

PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO: CONCEITO, MECANISMOS E LIMITAÇÕES

SUCCESSION PLANNING: DEFINITION, ARRANGEMENTS AND RESTRICTIONS

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka

Professora Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Doutora e Livre-Docente pela Faculdade de Direito da USP. Coordenadora Titular e Professora Titular do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – Fadisp. Coordenadora e Professora do Programa de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Civil da Escola Paulista de Direito – EPD. Patroesse do curso *on-line* de Direito de Família e Sucessões da Escola Brasileira de Direito – Ebradi. Autora de diversas obras. Palestrante e Conferencista no Brasil e no exterior. Advogada, Árbitra, Consultora Jurídica e Parecerista.

Flávio Tartuce

Doutor em Direito Civil e Graduado pela USP. Mestre em Direito Civil Comparado e Especialista em Direito Contratual pela PUC-SP. Professor Titular permanente dos Programas de Mestrado e Doutorado da Faculdade Autônoma de Direito (Fadisp). Coordenador e Professor dos cursos de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola Paulista de Direito (EPD – São Paulo). Patrono do curso *on-line* de Direito Negocial e Imobiliário da Escola Brasileira de Direito – Ebradi. Autor, entre outras obras, da coleção *Direito civil*, em seis volumes, pela GEN/Forense. Advogado, Consultor Jurídico, Parecerista e Árbitro.

Resumo: O presente artigo, escrito a quatro mãos, procura analisar, em termos gerais, o planejamento sucessório. Aborda o seu conceito, os seus mecanismos e suas limitações, retiradas de duas “regras de ouro”. Procura também abordar, de maneira crítica, mecanismos tidos como tradicionais e como novos para a sua efetivação, propondo, ao final, a alteração da legislação brasileira, para que sérios entraves existentes quanto ao instituto sejam retirados.

Palavras-chave: Direito civil. Direito das sucessões. Planejamento sucessório. Limites e possibilidades.

Abstract: This article, written by four hands, seeks to analyze, in general terms, the inheritance planning. Its addresses its concept, its respective functions and its limitations, taken from two “golden rules”. In addition, it seeks to address, through a critical way, mechanisms considered as traditional and the new ones for its effectiveness, proposing, at the end, the amendment of Brazilian legislation, in order to serious obstacles to the institute can be eliminated.

Keywords: Civil law. Succession law. Inheritance planning. Limits and possibilities.

Sumário: **1** Conceito de planejamento sucessório e alguns de seus mecanismos – **2** Das duas “regras de ouro” do planejamento sucessório – **3** Mecanismos tradicionais para a efetivação do planejamento sucessório – **4** Novos mecanismos para a efetivação do planejamento sucessório

1 Conceito de planejamento sucessório e alguns de seus mecanismos

Nos últimos anos, tem-se falado muito em *planejamento sucessório*, como instrumento preventivo e supostamente eficiente para evitar conflitos entre herdeiros, bem como para almejar uma distribuição da herança conforme a vontade do morto, prestigiando a sua autonomia privada. Mas o que seria o planejamento sucessório? Quais suas possibilidades e principais instrumentos? Quais suas premissas básicas, quais *regras de ouro* devem ser respeitadas para que tais instrumentos sejam válidos e eficazes perante o direito? Quais seriam as principais limitações jurídicas para a sua efetivação?

Sobre o seu *conceito*, Daniele Teixeira define o planejamento sucessório como “o instrumento jurídico que permite a adoção de uma estratégia voltada para a transferência eficaz e eficiente do patrimônio de uma pessoa após a sua morte”.¹ Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, “consiste o planejamento sucessório em um conjunto de atos que visa a operar a transferência e a manutenção organizada e estável do patrimônio do disponente em favor dos seus sucessores”.²

Em suma, pode-se afirmar que o planejamento sucessório é o conjunto de atos e negócios jurídicos efetuados por pessoas que mantêm entre si alguma relação jurídica familiar ou sucessória, com o intuito de idealizar a divisão do patrimônio de alguém, evitando conflitos desnecessários e procurando concretizar a última vontade da pessoa cujos bens formam o seu objeto.

Alguns dos instrumentos de planejamento sucessório merecem ser destacados, muitos deles retirados dos trabalhos citados, a saber: a) escolha por um ou outro regime de bens no casamento ou na união estável, até além do rol previsto no Código Civil (regime atípico misto) e com previsões específicas; b) constituição de sociedades, caso das *holdings* familiares, para administração e até partilha de bens no futuro; c) formação de negócios jurídicos especiais, como acontece no *trust*; d) realização de atos de disposição em vida, como doações – com ou reserva de usufruto –, e *post mortem*, caso de testamentos, inclusive com as cláusulas restritivas de incomunicabilidade, impenhorabilidade e inalienabilidade; e) efetivação de partilhas em vida e de cessões de quotas hereditárias após o falecimento; f) celebrações prévias de contratos onerosos, como de compra e venda e cessão

¹ TEIXEIRA, Daniele. Noções prévias do direito das sucessões: sociedade, funcionalização e planejamento sucessório. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 35.

² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: direito das sucessões*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 7. p. 404.

de quotas, dentro das possibilidades jurídicas do sistema; g) eventual inclusão de negócios jurídicos processuais nos instrumentos de muitos desses mecanismos; h) *pacto parassocial*, como se dá em acordos antecipados de acionistas ou sócios; e i) contratação de previdências privadas abertas, seguros de vida e fundos de investimento.

Apesar dessas múltiplas opções, não se pode negar que, nos últimos anos, o planejamento sucessório tem sido utilizado com o intuito de praticar fraudes, buscando, muitas vezes, a malfadada “blindagem patrimonial”, especialmente de devedores contumazes. Tal preocupação não passou despercebida por Mário Luiz Delgado e Jânio Urbano Marinho Júnior, que citam as *holdings* familiares, muitas vezes utilizadas como “fachada” por *sócios de fato*, para desvios patrimoniais e de finalidade da pessoa jurídica, visando à fraude à execução ou em face de credores. Segundo eles:

a proliferação de situações como essas, de mau uso do planejamento sucessório por profissionais inescrupulosos, com intuito de fraude, compromete e enfraquece essa importante ferramenta, na medida em que se põe sob suspeita diversos atos e negócios jurídicos realizados em vida pelo autor da herança e resultando nas maiores controvérsias sucessórias levadas ao Poder Judiciário. A segurança jurídica que seria propiciada pelo planejamento sucessório, dando lugar a imbróglis intermináveis, os quais, não raro, implicam em deterioração do acervo hereditário.³

De fato, na nossa experiência na advocacia consultiva, temos visto nos últimos anos atos de *blindagem patrimonial* e de suposto *planejamento* com claro intuito fraudatório, como transações, permutas e dações em pagamento desproporcionais realizadas entre marido e mulher ou entre pais e filhos, de maneira simulada, com o intuito de excluir filhos havidos fora do casamento. Para que o planejamento sucessório não se desvie dos seus fins lícitos, é preciso observar as duas regras de ouro que permitem a sua efetivação, e de que passamos a tratar no tópico seguinte.

