflectindo pelo menos minimamente o teor, pelo que sugerimos «Cessação de funções».

14. Artigo 32.º, n.º 3, proémio - «A destituição apenas pode ser decretada quando seja do interesse do beneficiário, nomeadamente: (...)»

Em termos de técnica legislativa, somos de opinião que se deve evitar o uso de advérbios, como é o caso da palavra «nomeadamente», dado que introduzem um elemento de incerteza que se reflecte na interpretação da norma.

Seria preferível uma enumeração mais abrangente e que restrinja a incerteza causada pela inclusão do advérbio.

15. Artigo 34.º, n.º 3 - «No caso de o acto constitutivo atribuir poderes de distribuição discricionários ao fiduciário, pode o beneficiário contestar, judicialmente, a adequação do exercício desses direitos aos deveres do fiduciário, nomeadamente ao dever de lealdade e ao dever de imparcialidade.»

Fazemos aqui a mesma observação que a constante do ponto anterior do presente parecer.

16. Artigo 35.º - Direito à informação - «Para além dos demais previstos na Lei, o beneficiário pode requerer, ao fiduciário, informação sobre a administração da fidúcia relativa, nomeadamente: (...)»

Relativamente a este preceito, cujo proémio se reproduz acima, entendemos que se deve introduzir uma referência à periodicidade de prestação desse tipo de informação, por exemplo, trimestral, semestral, anual e, inclusivamente, prever casos em que a informação pode ser solicitada devido à ocorrência de circunstâncias excepcionais.

17. Artigo 37.º, n.º 3 - «À cessação, substituição, renúncia e destituição do protector aplica-se o regime previsto nos artigos 29.º a 31.º, com as devidas adaptações.»

A referência aos artigos 29.º a 31.º acima, julga-se dever ser feita antes aos artigos 30.º a 32.º. Contudo, não resulta claro qual o preceito para o qual se pretende fazer a remissão quanto à substituição.

18. Artigo 38.º - Dívidas pelas quais responde o património fiduciário - «Os bens constituídos em fidúcia respondem unicamente pelas dívidas contraídas no âmbito da actividade do fiduciário actuando nessa qualidade.» e artigo 40.º - Credores do beneficiário - «Os direitos do beneficiário na fidúcia respondem pelas suas dívidas nos termos gerais.»

Analisando o teor das duas normas acima, entendemos que podem causar dúvidas de interpretação, especialmente tendo em conta a utilização da palavra «unicamente» no artigo 38.º.

III Conclusões

Na sequência do exposto acima, apresentamos as seguintes conclusões:

1. Sendo o instituto do «Trust» um instituto com origem no sistema da *Common Law*, importa ter em consideração a sua inserção correcta no nosso sistema, que podemos designar por Continental, ou Romano-Germânico. Com efeito, importa delimitar com precisão os contornos do regime do *trust* em Macau, nomeadamente face a institutos como o das fundações e, bem assim, com o contrato a favor de terceiro e a substituição fideicomissária. Estes institutos parecem, numa primeira análise, perfeitamente distintos do regime do *trust*, contudo, numa análise mais aprofundada, apresentam áreas de intersecção que importa ter em conta.
2. O regime do *trust* contido no presente anteprojecto parece-nos dever ser mais abrangente, especialmente em comparação com outros regimes de *trust*. A título de exemplo, constata-se que, no regime do *trust* do Reino Unido existem diversos tipos de beneficiário, enquanto que neste anteprojecto só existe um. O mesmo sucede quanto aos tipos de *trust*.
3. Em termos de política legislativa, a criação de um regime do *trust* em Macau deve ser, tendencialmente, pelo menos, equivalente aos melhores regimes existentes no mundo. Caso contrário, arrisca-se a entrar na competição com outras ordens jurídicas para ser um regime menor, podendo eventualmente cair em desuso ou nunca chegar a entrar em uso¹. Assim, importa saber qual o regime ou regimes que serviu/serviram de base à elaboração do presente anteprojecto.
Caso tenha sido um regime do *trust* proveniente de uma jurisdição do sistema de Direito Continental, a aferição de eventuais diferenças e das razões a elas subjacentes é útil.

¹ À semelhança do que aconteceu com o Registo Internacional de Navios de Macau, criado pelo Decreto-Lei n.º 64/88/M, de 18 de Julho.

Do mesmo modo, se o diploma que serviu de base à elaboração do anteprojecto é proveniente directamente de uma jurisdição da *Common Law*, também interessa saber qual para uma completa aferição do que consta do anteprojecto ou do que dele foi omitido.

