

**PLANEJAMENTO PATRIMONIAL: AS ALTERNATIVAS PARA
PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO**

*ESTATE PLANNING: THE ALTERNATIVES FOR THE PROTECTION OF
HERITAGE*

Daniela Bufacchi

Doutoranda e Mestre em Direito Civil Comparado pela
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP.
Advogada, São Paulo (Brasil).
E-mail: dbufacchi@yahoo.com.br.
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3649279986040797>.

Submissão: 26.07.2018.

Aprovação: 11.11.2018.

RESUMO

Num contexto de intensas transformações legislativas ocorridas no direito civil brasileiro nas últimas décadas, os titulares de vultoso patrimônio desenvolveram uma crescente preocupação com a preservação da identidade patrimonial por eles construída ao longo de sua vida. Essa preocupação, por sua vez, levou à procura de mecanismos para resguardar esse patrimônio, o que se convencionou chamar de planejamento patrimonial ou planejamento sucessório. Cada indivíduo possui interesses específicos no seu planejamento patrimonial: seja para resguardar seu patrimônio contra a intervenção de seu cônjuge ou companheiro seja contra atos de seus sucessores ou credores, seja para organizar sua sucessão, evitando conflitos entre seus sucessores. E diante de todas estas possíveis vertentes de proteção patrimonial, surgiram inúmeras alternativas para a estruturação do planejamento patrimonial, cada qual com um enfoque específico.

PALAVRAS-CHAVE: planejamento; patrimônio; proteção.

ABSTRACT

In a context of intense legislative changes occurred in the Brazilian Civil Law on the last decades, the owners of large estate have developed an increasing concern with the protection of the patrimonial identity that they managed to build throughout their lives. This concern has led to the search for mechanisms to safeguard this estate, which is conventionally called estate planning. Each individual has specific interests with this estate planning: either to protect the estate against the intervention of his spouse or partner or against acts from his successors or creditors, or even to organize his succession avoiding conflicts between his successors. And before all these possible aspects of state protection, there were developed numerous alternatives for structuring the estate planning, each with a specific approach.

KEYWORDS: planning; estate; protection.

INTRODUÇÃO

O planejamento patrimonial é instituto que sempre existiu no direito pátrio, mas passou a ser mais utilizado após a entrada em vigor do novo Código Civil.

Essa mudança de comportamento dos brasileiros decorreu de algumas alterações substanciais no regime familiar e sucessório do ordenamento civil (DINIZ, 2009, p. 591).

- (i) Em primeiro lugar, cumpre observar que já com a Lei do Divórcio – Lei 6.515/77 (art. 50, n. 7) – houve alteração substancial no direito civil, tendo sido instituído como regime “padrão” de bens, o regime da comunhão parcial, em detrimento do regime da comunhão universal – antes vigente no Código de 1916.
- (ii) Outra alteração que foi fundamental na motivação do planejamento sucessório pelos brasileiros foi a inserção do cônjuge no rol de herdeiros necessários, pelo artigo 1.845 do Código Civil de 2002.
- (iii) Com esta alteração, houve mudança, também, na ordem de vocação hereditária, vindo o cônjuge a ser inserido como concorrente dos descendentes e, na falta destes, dos ascendentes. Sem contar a hipótese que lhe autoriza herdar a totalidade do patrimônio, caso não haja descendentes ou ascendentes.
- (iv) O Código Civil também inovou quanto à regulamentação da sucessão dos companheiros, em seu artigo 1.790 que, apesar das fundadas críticas a ele feitas – que culminou com a declaração de sua inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal¹ –, foi uma regulamentação que se demonstra até mesmo mais favorável ao convivente, em determinadas circunstâncias.

De acordo com este dispositivo, o companheiro participaria na sucessão do *de cuius*, independentemente do regime de bens adotado, com relação aos bens onerosamente adquiridos durante a união estável, em concorrência com descendentes, ascendentes ou outros parentes sucessíveis, uns na falta dos outros.