³ DELGADO, Mário Luiz; MARINHO JÚNIOR, Janio Urbano. Fraudes no planejamento sucessório. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 222.

2 Das duas “regras de ouro” do planejamento sucessório

A *primeira regra de ouro* do planejamento sucessório é relacionada à proteção da quota dos herdeiros necessários ou reservatários, denominada *legítima*, e que corresponde, no atual sistema jurídico nacional, a cinquenta por cento do patrimônio do autor da herança (art. 1.846 do Código Civil de 2002). Essa proteção já constava da codificação anterior, do Código Civil de 1916, por força do seu art. 1.721, *in verbis*: “O testador que tiver descendente ou ascendente sucessível, não poderá dispor de mais da metade de seus bens; a outra pertencerá de pleno direito ao descendente e, em sua falta, ao ascendente, dos quais constitui a legítima, segundo o disposto neste Código”.

Pontue-se que no atual sistema sucessório brasileiro, pela dicção expressa do art. 1.845 do Código Civil, são herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. Temos a visão doutrinária em comum no sentido de que no rol deve ser incluído o companheiro, por correta interpretação da decisão do STF que reconheceu a inconstitucionalidade do art. 1.790 da própria codificação, determinando a inclusão do convivente na ordem de sucessão legítima do art. 1.829, ao lado do cônjuge (cf. publicação no Informativo nº 864 da Corte).

O amparo da legítima remonta ao direito romano, que reconhecia a figura dos herdeiros necessários, como bem lembra Eduardo de Oliveira Leite. Segundo as suas lições, o testamento estruturava o sistema romano de transmissão *causa mortis*. Nesse contexto:

na ótica romana, o testador que despojava sua família, sem justa causa, faltava com o dever de solidariedade (*officium pietatis*: dever de piedade), e o testamento podia ser anulado, como se tratasse da obra de um louco, através da *querela inofficiosi testamenti*: contestação do testamento que faltou com seus deveres. A nulidade podia ser evitada se o legatário liberasse ao herdeiro, parente próximo do defunto, o quarto daquilo que herdaria *ab intestat* e que se passou a chamar “quarta legítima” (também chamada, “legítima” ou, a quarta Falcídia, nome decorrente de uma lei Falcídia. A legítima traduzia o dever moral *post mortem* em que pesava sobre um parente em relação aos mais próximos.⁴

⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. XXI. p. 264.

Segundo Moreira Alves, ao tratar da chamada *sucessão necessária*:

de acordo com os textos jurídicos romanos, o testador, ao fazer o testamento, não tinha liberdade absoluta para dispor de seus bens. Ao contrário, estava ele, em face de preceitos do *ius ciuile* e do *ius honorarium* limitado a dois tipos de restrições: a) uma de caráter formal (que os pandectistas alemães denominaram sucessão necessária formal – *formelles Noterbrecht*); consistia na necessidade de o testador mencionar, no testamento, alguns herdeiros legítimos, quer para instituí-los herdeiros testamentários, quer para deserdá-los; e b) outra, de caráter material (que os pandectistas alemães denominaram sucessão necessária material – *materielles Noterbrecht*): consistia na necessidade de o testador instituir, no testamento, herdeiros testamentários a certos herdeiros legítimos, atribuindo-lhes determinada quota de bens (*portio legitima* ou *portio debita* – quota legítima ou quota devida).⁵

Ainda no tocante às fontes romanas, explica Beviláqua que a parte disponível no direito romano:

era dois terços dos bens, se o testador deixasse até quatro filhos e a metade, se deixasse mais de quatro; em favor dos outros descendentes, assim como os ascendentes, a reserva hereditária variava da metade a um terço da sua parte, *ab intestato*, segundo essa parte se elevava ou não a um quarto da herança; quando o herdeiro era pessoa torpe (Cód., 3, 28, 1. 27).⁶

Aderindo às fontes romanas, o sistema jurídico português antigo, consolidado nas Ordenações do Reino, acabou por adotar essa última ideia, de tutela de dois terços do patrimônio do falecido, no caso de deixar herdeiros considerados necessários. Tanto isso é verdade que o testador somente poderia dispor sobre a terça de seus bens, em detrimento de seus filhos, o que é retirado do Livro IV das Ordenações Filipinas, Título LXXXII, com a seguinte expressão: “Quando no testamento o pai não faz menção ao filho, ou o filho do pai, e dispõem somente da terça”.

⁵ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 755.

⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1983. p. 748.

Foi a Lei Feliciano Pena (Decreto nº 1.839, de 1907) que reduziu, no Brasil, a proteção da legítima de dois terços para metade dos bens do falecido, estabelecendo o seu art. 2º que “o testador que tiver descendente ou ascendente sucessível só poderá dispor de metade dos seus bens, constituindo a outra metade a legítima daqueles, observada a ordem legal”. A redução para a metade foi mantida tanto pelo Código Civil de 1916 quanto pelo Código Civil de 2002, sendo regra até agora consolidada do direito sucessório brasileiro.

Relata Clóvis Beviláqua que, na tramitação do projeto do Código Civil de 1916, a regra da plena liberdade de testar – sem qualquer proteção da legítima – chegou a ser aprovada no Senado, tendo sido rejeitada na Câmara dos Deputados, o que ele denominava como “desastrosa inovação”.⁷ O clássico jurista, na sequência, demonstra os principais argumentos de ordem moral e jurídica para essa *plena liberdade*, repelindo-os um a um, o que representa debate sobre a *função social da herança*, e que deve ser travado no âmbito deste projeto de lei. Vejamos os argumentos pelo fim da legítima e os contra-argumentos de Beviláqua, a fim de enriquecer a discussão.

Como primeiro argumento, o direito de testar seria uma simples aplicação do direito de livre disposição atribuído ao proprietário do bem. Em suma, haveria um legítimo exercício da autonomia privada. O doutrinador procura afastar esse argumento com base no fato de não ser o direito à propriedade absoluto, tendo em vista, principalmente, a sua função social. Sobre a constatação de que a Constituição Federal da época assegurava o exercício do direito da propriedade de maneira plena, Beviláqua insiste nas limitações existentes a respeito desse direito subjetivo, inclusive no Texto Superior. Em resumo, sustenta ser esse um “argumento sem valor”.⁸

Como segundo argumento contra a legítima, a herança forçada seria uma injusta restrição à liberdade individual. A suposta injustiça é afastada por Beviláqua pelos fundamentos de proteção da família contra o arbítrio do indivíduo, “contra um impulso, momentâneo talvez, que sacrifica o bem-estar, senão a vida, de entes, que o testador tinha a obrigação de sustentar”.⁹

O terceiro argumento é no sentido de que a liberdade de testar serviria para consolidar a autoridade paterna, porque o pai tem o direito de transmitir o seu patrimônio ao filho mais digno de sua estima. Para Beviláqua, tal argumento é uma ilusão, pois a hipocrisia, a intriga e a ganância afastam a boa-fé dos pais, lançando discórdia entre os irmãos.

⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1983. p. 751.

⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1983. p. 752.

⁹ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1983. p. 753.