4. No tocante ao importante aspecto da tributação de trusts, julgamos que Macau deve criar um regime favorável à criação de *trusts* localmente e que seja competitivo com outras jurisdições.

Hong Kong², por exemplo, tem um regime tributário extraordinariamente favorável para os beneficiários de um *trust*. Em Hong Kong não se considera um *trust* como uma actividade comercial e, conseqüentemente não se tributa, a menos que por via de um *trust* se recebam rendimentos provenientes de imóveis localizados em Hong Kong. De qualquer forma, de acordo com o sistema tributário de base territorial de Hong Kong, os rendimentos provenientes de um *trust* relativo a activos localizados no exterior não são tributáveis relativamente ao fiduciário, aos beneficiários ou ao próprio fiduciante.

Além disso, no sistema tributário de Hong Kong, um *trust* criado/domiciliado em Hong Kong que possua activos localizados fora de Hong Kong pode receber rendimentos e lucros desses activos no *trust* baseado em Hong Kong sem incorrer em pagamento de impostos. Não há imposto sobre ganhos de capital, impostos sobre donativos ou perdão de dívidas ou impostos sobre valor agregado, entre outras medidas. Assim, os *trusts* podem transferir rendimentos e lucros sem impedimentos ou encargos.

² Hong Kong, como ordenamento jurídico que se insere na Common Law, adoptou legislação relativa a *trusts*, designadamente: *Trustee Ordinance* de 1934, *Perpetuities and Accumulation Ordinance* de 1970 e a *Trust Law Ordinance* de 2013.

Macau pode vir a ter ganhos directos com emolumentos relativos à criação e manutenção de *trusts* os quais devem ser de montante moderado, pelo menos numa fase inicial até Macau se tornar uma jurisdição de escolha para a criação ou domiciliação de *trusts*. Neste aspecto deve ser feita uma análise do que sucede nas diversas jurisdições.

5. Em termos de compatibilização da legislação sobre o *trust* com a legislação de outros ordenamentos, julga-se vantajoso que Macau venha a reconhecer e a aplicar³ as disposições da Convenção da Haia sobre a lei aplicável aos trusts e seu reconhecimento, abreviadamente conhecida como *Convenção da Haia sobre os trusts*. Trata-se de um tratado multilateral com origem na Conferência da Haia de Direito Internacional Privado sobre a lei aplicável aos *trusts*. Foi concluída em 1 de Julho de 1985, entrou em vigor em 1 de Janeiro de 1992 e, em Setembro de 2017, foi ratificado por 14 países⁴. A Convenção usa uma definição harmonizada de *trust*, que é o objecto da convenção e estabelece regras de conflito para resolver problemas na escolha da lei aplicável. As principais disposições da Convenção são:
 - a) Cada parte reconhece a existência e a validade dos *trusts*, desde que constantes de um documento escrito.
 - b) Define as características dos *trusts*, clarificando em que situações se está perante um *trust*.
 - c) Estabelece regras claras para determinar a lei que rege os *trusts* que apresentem elementos de conexão com mais de um ordenamento jurídico.

³ A questão da aplicação desta Convenção a Macau revela-se, contudo, de alguma complexidade. Com efeito, ao contrário do que se passa com Hong Kong, em que por via de extensão da aplicação feita pelo Reino Unido anterior a 1997 a qual mereceu uma declaração de continuação de aplicação por parte da República Popular da China pós reunificação, quanto a Macau, visto que Portugal não era nem é ainda parte da Convenção, esta também não se aplica a Macau. Sobre a matéria, julgamos que o parágrafo final do artigo 138º da Lei Básica pode configurar uma possível solução para colocar Macau ao nível das outras jurisdições que fazem parte da Convenção.

⁴ Austrália, Canadá, República Popular da China (apenas se aplica a Hong Kong), Chipre, França, Itália, Liechtenstein, Luxemburgo, Malta, Mónaco, Holanda, Panamá, São Marino, Suíça, Reino Unido e Estados Unidos da América.

Tudo visto, consideramos que estas questões deveriam merecer cuidadosa ponderação, de forma a que se possa elaborar um projecto tão abrangente e competitivo quanto seja possível, bem como contendo uma explicação sobre a razão subjacente a cada solução normativa, de forma a que, quando for finalizada a proposta de lei também se garanta uma integração, no ordenamento jurídico já existente, do que vai ser um regime inteiramente novo.

A introdução de um instituto como o do *trust* em Macau deve ser sujeita a consulta ao sector jurídico bem como aos sectores financeiro e económico.

Aprovado em reunião da Direcção da AAM

de 4 de Outubro de 2019

P. Leung