Entretanto, com a declaração da inconstitucionalidade deste dispositivo, o movimento que tem sido sinalizado é a aplicação do artigo 1.829 do Código Civil (que trata da ordem de vocação hereditária).

¹ Destacam-se, a esse respeito, o Recurso Extraordinário nº 878.694/MG (Tema de Repercussão Geral nº 809), de relatoria do Ministro Luiz Roberto Barroso; e o Recurso Extraordinário nº 646.721/RS (Tema de Repercussão Geral nº 498), de relatoria do Ministro Marco Aurélio.

PLANEJAMENTO PATRIMONIAL: AS ALTERNATIVAS PARA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO

(v) Por fim, outra alteração extremamente relevante para a questão do planejamento sucessório foi a adoção, pelo novo Código Civil, da possibilidade de se alterar o regime de bens do casamento (art. 1639, §2º).

Esta possibilidade de alteração do regime de bens pode ser tanto para aumentar a participação dos consortes no patrimônio um do outro – como seria o caso da conversão do regime da separação total para o de comunhão universal – como para diminuir esta participação, como seria o caso da conversão de um regime de comunhão universal para o de separação total de bens.

Diante de todas estas alterações, surgem cenários que motivam o interesse no resguardo do patrimônio pessoal e familiar além do patrimônio da empresa que, diante destas alterações legislativas, fica vulnerável diante de determinadas situações familiares e sucessórias dos sócios. Mas não apenas a elas.

Hoje, temos que o planejamento patrimonial pode ser elaborado com vistas a: (i) proteger o patrimônio pessoal/familiar; (ii) proteger os filhos ou descendentes e seu patrimônio; (iii) proteger o cônjuge ou companheiro e seu patrimônio; (iv) proteger o patrimônio da empresa contra ataques de credores e contra a intervenção de familiares dos sócios; (v) proteger o patrimônio contra tributação; (vi) preparar os herdeiros para o desenvolvimento de atividade empresária²; (vii) evitar conflitos entre o “autor da herança” e seu próprio cônjuge; (viii) evitar conflitos de interesses entre herdeiros, aqui incluindo-se seus respectivos cônjuges; e (ix) evitar conflitos entre sócios da empresa da qual participe o “autor da herança”.

Para tanto, o escritório Pompeu, Longo, Kignel & Cipullo Advogados aponta quatro aspectos básicos que devem ser considerados para fins de elaboração de um planejamento sucessório, a saber: (i) patrimonial; (ii) familiar/sucessório; (iii) societário e (iv) tributário³.

² A este respeito, elucida o escritório Pompeu, Longo, Kignel & Cipullo que: “Neste ponto é importante diferenciar os verbos ‘planejar’ e ‘transferir’. O objetivo do *Planejamento Sucessório* não é antecipar aos herdeiros a transferência do controle da empresa ou do patrimônio, mas sim permitir a estes que, ao recebê-lo, **estejam garantidas as condições de gestão do negócio em benefício da própria Família**. O momento da transmissão, portanto, pode se dar tanto como o resultado da estruturação sucessória imediata quanto ser deixado para momento futuro”. (POMPEU, 2004, p. 18).

³ Assim pontuam: “1) patrimonial – a identificação do tipo de negócio e de patrimônio é imprescindível para projeção da estrutura pretendida;

2) familiar/sucessório – há de ser ponderado se existem na geração seguinte candidatos a postos de trabalho, se a divisão pretendida entre os herdeiros está de acordo com a lei (quando não há previsão diversa) e se não há interesses conflitantes entre estes que possa colocar em risco o patrimônio familiar.

3) societário – o tipo de sociedade, a composição de sócios, se pessoas físicas ou holdings, o controle societário, as regras de administração, a adequação aos ditames legais na elaboração dos contratos e estatutos sociais; o acordo de acionistas/quotistas como ferramenta imprescindível para a adequação da vontade dos sócios, a composição entre eles, e a possibilidade de formatação do Planejamento Sucessório; e

Analisaremos, a seguir alguns mecanismos de planejamento patrimonial, cuja finalidade é evitar os problemas acima arrolados, tutelando não só o patrimônio familiar, como também o patrimônio da empresa.