Por fim, a liberdade de testar desenvolve a iniciativa individual, porque, quando o sujeito sabe que não pode contar com a herança, procura desempenhar atividades para buscar o devido sustento. De outra forma, haveria um efeito no inconsciente coletivo pela necessidade do trabalho e da labuta diária. Beviláqua aponta ser esse o argumento mais valioso, o que está na linha da nossa opinião, mas que, para ele, deve ser afastado diante de outras considerações de maior peso:

a educação convenientemente dirigida obterá a mesma vantagem de desenvolver a capacidade de direção da vida, sem as funestas consequências da liberdade de testar, entre as quais avultam a inflação do egoísmo, que é retrocesso à animalidade, e a dispersão do grupo familiar, que impede o cultivo de afeições, que somente no circuito familiar se podem desenvolver. E esta falha prejudica, enormemente, o aperfeiçoamento moral do homem.¹⁰

Expostas as argumentações contra e a favor da proteção da legítima, pensamos ser o momento de debater a sua redução, talvez para um montante menor, em 25% do patrimônio do falecido, abrindo uma maior possibilidade jurídica à efetivação do planejamento sucessório. Isso porque a legítima deve assegurar apenas o *mínimo existencial* ou o *patrimônio mínimo* da pessoa humana, na linha da tese desenvolvida pelo Ministro Luiz Edson Fachin, não devendo incentivar o ócio exagerado dos herdeiros. Tal redução, talvez, terá o condão de aumentar o desenvolvimento social e econômico do Brasil, colocando na mente de todos a necessidade de busca pelo trabalho, que tanto engrandece o ser humano nos planos pessoal e social.

De todo modo, apesar dessa nossa proposta – *de lege ferenda* –, a verdade é que a tutela da legítima, hoje em cinquenta por cento do patrimônio do *de cuius*, representa entrave para a efetivação plena do planejamento sucessório. Eventualmente, caso seja celebrada uma doação, ainda em vida, pelo autor da herança, e que ultrapasse o patrimônio reservado aos herdeiros necessários, há de ser reconhecida a sua nulidade parcial, naquilo que exceda a citada proteção, nos termos do art. 549 do Código Civil em vigor, segundo o qual “nula é também a doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento”. Se tal transbordamento patrimonial se der por testamento, tem-se a ineficácia parcial da disposição, com a redução

¹⁰ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1983. p. 754.

da disposição testamentária, nos moldes do art. 1.967 da própria codificação.¹¹ Como se pode perceber, as soluções dadas pelo sistema jurídico são distintas: a doação que excede a proteção da legítima é inválida no excesso; o testamento, meramente ineficaz.

Além desses negócios jurídicos de lesão direta à legítima, também não podem prevalecer os negócios que trazem desrespeito indireto ou implícito à quota reservada, o que demanda uma análise mais apurada do aplicador do direito. Fala-se, assim, em *negócio jurídico indireto*, instrumento pelo qual se pratica a fraude à lei, ou seja, o ato praticado pelas partes para, por meio do resultado típico do negócio, obter uma outra finalidade. Advirta-se que nem todo negócio jurídico indireto é ilícito. A título de ilustração, o negócio fiduciário, pelo qual alguém aliena um bem, não para transferi-lo ao adquirente, mas para conceder a este uma garantia, é hipótese de *negócio jurídico indireto lícito*. Tullio Ascarelli, em obra clássica sobre o instituto, após apontar que o negócio indireto pode ser lícito, reconhece que geralmente é ele utilizado como instrumento de fraude à lei:

A distinção entre o negócio indirecto e o negócio simulado, considerada nas páginas anteriores, não deve, é óbvio, levar à conclusão de que o primeiro é sempre válido. Os fins visados pelas partes podem ser ilícitos; o negócio indirecto será, então, ilícito e, portanto, nulo. A ilicitude não recai, nesta hipótese, sobre a causa típica do negócio adoptado pelas partes, mas sobre o objetivo último por estas visado e ganha, portanto, relevância jurídica nos limites em que podem ser anulados os negócios cujos motivos (comuns a todas as partes) sejam ilícitos. Há, com efeito, normas jurídicas que não se limitam a disciplinar um determinado acto, mas têm em conta o resultado prático visado pelas partes, quaisquer que sejam os meios por elas escolhidos para consegui-lo; por isso, deve-se na aplicação de tais normas, tomar em consideração o fim visado pelas partes, e não somente a causa. Há outras, ao contrário, que só têm em vista determinado procedimento jurídico, sem curar dos fins para que é utilizado no caso concreto. A validade do negócio quanto aos seus fins indirectos deve ser examinada à luz das normas da primeira categoria. [...]. Uma casuística muito rica no campo dos negócios indirectos fraudulentos

¹¹ CC, art. 1.967: “As disposições que excederem a parte disponível reduzir-se-ão aos limites dela, de conformidade com o disposto nos parágrafos seguintes. §1º Em se verificando excederem as disposições testamentárias a porção disponível, serão proporcionalmente reduzidas as quotas do herdeiro ou herdeiros instituídos, até onde baste, e, não bastando, também os legados, na proporção do seu valor. §2º Se o testador, prevenindo o caso, dispuser que se inteirem, de preferência, certos herdeiros e legatários, a redução far-se-á nos outros quinhões ou legados, observando-se a seu respeito a ordem estabelecida no parágrafo antecedente”.

é constituída pelos negócios com que as partes visam frustrar o interdito da estipulação dos juros ou o seu limite, eventualmente, em vigor em determinada legislação. Entre estes negócios, encontramos vendas a prazo seguidas de revendas a dinheiro por um preço inferior e vice-versa; vendas com preço indeterminado e multa determinada, e assim por diante, para não falar das confissões de haver obtido por empréstimo *gratis et amore Dei*, como se lê nos documentos marseheses publicados por Blancard, uma soma efetivamente superior à recebida. Portanto, em cada sistema positivo, os negócios indirectos, quanto à validade, devem ser considerados do ponto de vista duma fraude à lei e será este o elemento decisivo que também deveremos ter presente na investigação do direito moderno.¹²

Imagine-se, a título de exemplo, a hipótese fática do autor de uma herança considerável que constitui uma pessoa jurídica, caso de uma fundação, para, ano a ano e sucessivamente, esvaziar o seu patrimônio, com o intuito de retirar dos seus herdeiros necessários os seus bens e atribuir a outras pessoas, com quem alegadamente mantêm uma relação de profunda confiança. Por vezes, surgirá o argumento de que se trata de um planejamento sucessório lícito, que deve ser valorizado como exercício pleno da autonomia privada. Na situação descrita, é a partir da análise da finalidade buscada pelo agente que se pode verificar a fraude à lei, no caso a fraude à legítima. Nesse sentido, vejamos as precisas lições de Pontes de Miranda:

A violação da lei cogente ainda pode ter importância nulificante quando se trate de *fraude à lei*, que se dá quando, pelo uso de outra categoria jurídica, ou de outro disfarce, se tenta alcançar o mesmo resultado jurídico que seria excluído pela regra jurídica cogente proibitiva. O *agere contra legem* não se confunde com o *agere in fraudem legis*: um infringe a lei, fere-a, viola-a, diretamente; o outro, respeitando-a, usa de maquinação, para que ela não incida; transgredir a lei com a própria lei. A interpretação há de mostrar que só se quis obter o que, pelo caminho proibido, não se obteria. O que importa é o conteúdo do negócio jurídico; não a forma.¹³

Embora o Código Civil de 1916, em seu art. 145, não contemplasse expressamente a fraude à lei como hipótese ensejadora da invalidade do ato, nunca

¹² ASCARELLI, Tullio. *O negócio jurídico indirecto*. Lisboa: Jornal do Fôro, 1965. p. 33-38.