1 MODOS DE SE EFETUAR O PLANEJAMENTO PATRIMONIAL

O planejamento patrimonial pode ser realizado tanto por atos *inter vivos* como por atos *causa mortis* – oportunidade na qual será chamado de planejamento sucessório – a depender da pretensão daquele que estrutura o planejamento.

1.1 Mudança do regime de bens no casamento

O Código Civil, em seu artigo 1639, §2º, estabeleceu a possibilidade de os consortes alterarem o regime de bens do casamento, desde que haja pedido de ambos, e desde que a medida seja autorizada pelo juiz, verificada a procedência das razões sustentadas para justificá-la.

A ressalva legal é imprescindível, para fins de tutela de terceiros, que não poderão ser afetados pela alteração do regime de bens, se estabeleceram relação jurídica com quaisquer dos membros do casal, antes da alteração.

Data venia, não se pode admitir que a autonomia da vontade do casal – por mais justificada que seja – se sobreponha aos direitos de terceiros, causando-lhes prejuízos⁴.

4) tributário – diante do alto custo fiscal no Brasil, é imprescindível estar presente a preocupação com relação à forma a ser adotada pelo Planejamento Sucessório e Societário e seus reflexos fiscais”. (POMPEU, 2004, p. 17). O escritório também aponta os eventuais problemas que podem surgir e justificar a estruturação de um planejamento patrimonial, a saber: (i) separação judicial de um ou mais sócios; (ii) falecimento do cônjuge sócio; (iii) reflexos dos herdeiros nos negócios; (iv) comando na segunda geração; (v) divisão patrimonial; (vi) empresa envolvida em litígios familiares e (vii) alienação de empresa envolvida em litígios familiares (POMPEU, 2004, p. 19).

⁴ A este respeito, pertinentes as considerações de Maria Helena Diniz: “[...] o novo Código Civil, no art. 1.639, §2º, veio a admitir a alteração do regime matrimonial adotado, desde que haja, em jurisdição voluntária [...], autorização judicial, atendendo a um pedido motivado de ambos os cônjuges, após a verificação da procedência das razões por ele invocadas e da certeza que tal modificação não causará qualquer gravame a direitos de terceiros [...]. Para tanto, seria conveniente que os interessados juntem certidões negativas do fisco, de protesto e de distribuições de ações. Em relação a terceiros, a alteração do regime produzirá efeitos *ex nunc*. [...] Será mister, ainda, para evitar não só a insegurança nas negociações imobiliárias feitas pelos cônjuges mas também prejuízos a direitos de terceiros e para tornar eficaz *erga omnes* a alteração do regime de bens, que haja sua averbação no Registro Civil e seu assento na circunscrição imobiliária do domicílio conjugal [...] e no Registro Público das Empresas Mercantis, se um dos cônjuges for empresário”. (DINIZ, 2011, p. 180).

Destaca-se, no mesmo sentido, o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul esposado no julgamento dos seguintes recursos: (i) Apelação Cível nº 70050683408, Sétima Câmara Cível, Des. Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 24/10/2012; (ii) Apelação Cível nº 70051124154, Sétima Câmara

PLANEJAMENTO PATRIMONIAL: AS ALTERNATIVAS PARA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO

Deste modo, tomadas todas as providências necessárias e concedida a autorização judicial para a alteração do regime de bens, as novas relações jurídicas estabelecidas pelo casal serão regulamentadas pelo novo regime de bens.

Esta medida, por sua vez, pode ser adaptada para duas situações diversas:

- (i) alteração do regime de bens para *aumentar* a participação dos consortes no patrimônio um do outro, como seria o caso da conversão do regime da separação total para o de comunhão universal;
- (ii) alteração do regime de bens para *diminuir* a participação de um dos consortes no patrimônio do outro, como seria o caso da conversão de um regime de comunhão universal para o de separação total de bens.