¹³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. t. IV. p. 200.

existiram dúvidas de que sua prática deveria conduzir à nulidade absoluta do negócio jurídico por meio do qual foi ela perpetrada. Assim, o Código Civil de 2002, em seu art. 166, inc. VI, nada mais fez do que explicitar uma regra que já fazia parte da interpretação dos juristas e julgadores da legislação anterior.

A *segunda regra de ouro* a ser considerada para o planejamento sucessório é a vedação dos pactos sucessórios ou *pacta corvina*, retirada do art. 426 do Código Civil em vigor, segundo o qual não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva. A hipótese é de *nulidade absoluta virtual*, situada na segunda parte do art. 166, inc. VII, da própria codificação privada vigente, uma vez que a lei proíbe a prática do ato sem cominar sanção. A norma tem origem romana, diante de suposta imoralidade que havia na fusão dos atos contratuais e testamentários, entre outros argumentos.¹⁴

Talvez aqui esteja o principal óbice jurídico para muitos atos de organização sucessória praticados no nosso meio. Aplicando a norma, da realidade jurisprudencial, tem-se entendido pela nulidade de transações que digam respeito a heranças ainda não recebidas por um dos transatores. A título de exemplo:

Acórdão recorrido que manteve a nulidade de cessão de direitos hereditários em que os cessionários dispuseram de direitos a serem futuramente herdados, expondo motivadamente as razões pelas quais entendeu que o negócio jurídico em questão não dizia respeito a adiantamento de legítima, e sim de vedada transação envolvendo herança de pessoa viva. [...]. Embora se admita a cessão de direitos hereditários, esta pressupõe a condição de herdeiro para que possa ser efetivada. A disposição de herança, seja sob a forma de cessão dos direitos hereditários ou de renúncia, pressupõe a abertura da sucessão, sendo vedada a transação sobre herança de pessoa viva.¹⁵

¹⁴ Como pontua José Fernando Simão, explicando as suas raízes: “A grande razão trazida pela doutrina é de cunho moral e seus efeitos perante a sociedade. É o chamado *votum alicujus mortis*. O contrato que transfere a herança de pessoa viva só produz efeitos após a morte daquele que tem o bem ou bens transferidos. Assim, desperta-se o desejo de morte ou de antecipação de morte, daquele de quem a herança se trata. Um segundo motivo é a possível pressão a que se sujeitaria o herdeiro. Se ele puder, com o autor da herança ainda vivo, dispor da herança, em momento de dificuldade financeira momentânea estaria tentado a cedê-la onerosamente. Há um outro motivo de ordem lógico-jurídica. Não há herança de pessoa viva. Simplesmente, antes da morte de certa pessoa existe o sujeito titular de um patrimônio. Herança pressupõe o fato jurídico morte. Se meu pai está vivo, herança não há. Há patrimônio apenas” (SIMÃO, José Fernando. Repensando a noção de pacto sucessório: “de lege ferenda”. *Carta Forense*, 2 fev. 2017. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/repensando-a-nocao-de-pacto-sucessorio-de-lege-ferenda/17320>. Acesso em: 21 maio 2019).

¹⁵ STJ, 4ª T. Ag. Int. no REsp nº 1.341.825/SC. Rel. Min. Raul Araújo, j. 15.12.2016.

Na mesma linha, concluiu-se como:

nula a partilha de bens realizada em processo de separação amigável que atribui ao cônjuge varão promessa de transferência de direitos sucessórios ou doação sobre imóvel pertencente a terceiros, seja por impossível o objeto, seja por vedado contrato sobre herança de pessoas vivas.¹⁶

Merece ser também citado o remoto aresto superior que entendeu pela nulidade absoluta de cláusula que previa a destinação dos rendimentos produzidos pelos ativos líquidos de uma sociedade após a morte dos fiduciários, pois estava condicionada à sua inclusão no testamento destes.¹⁷

Por esses julgados, não se pode negar que o art. 426 do Código Civil representa outro sério entrave para muitos instrumentos que são buscados por herdeiros ou mesmo por pessoas que querem antecipar a divisão patrimonial de seus bens, evitando conflitos futuros. Por isso, existem propostas para que sejam incluídas exceções a essa regra ou mesmo que o comando seja revogado, *contratualizando-se* definitivamente o direito das sucessões brasileiro.

Propondo uma mitigação, José Fernando Simão, no seu texto aqui antes citado, sugere a inclusão de um parágrafo único no comando, passando a prever que, “por meio de pacto antenupcial, os nubentes podem convencionar que em caso de dissolução do casamento por morte, a partilha se faça por qualquer dos regimes previstos no Código Civil, ainda que distinto daquele convencionado”.¹⁸ Segundo ele, tal regra possibilitaria que os cônjuges tivessem uma dupla faculdade: a) adotar um regime restritivo como forma de se proteger de eventual divórcio e b) garantir uma proteção ao viúvo ou viúva, que, em caso de morte do seu consorte, passaria a ter direito à meação.¹⁹ A proposta é louvável, sendo interessante incluir regra semelhante para a união estável e o contrato de convivência.

Também no sentido de relativizar o comando, Rolf Madaleno sugere que, mesmo no sistema em vigor, não se aplica o art. 426 do CC/2002 à renúncia prévia da herança pelo cônjuge ou companheiro, especialmente por meio de pacto antenupcial ou por contrato de convivência, por dois motivos. Primeiro porque se

¹⁶ STJ, 4ª T. REsp nº 300.143/SP. Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 21.11.2006

¹⁷ STJ, 4ª T. Ag. Rg. no Ag nº 375.914/RJ. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 18.12.2001.

¹⁸ SIMÃO, José Fernando. Repensando a noção de pacto sucessório: “de lege ferenda”. *Carta Forense*, 2 fev. 2017. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/repensando-a-nocao-de-pacto-sucessorio-de-lege-ferenda/17320>. Acesso em: 21 maio 2019.

¹⁹ SIMÃO, José Fernando. Repensando a noção de pacto sucessório: “de lege ferenda”. *Carta Forense*, 2 fev. 2017. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/repensando-a-nocao-de-pacto-sucessorio-de-lege-ferenda/17320>. Acesso em: 21 maio 2019.

trata de renúncia abdicativa e não aquisitiva, como temiam os romanos com a *pacta corvina*. Segundo porque o herdeiro concorrente é herdeiro irregular e credor de um benefício *ex lege*, e não de uma herança universal, a que o cônjuge ou o convivente sobrevividos só têm direito quando vocacionados em terceiro lugar, nos termos do art. 1.829 do Código Civil.²⁰

Com o devido respeito, acreditamos que a renúncia à herança antecipada por cônjuge ou companheiro, especialmente por meio de um contrato, ainda não é possível no atual sistema. Vale lembrar que o art. 1.655 do Código Civil estabelece que será nula de pleno direito a previsão inserida no pacto antenupcial que contravenha *disposição absoluta em lei*, entendida a violação de normas cogentes ou de ordem pública; afirmação que também vale para os contratos de convivência. Não se pode negar, nesse contexto, que, ao vedar os pactos sucessórios, o art. 426 da própria codificação privada encerra norma de ordem pública.