A primeira hipótese não se nos demonstra tão adequada, para fins de planejamento patrimonial, ao contrário da segunda que, inclusive, pode ser útil para duas finalidades: (i) proteção do patrimônio do cônjuge não empresário e (ii) proteção do patrimônio da empresa contra a intervenção do cônjuge.

1.1.1 Proteção do patrimônio do cônjuge não empresário

Para esclarecermos esta primeira função do planejamento patrimonial, basta pensarmos no caso um dos cônjuges ser empresário e casado com o outro no regime da comunhão universal de bens. Por este regime, todos os bens, ressalvadas as poucas exceções do artigo 1.668 do Código Civil⁵, se comunicam. Assim, caso a empresa do cônjuge empresário seja acionada em juízo vindo a ser desconsiderada sua personalidade jurídica – para fins de ver atingidos os bens particulares dos sócios –, por serem os bens dos cônjuges comunicáveis, o patrimônio do cônjuge não empresário poderia ser afetado para fins de pagamento das dívidas da empresa do cônjuge empresário.

Cível, Des. Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 21/11/2012; (iii) Apelação Cível nº 70045967445, Sétima Câmara Cível, Des. Rel. Roberto Carvalho Fraga, j. 13/06/2012.

⁵ Art. 1.668. São excluídos da comunhão:

I - os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar;

II - os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva;

III - as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum;

IV - as doações antenuciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade;

V - os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659.

PLANEJAMENTO PATRIMONIAL: AS ALTERNATIVAS PARA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO

Como forma de preservar o patrimônio do cônjuge não empresário, portanto, poderia o casal pleitear a alteração do regime de bens da comunhão para o da separação, evitando-se a comunicação das dívidas empresariais do cônjuge empresário com o patrimônio daquele que não o é.

Todavia, repise-se, os direitos de terceiros não poderão ser comprometidos, motivo pelo qual apenas haverá esta proteção patrimonial quanto às dívidas posteriores à alteração do regime de bens, nunca às anteriores. Neste sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp nº 1119462, de Relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, sustentando que a alteração do regime de bens tem como função tutelar o patrimônio do consorte não empresário, evitando que os negócios da empresa comprometam seu patrimônio.

Essa medida, por sua vez, acaba sendo até mesmo uma forma de proteger o patrimônio familiar, na medida em que o cônjuge empresário poderá passar seu patrimônio para o cônjuge não empresário e, posteriormente alterar o regime de bens, para evitar que tal patrimônio seja eventualmente atingido pelas dívidas empresariais.

Novamente, repisamos, tais providências só terão efeitos *ex nunc* perante terceiros, para fins de evitar fraudes e prejuízos aos seus direitos e interesses.

1.1.2 Proteção do patrimônio da empresa

A alteração do regime de bens pode ser considerada, outrossim, como uma forma de planejamento patrimonial com finalidade de tutela do patrimônio das empresas, cujos sócios sejam casados, ou vivam em união estável.

Para estes casos, a nuance de modificação de bens que se nos demonstra mais congruente é aquela que reduz a participação de um dos consortes no patrimônio do outro. Senão vejamos:

A) Para evitar a participação dos *cônjuges* dos sócios na sociedade: nestes casos, deverá optar pelo regime de separação de bens, a fim de evitar que, em caso de separação do casal, o cônjuge tenha participação no patrimônio da empresa.

Ainda assim, analisando com olhos críticos a situação de alteração do regime de bens, identificamos algumas questões:

(i) a alteração do regime de bens para o da separação dificilmente seria aceita pelo consorte não empresário, tendo em vista que significaria uma redução de sua

participação no patrimônio do cônjuge empresário. Por outro lado, contudo, esta alteração poderia ser aceita por representar a proteção de seu próprio patrimônio, se for abastado;

- (ii) a alteração do regime de bens para o da separação total poderia ser útil se se pensasse em termos de separação/divórcio do casal, apenas. Isso porque, nesta hipótese, nenhum dos cônjuges participaria do patrimônio do outro.

Já no caso da sucessão, diante do recente entendimento jurisprudencial, de que a exceção do artigo 1.829, inciso I, do Código Civil – referente à concorrência entre descendentes e cônjuge – não se aplica ao regime de separação convencional de bens⁶, a alteração do regime de bens não traria quaisquer benefícios, eis que o cônjuge não empresário herdaria a participação societária do *de cuius*.

- B) Para evitar a participação dos *companheiros* dos sócios na sociedade:** às questões patrimoniais da união estável – especificamente quanto ao regime de bens – aplicam-se as mesmas disposições do casamento, conforme permissivo do art. 1.725 do Código Civil⁷.

Quanto às questões sucessórias do companheiro, diante do recente julgamento do Supremo Tribunal Federal, pela inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, e diante do movimento que se tem criado pela aplicação do artigo 1.829 do Código Civil também à união estável⁸, aplicam-se, aqui, as mesmas considerações tecidas no item A.

⁶ Confirmam-se, neste sentido, em caráter exemplificativo: AgRg no AREsp 187515/RS, de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva; AgRg no EREsp 1472945/RJ, de relatoria do Ministro Antonio Carlos Ferreira; REsp 1382170/SP, de relatoria do Ministro João Otávio de Noronha.

⁷ Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

⁸ A este respeito, destaca-se o seguinte excerto do voto do i. Ministro Luís Roberto Barroso, proferido nos autos do Recurso Extraordinário n. 878.694/MG:

“Se é verdade que o CC/2002 criou uma involução inconstitucional em seu art. 1.790 em relação ao companheiro, é igualmente certo que representou razoável progresso no que concerne ao regramento sucessório estabelecido no art. 1.829 para o cônjuge. No citado artigo 1.829, reforça-se a proteção estatal aos parceiros remanescentes do falecido, tanto pela sua elevação à condição de herdeiro necessário, como pelos critérios de repartição da herança mais protetivos em comparação com a legislação até então existente.

Considerando-se, então, que não há espaço legítimo para que o legislador infraconstitucional estabeleça regimes sucessórios distintos entre cônjuges e companheiros, chega-se à conclusão de que a lacuna criada com a declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002 deve ser preenchida com a aplicação do regramento previsto no art. 1.829 do CC/2002, e não daquele estabelecido nas leis revogadas. Logo, tanto a sucessão de cônjuges como a sucessão de companheiros devem seguir, a partir da decisão desta Corte, o regime atualmente traçado no art. 1.829 do CC/2002”.

1.2 Testamento

O testamento, nas palavras de Washington de Barros Monteiro (MONTEIRO, 2006, p. 124):

[...] é negócio jurídico unilateral e gratuito, de natureza solene, essencialmente revogável, pelo qual alguém dispõe dos bens para depois de sua morte, ou determina a própria vontade sobre a situação dos filhos e outros atos de última vontade, que não poderão, porém, influir na legítima dos herdeiros necessários⁹.

Por estas considerações, verifica-se que o testamento poderá ser utilizado de diversas formas e para diversas finalidades no planejamento patrimonial do autor da herança, conforme passamos a explorar.

1.2.1 Prevenção de conflitos entre sucessores

A sucessão testamentária pode referir-se não apenas à totalidade ou a frações ideais da parte disponível – que são previsões genéricas – mas também a bens específicos – como é o caso dos legados¹⁰.

Neste sentido esclarece Silvio Rodrigues: “Legado é a deixa testamentária a título particular, e nesse sentido opõe-se à herança, em que a sucessão se opera a título universal” (RODRIGUES, 2007, p. 197).

Evidente, portanto, que, por ser o testamento o mecanismo adotado para organizar a sucessão patrimonial *post mortem* do autor da herança, é mecanismo recomendado para o planejamento patrimonial de uma pessoa. Principalmente quando haja receio justo de conflito entre os sucessores, quando da morte do autor da herança.