Por isso, concluímos que a renúncia prévia à herança pelo cônjuge ou companheiro somente será possível se houver a efetiva alteração do sistema legal brasileiro, a exemplo do que ocorreu recentemente em Portugal, a respeito do casamento. Naquele país, está em vigor, desde setembro de 2018, a Lei nº 48/2018. Com a nova redação dada ao art. 1.700, item 1, da codificação portuguesa, a “convenção antenupcial pode conter: c) renúncia recíproca à condição de herdeiro legitimário do outro cônjuge”. Sem prejuízo de outras previsões, foi inserido um item 3 no dispositivo, passando a estabelecer que “a estipulação referida na alínea c) do n. 1 apenas é admitida caso o regime de bens, convencional ou imperativo, seja o da separação”. Em suma, somente no regime da separação total de bens, seja legal ou convencional, é possível essa renúncia prévia, o que demonstra uma aplicação bem restrita.

3 Mecanismos tradicionais para a efetivação do planejamento sucessório

No presente tópico abordaremos quatro instrumentos tidos como *tradicionais* para a efetivação do planejamento sucessório, a saber: a) a escolha por um ou outro regime de bens no casamento ou na união estável; b) a realização de atos de disposição em vida, de doações; c) a elaboração de testamentos; e d) a partilha em vida. Anote-se que se utiliza o termo *tradicionais* pelo fato de estarem essas categorias consolidadas na teoria e na prática do direito privado brasileiro, havendo previsão quanto a elas já na codificação anterior, de 1916.

²⁰ MADALENO, Rolf. Renúncia de herança em pacto antenupcial. *Revista de Direito das Famílias e Sucessões*, Belo Horizonte, n. 27, p. 9-57, 2018.

A *escolha por um ou outro regime de bens* ganhou notável importância sucessória no Código Civil de 2002, pelo fato de influenciar na concorrência do cônjuge – e agora também do companheiro, no mesmo preceito –, em relação aos descendentes do falecido. Conforme a dicção literal do seu art. 1.829:

a sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares.

Pela literalidade da norma, não haverá concorrência sucessória do cônjuge ou companheiro com os descendentes nos seguintes regimes de bens: a) comunhão universal de bens; b) separação obrigatória ou legal, imposta pela norma jurídica, nos termos do art. 1.641 da codificação; c) comunhão parcial de bens, não havendo bens particulares. Por exclusão, haverá concorrência sucessória nas hipóteses relativas aos regimes não mencionados no dispositivo, a saber: a) participação final nos aquestos; b) separação convencional de bens, decorrente de pacto antenupcial ou contrato de convivência; e c) comunhão parcial de bens, havendo bens particulares, situação mais comum na prática.

Sabe-se que intensos foram os debates no âmbito da jurisprudência superior a respeito das duas últimas hipóteses, justamente porque se chegou a entender no Superior Tribunal de Justiça que a escolha do regime de bens geraria efeitos não só em vida, mas também após a morte. Essa solução jurisprudencial antes adotada *potencializava* a escolha pelo regime como instrumento de planejamento sucessório e acabava por baralhar os contratos – representados pelos regimes de bens – e as heranças, em afronta indireta ao art. 426 do Código Civil de 2002.

Nesse contexto, cumpre lembrar que a Corte Superior, em um primeiro julgado relatado pela Ministra Nancy Andrighi, entendia que, no regime da separação convencional de bens, não haveria concorrência sucessória, pois:

o regime da separação obrigatória de bens, previsto no art. 1.829, inc. I, do CC/2002, é gênero que congrega duas espécies: (i) separação legal, (ii) separação convencional. Uma decorre da lei e outra da vontade das partes, e ambas obrigam os cônjuges, uma vez estipulado o regime da separação de bens, à sua observância. Não remanesce, para o cônjuge casado mediante separação de bens, direito à

meação, tampouco à concorrência sucessória, respeitando-se o regime de bens estipulado, que obriga as partes na vida e na morte. Nos dois casos, portanto, o cônjuge não é herdeiro necessário.²¹

Esse entendimento, contudo, acabou por ser superado pelo próprio Tribunal da Cidadania, que consolidou posição totalmente contrária em sua Segunda Seção. Nos termos do acórdão de superação e pacificação a respeito do assunto:

quem determina a ordem da vocação hereditária é o legislador, que pode construir um sistema para a separação em vida diverso do da separação por morte. E ele o fez, estabelecendo um sistema para a partilha dos bens por *causa mortis* e outro sistema para a separação em vida decorrente do divórcio. Se a mulher se separa, se divorcia, e o marido morre, ela não herda. Esse é o sistema de partilha em vida. Contudo, se ele vier a morrer durante a união, ela herda porque o Código a elevou à categoria de herdeira. São, como se vê, coisas diferentes. Ademais, se a lei fez algumas ressalvas quanto ao direito de herdar em razão do regime de casamento ser o de comunhão universal ou parcial, ou de separação obrigatória, não fez nenhuma quando o regime escolhido for o de separação de bens não obrigatório, de forma que, nesta hipótese, o cônjuge casado sob tal regime, bem como sob comunhão parcial na qual não haja bens comuns, é exatamente aquele que a lei buscou proteger, pois, em tese, ele ficaria sem quaisquer bens, sem amparo, já que, segundo a regra anterior, além de não herdar (em razão da presença de descendentes) ainda não haveria bens a partilhar. Essa, aliás, é a posição dominante hoje na doutrina nacional, embora não uníssona.²²

Seguiu-se, portanto, a linha adotada pelo legislador codificado, no sentido de que, *se o cônjuge (e agora também o companheiro) meia, ele não herda; se herda, não meia*. A frase foi cunhada pelo Professor e Desembargador do Tribunal Paulista Claudio Luiz Bueno de Godoy, explicando muito bem o sistema sucessório nacional, sendo repetida, com claro intuito didático, por outros professores e doutrinadores. Apesar de parecer plausível, e até baseada em um suposto *bom senso*, a afirmação de que na separação convencional não deve haver concorrência sucessória entra em conflito com as balizas estruturais do sistema sucessório previsto no Código Civil de 2002. Para corrigir este suposto equívoco, apontado muitas vezes na prática, há a necessidade de uma profunda reforma legislativa.

²¹ STJ, 3ª T. REsp nº 992.749/MS. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 1.12.2009.

²² STJ, REsp nº 1.382.170/SP. Rel. p/ acórdão Min. João Otávio de Noronha, j. 22.4.2015.

Pelas mesmas premissas, também houve polêmica e debate no âmbito da jurisprudência superior quanto à concorrência sucessória do cônjuge com os descendentes na comunhão parcial de bens, havendo bens particulares do falecido. Como se retira do *decisum* que levantou a divergência, novamente relatado pela Ministra Nancy Andrighi:

preserva-se o regime da comunhão parcial de bens, de acordo com o postulado da autodeterminação, ao contemplar o cônjuge sobrevivente com o direito à meação, além da concorrência hereditária sobre os bens comuns, mesmo que haja bens particulares, os quais, em qualquer hipótese, são partilhados apenas entre os descendentes.²³

Essa forma de julgar também foi reparada posteriormente no âmbito da Segunda Seção do Tribunal, concluindo-se, na linha do Enunciado nº 270 da *III Jornada de Direito Civil* e da doutrina majoritária:

nos termos do art. 1.829, I, do Código Civil de 2002, o cônjuge sobrevivente, casado no regime de comunhão parcial de bens, concorrerá com os descendentes do cônjuge falecido somente quando este tiver deixado bens particulares. A referida concorrência dar-se-á exclusivamente quanto aos bens particulares constantes do acervo hereditário do “de cujus”.²⁴

Desse modo, nas duas pacificações jurisprudenciais, houve uma diminuição dos efeitos, para o planejamento sucessório, da escolha de um ou outro regime de bens, não podendo esse exercício da autonomia privada, por si só e sem amparo nas preferências do legislador, influenciar totalmente na concorrência do cônjuge – e agora também do companheiro –, em relação aos descendentes.

Como segundo instrumento tradicional de planejamento sucessório, e talvez o mais utilizado em nosso país na atualidade, destaque-se a *doação*, ato de liberalidade por excelência definido pelo art. 538 do Código Civil como “o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra”. Com relação a tal negócio jurídico, muitas são as possibilidades de sua utilização como forma de concretizar a partilha em vida, facilitando a divisão posterior dos bens. Vejamos apenas três delas.

²³ STJ, 3ª T. REsp nº 1.117.563/SP. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 17.12.2009.

²⁴ STJ, 2ª S. REsp nº 1.368.123/SP. Rel. p/ acórdão Min. Raul Araújo, j. 22.4.2015.

A primeira delas, e mais comum, é a doação com reserva de usufruto ou doação com *usufruto deducto*. Esse mecanismo geralmente é utilizado em casos de vasto patrimônio imobiliário em que um dos cônjuges falece. Estabelece-se então a divisão equânime desse patrimônio em lotes de imóveis, realizando um sorteio e atribuindo a nua propriedade aos filhos. O cônjuge sobrevivente fica com o usufruto sobre todo o monte. Sucessivamente, com o seu falecimento, esse usufruto é extinto, não havendo a necessidade de abrir um novo inventário, pois os bens já se encontram divididos entre os seus herdeiros. Não se pode admitir que algum entrave tributário vede essa forma de planejamento sucessório, sendo possível atribuir a fração de 1/3 ao monte representado pelo usufruto e 2/3 sobre a nua propriedade, para fins de incidência de impostos. Com isso, o equilíbrio na partilha é mantido, sem que haja *oficiosidade*, ou seja, afronta à quota dos herdeiros necessários.

Outra forma de doação que pode ser utilizada como forma de planejamento sucessório é a *doação com cláusula de reversão*, prevista no art. 547 do Código Civil. Conforme o seu teor, o doador pode estipular que os bens doados voltem ao seu patrimônio, se sobreviver ao donatário. É possível conciliar essa cláusula com a reserva de usufruto, completando o mecanismo sucessório ora citado, retornando o patrimônio ao cônjuge sobrevivente caso haja a morte de seus filhos, para uma nova partilha. Não se pode esquecer, contudo, que a cláusula de retorno é personalíssima para o doador, não prevalecendo em favor de terceiro (parágrafo único do art. 547). Trata-se de hipótese de nulidade absoluta, por afronta à proibição do art. 426 da própria codificação. Vedada está, assim, a *doação sucessiva*, pois, para gerar efeitos a ela similares, existem o testamento e as formas de substituição testamentária.

Como terceiro instrumento de liberalidade a ser citado, o art. 551 do Código Civil trata da *doação conjuntiva*, que pode ser estabelecida em favor de dois filhos, por exemplo, ou para um filho e o seu cônjuge. Prevê o comando citado que, salvo declaração em contrário, a doação em comum a mais de uma pessoa entende-se distribuída entre elas por igual. Há, assim, a presunção relativa de divisão igualitária entre os donatários (*concurso partes fiunt*), o que pode ser afastado pelo teor do ato de liberalidade. Em complemento, o mesmo diploma enuncia, em seu parágrafo único, que, “se os donatários, em tal caso, forem marido e mulher, subsistirá na totalidade a doação para o cônjuge sobrevivente”. Há, no comando, um *direito de acrescer legal* entre os donatários se eles forem casados, existindo debate sobre se a norma se aplica ou não aos companheiros. *A priori*, a nossa opinião doutrinária é negativa, pelo fato de ser a norma de cunho especial e afeita ao direito contratual. A nossa interpretação sobre o *decisum* do STF aqui antes comentado é que ele repercute apenas para o plano sucessório. A afirmação de

ser o companheiro herdeiro necessário, contudo, não tem o condão de atingir a regra da doação conjuntiva.

Por fim, o testamento também é um importante e tradicional mecanismo de planejamento sucessório. Talvez seja um dos mais eficientes, por fugir do entrave da segunda *regra de ouro*, constante do art. 426 do Código Civil. Além da possibilidade de ter um conteúdo patrimonial, o Código Civil em vigor é expresso ao prever as disposições testamentárias de caráter não patrimonial (art. 1.857, §2º). A título de exemplo das últimas, é possível reconhecer um filho por ato de última vontade, constituir uma fundação com o nome do falecido, nomear administradores e atualizadores de obras ou criações intelectuais, determinar o destino de material genético ou de embriões, fazer recomendações de caráter ético e comportamental aos filhos e netos, tratar do uso de conteúdo digital *post mortem*, entre outras previsões com grandes repercussões práticas na contemporaneidade.

Apesar de um aumento, nos últimos anos, das elaborações de testamento, motivado por um incremento de uma *consciência patrimonial* e pelos problemas sucessórios criados pelo Código de 2002, a verdade é que o brasileiro pouco testa. Como já destacou a primeira autora deste texto:

o brasileiro não gosta, em princípio, de falar a respeito da morte, e sua circunstância é ainda bastante mistificada e resguardada, como se isso servisse para “afastar maus fluidos e más agruras...”. Assim, por exemplo, não se encontra arraigado em nossos costumes o hábito de adquirir, por antecipação, o lugar destinado ao nosso túmulo ou sepultura, bem como não temos, de modo mais amplamente difundido, o hábito de contratar seguro de vida, assim como, ainda não praticamos, em escala significativa, a doação de órgãos para serem utilizados após a morte. Parece que essas atitudes, no dito popular, “atraem o azar”.²⁵

Sem falar que o brasileiro não é muito afeito a planejamentos, movido socialmente pelo popular *jeitinho* e deixando a resolução de seus problemas para a última hora. No caso da morte, cabe ressaltar, a última *hora já passou*.

Entendemos que é preciso superar esses antigos *costumes negativos*, de não planejar o futuro e de deixar para os herdeiros a divisão de bens e as muitas vezes intermináveis disputas sucessórias. Não se pode negar, contudo, a persistência de *paredes burocráticas* em relação aos atos de última vontade, que deveriam ser facilitados, como com a possibilidade de realização de manifestações de vontade pela via digital. Com isso, talvez esse mecanismo tradicional de

²⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das sucessões*. 4. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 263-264.

planejamento seja incrementado nos próximos anos, quebrando-se a afirmação de que o brasileiro não testa.

Como último mecanismo tradicional para a efetivação do planejamento sucessório, tem-se a *partilha em vida*, que, segundo Paulo Lôbo, pode assumir três formas: a testamentária, a doação e a partilha *inter vivos*.²⁶ Sobre a última, aponta o doutrinador tratar-se da *legítima partilha em vida*, sendo certo que:

essa modalidade genuína de partilha em vida, com finalidade de antecipação da partilha da herança, mas sem antecipação das titularidades, não é exclusiva, nada impedindo que ela se dê também mediante doação única aos herdeiros, com identificação de suas partes, com ou sem reserva de usufruto ao autor, no que igualmente se realizaria a função social da norma.²⁷

E, sobre a sua utilização para os fins que ora estamos tratando, arremata:

a partilha em vida tem sido utilizada para o chamado planejamento sucessório, notadamente quando o interessado é titular da participação em atividades empresariais. É também meio lícito para afastar a sucessão concorrente do cônjuge ou do companheiro (Dias, 2008, p. 145), para que os filhos não tenham correspondente desfalque na herança.²⁸

Além desses mecanismos de planejamento sucessório tidos como tradicionais, existem outros tidos como *novos*, que passamos a analisar no próximo tópico.

4 Novos mecanismos para a efetivação do planejamento sucessório

Como mecanismos contemporâneos para a efetivação do planejamento sucessório, serão brevemente analisados a *holding familiar* e o *trust*.

Sobre o primeiro, explica Rodrigo Toscano de Brito que o verbo *to hold* significa segurar, manter, controlar, guardar, sendo a *holding familiar* uma sociedade ou empresa individual de sociedade limitada (Eireli) que detém participação societária

²⁶ LÔBO, Paulo. *Direito civil: sucessões*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 6. p. 315.

²⁷ LÔBO, Paulo. *Direito civil: sucessões*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 6. p. 316-317.

²⁸ LÔBO, Paulo. *Direito civil: sucessões*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 6. p. 317.

em outra pessoa jurídica com a finalidade de controlar “o patrimônio da família para fins de organização patrimonial, diminuição de custo tributário e planejamento sucessório”.²⁹ Ainda segundo o autor, a constituição pode se dar por meio de uma sociedade simples ou empresária, o que é definido pelos próprios membros da família. Entre as suas funções e utilidades, destaca a maior possibilidade de conter os conflitos entre os membros da família, sem afetar a sociedade controlada, que continua produzindo riquezas, mantendo os seus funcionários e pagando os tributos.³⁰

Apesar das palavras de incentivo do jurista, que vê no instituto um importante instrumento de planejamento sucessório, a verdade é que a categoria esbarra na *segunda regra de ouro* aqui antes apontada, qual seja a vedação dos pactos sucessórios ou *pacta corvina*, retirada do art. 426 do Código Civil. Conforme esse preceito, repise-se, não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva. Reitere-se que a situação é de nulidade absoluta virtual, situada na segunda parte do art. 166, inc. VII, da própria codificação privada, uma vez que a lei proíbe a prática do ato sem cominar sanção. O próprio Rodrigo Toscano de Brito acaba por reconhecer esse sério entrave, apesar de não se filiar a ele:

Por um lado, teríamos que admitir que se as pessoas se reúnem em sociedade cujo objeto principal é a detenção e administração de todo patrimônio da família, por exemplo, e ali se planeja a sucessão, não haveria como negar, *a priori*, a afronta à regra da vedação do pacto sucessório, se analisado de modo pontual, apenas à luz do art. 426 do Código Civil. Esse é um viés relevante em relação ao tema aqui tratado, mas se assim admitirmos, todos os atos praticados no Brasil com essas características seriam nulos. E não são poucos. Preferimos pensar diferente. De fato, é possível se organizar em sociedade ou por meio de outras formas de constituição de pessoas jurídicas, dentro dos limites da autonomia privada e desde que não se afronte a legítima, que é segunda regra que não se pode perder de vista. Assim, parece-nos que todos os contratos existentes dentro dos limites das normas sucessórias são válidos e eficazes, inclusive de constituição

²⁹ BRITO, Rodrigo Toscano de. Planejamento sucessório por meio de holdings: limites e suas principais funções. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Família e sucessões: polêmicas, tendências e inovações*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018. p. 672.

³⁰ BRITO, Rodrigo Toscano de. Planejamento sucessório por meio de holdings: limites e suas principais funções. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Família e sucessões: polêmicas, tendências e inovações*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018. p. 672.

de *holdings*, para fins de planejamento sucessório, diante de uma interpretação conforme a harmonização das regras sobre liberdade e as limitações aqui referidas, presentes no Código Civil.³¹

Com o devido respeito, como têm sido estabelecidos no Brasil, tais negócios jurídicos podem ser tidos como nulos de pleno direito. Se são muitos, como consta do texto transcrito, então há uma realidade jurídica e social em que a nulidade absoluta acabou por ser propagada de maneira continuada em nosso país, sob o manto do *planejamento sucessório*. Se há uma sociedade – que tem natureza contratual –, instituída com o objetivo de administrar os bens de alguém ou de uma família e de dividir esses mesmos bens em caso de falecimento, a afronta ao art. 426 do Código Civil parece-nos clara.

Esse argumento independe da existência de fraude ou simulação na constituição da sociedade, o que pode ensejar a invalidade ou ineficácia por outros argumentos, a depender do vício presente no ato. No caso da fraude à lei, da presença do citado *negócio jurídico indireto ilícito*, o fundamento da nulidade está no art. 166, inc. VI, do Código Civil. Quanto à simulação, o art. 167 da própria codificação material estabelece a invalidade, por nulidade textual.³² E não se olvide, conforme o Enunciado nº 152, aprovado na *III Jornada de Direito Civil*, que toda simulação, inclusive a inocente, é invalidante. No campo prático, a própria jurisprudência superior já reconheceu a viabilidade de debater o vício da simulação no caso de instituição de uma *holding*:

COMERCIAL. CIVIL E PROCESSO CIVIL. USUFRUTO. CONSERVAÇÃO DA COISA. DEVER DO USUFRUTUÁRIO. NULIDADE. SIMULAÇÃO. LEGITIMIDADE. TERCEIRO INTERESSADO. REQUISITOS. OPERAÇÃO SOCIETÁRIA. ANULAÇÃO. LEGITIMIDADE. CONDIÇÕES DA AÇÃO. ANÁLISE. TEORIA DA ASSERTÇÃO. APLICABILIDADE. DISPOSITIVOS LEGAIS ANALISADOS. ARTS. 168 DO CC/02. E 3º, 6º E 267, VI, DO CPC. [...] . 2. Recurso Especial que discute a legitimidade do nu-proprietário de quotas sociais de *holding* familiar para pleitear a anulação de ato societário praticado por empresa pertencente ao grupo econômico,

³¹ BRITO, Rodrigo Toscano de. Planejamento sucessório por meio de holdings: limites e suas principais funções. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Família e sucessões: polêmicas, tendências e inovações*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018. p. 671.

³² CC/2002: “Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma. §1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando: I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem; II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira; III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados. §2º Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado”.

sob a alegação de ter sido vítima de simulação tendente ao esvaziamento do seu patrimônio pessoal. 3. O usufruto. Direito real transitório de fruir temporariamente de bem alheio como se proprietário fosse. Pressupõe a obrigação de preservar a substância da coisa, sem qualquer influência modificativa na sua propriedade, cabendo ao usufrutuário a conservação da coisa como *bonus pater familias*, restituindo-a no mesmo estado em que a recebeu. 4. As nulidades decorrentes de simulação podem ser suscitadas por qualquer interessado, assim entendido como aquele que mantenha frente ao responsável pelo ato nulo uma relação jurídica ou uma situação jurídica que venha a sofrer uma lesão ou ameaça de lesão em virtude do ato questionado. 5. Ainda que, como regra, a legitimidade para contestar operações internas da sociedade seja dos sócios, não de ser excepcionadas situações nas quais terceiros estejam sendo diretamente afetados, exatamente como ocorre na espécie, em que a administração da sócia majoritária, uma *holding* familiar, é exercida por usufrutuário, fazendo com que os nu-proprietários das quotas tenham interesse jurídico e econômico em contestar a prática de atos que estejam modificando a substância da coisa dada em usufruto, no caso pela diluição da participação da própria *holding* familiar em empresa por ela controlada. [...].³³

Cite-se, ainda, situação de maior gravidade analisada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em que se reconheceu que a *holding* familiar foi utilizada com intuito de desvio de dinheiro público, caracterizando improbidade administrativa:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Improbidade administrativa. Itapetininga. Hospital Regional. Gestão terceirizada. Oscip. Fraude. *Holding* familiar. Patrimônio. Origem. Desvio de dinheiro público. Fortes indícios. Indisponibilidade de bens. Possibilidade: Cabível a indisponibilidade de bens quando presentes fortes indícios de que o patrimônio da sociedade, constituída como *holding* familiar, proveio do desvio de dinheiro público.³⁴

Demonstrados esses entraves e a possibilidade de configuração de fraudes, no que diz respeito ao *trust*, como aponta Milena Donato Oliva, a categoria é comum nos países do sistema da *common law*, tendo “instrumentos compatíveis com os ordenamentos da família romano-germânica”. A autora demonstra o tratamento

³³ STJ, 3ª T. REsp nº 1.424.617/RJ. Rel. Min. Nancy Andrighi. DJe, 16 jun. 2014.

³⁴ TJSP, 10ª Câmara de Direito Público. Agravo de Instrumento nº 2110897-08.2016.8.26.0000. Rel. Des. Teresa Ramos Marques, j. 4.7.2016.

constante da Convenção de Haia, que reconhece na figura a presença de um patrimônio em separado estruturado da seguinte forma:

Nessa esteira, a Convenção de Haia estabelece que (i) os bens em *trust* constituem patrimônio separado, que não se confunde com o patrimônio pessoal do *trustee*; (ii) a titularidade dos bens em *trust* fica em nome do *trustee*; (iii) o *trustee* tem o poder e o dever, do qual deve prestar contas, de administrar, gerir ou dispor dos bens, de acordo com os termos do *trust* e com os deveres específicos que lhe são impostos por lei; (iv) os credores pessoais do *trustee* não podem executar os bens em *trust*; (v) os bens em *trust* não serão arrecadados na hipótese da insolvência ou falência do *trustee*; e (vi) os bens em *trust* não integram o patrimônio da sociedade conjugal nem o espólio do *trustee*.³⁵

Esclareça-se, na linha das lições colacionadas, que o *trustee* é quem recebe a titularidade das situações jurídicas conferidas em *trust*, sendo proprietário desses direitos e responsável pela sua administração. Existem, ainda, duas figuras envolvidas, sendo a primeira delas o seu instituidor, que é o *settlor*. A segunda é o *cestui que trust*, que é o beneficiário da instituição, sendo o destinatário de todos os benefícios econômicos que derivam do *trust*. Como conclui a jurista por último citada, o *trust* não é equiparável a qualquer instituto jurídico do ordenamento jurídico brasileiro.³⁶

A compreensão da estrutura descrita já demonstra uma série de problemas que podem surgir na realidade jurídica brasileira, notadamente diante da existência de autonomia entre o patrimônio em *trust* e os bens pessoais do *trustee*. Em uma realidade social na qual prosperam mecanismos jurídicos utilizados com intuito de fraude e a busca de *sofisticados* meios de blindagem patrimonial, criados para que os interessados se furtem de dívidas antes constituídas, a instituição do *trust* não pode e não deve resistir perante as alegações de simulação, fraude contra credores, fraude à execução, ou mesmo diante da possibilidade de aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, em qualquer uma de suas modalidades, seja a regular (art. 50 do CC/2002) ou a inversa (art. 133, §2º, do CPC/2015).

³⁵ OLIVA, Milena Donato. Trust. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 367-368.

³⁶ OLIVA, Milena Donato. Trust. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 367-368.

Eventualmente, caso haja lesão aos bens que compõem a quota dos herdeiros necessários, pode-se falar, ainda, em fraude à legítima e em um *negócio jurídico indireto ilícito*, presente a nulidade absoluta da sua instituição por lesão a preceitos de ordem pública, havendo o objetivo de fraude à lei imperativa (art. 166, inc. VI, do CC).

Ademais, parece-nos que muitas vezes a instituição do *trust* como mecanismo de planejamento sucessório tem como objetivo a gestão e a divisão futura de bens de uma pessoa ainda viva, entrando em conflito com o teor do antes citado art. 426 do Código Civil. Haveria, assim, problema similar ao que ocorre com a *holding* familiar e que ora descrevemos.

Como palavras finais sobre o tema, como conclusão definitiva para este artigo, pensamos que é necessário alterar a legislação brasileira, mitigando-se a regra relativa às vedações dos pactos sucessórios prevista na codificação privada no seu art. 426. Esse é o melhor caminho para que o planejamento sucessório seja concretizado na realidade jurídica brasileira, prestigiando-se a autonomia privada e a possibilidade de as famílias buscarem as melhores estratégias para a divisão futura de seus bens. Outro aspecto que merece ser revisto é a proteção da legítima, reduzindo-a a patamar inferior, como desenvolvemos oportunamente.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. Planejamento sucessório: conceito, mecanismos e limitações. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 21, p. 87-109, jul./set. 2019.

Recebido em: 13.06.2019

1º parecer em: 11.07.2019

2º parecer em: 05.08.2019