Assim, poderá o testador, em seu ato de última vontade, determinar como será dividido seu patrimônio entre seus sucessores – no que diz respeito à parte disponível, apenas –, evitando-se, assim, discussão sobre a porcentagem que caberia a cada um.

⁹ Neste mesmo sentido, esclarece Maria Helena Diniz, ao afirmar que: “Testamento é ato personalíssimo e revogável pelo qual alguém, de conformidade com a lei, não só dispõe, para depois de sua morte, no todo ou em parte (CC, art. 1.857, *caput*), do seu patrimônio, mas também faz estipulações: a) *extrapatrimoniais* (...); ou b) *patrimoniais*, como: recomendação sobre o cumprimento de obrigações do testador; constituição de renda (CC, art. 803); estabelecimento de condomínio por unidades autônomas (...); instituição de fundação (CC, art. 64); substituição de beneficiário na estipulação em favor de terceiro (CC, art. 438, parágrafo único); imposição de cláusulas restritivas (CC, art. 1.848)”. (DINIZ, 2012, p. 209)

¹⁰ É o que leciona Carlos Roberto Gonçalves: “Legado é coisa *certa e determinada* deixada a alguém, denominado legatário, em testamento ou codicilo. Difere da herança, que é a totalidade ou parte ideal do patrimônio do *de cuius*. Herdeiro nomeado não se confunde, pois, com legatário”. (GONÇALVES, 2010, p. 358).

E essa disposição, conforme ressaltado, poderá ser feita tanto por disposições genéricas – estabelecendo a fração do patrimônio cabível a cada um – ou, ainda, por disposições mais específicas, como é o caso do legado – em que se sabe exatamente qual bem cabe a quem.

A disposição dos bens por legado, por um lado, em que pese seja interessante, até mesmo para atender os anseios de cada sucessor, poderá ensejar discussões concernentes ao valor dos bens deixados a cada um.

Já no caso da sucessão testamentária universal, em que as disposições são genéricas – referentes à totalidade ou a fração ideal da herança – tal questão dificilmente será suscitada pelos sucessores, ainda mais se se considerar que as partes deixadas a cada um dos sucessores são idênticas.

Contudo, ao mesmo tempo em que a disposição genérica possa ser mais adequada – quando estabeleça participações iguais aos herdeiros –, caso o testador pretenda beneficiar um dos herdeiros em detrimento dos demais, poderá preferir o legado, pelo qual poderá deixar bem mais valioso a um dos herdeiros em detrimento dos demais, determinando que aquele bem saiu de sua parte disponível e que não deverá ser discutido o valor dos bens legados.

1.2.2 Preservação da integridade do patrimônio familiar

Além de prevenir discussões entre os sucessores após a morte do autor da herança, o testamento também poderá ser utilizado para preservar a integridade do patrimônio familiar, seja contra atos dos próprios herdeiros – que possam vir a dissipar o patrimônio herdado, por prodigalidade –, seja contra a intervenção dos cônjuges ou companheiros de seus sucessores, seja contra o ataque de credores.

1.2.2.1 Proteção do patrimônio familiar contra atos dos próprios sucessores do autor da herança

Não muito dificilmente, pode um indivíduo se deparar com a situação de prodigalidade de um de seus sucessores ou, ainda, com o desapego de seus sucessores com o patrimônio construído durante anos de trabalho árduo.

Nestes casos, e ante a inevitável fatalidade da morte, poderá o indivíduo pretender tutelar o patrimônio familiar construído durante toda sua vida contra atos dos próprios

PLANEJAMENTO PATRIMONIAL: AS ALTERNATIVAS PARA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO

sucessores, que poderão pretender aliena-lo ou dissipa-lo, desestruturando a identidade patrimonial da família.

A proteção do patrimônio familiar, nestas hipóteses, poderá ser feita de duas formas:

- (i) Pela contemplação mais favorável de um ou mais sucessores que, aos olhos do autor da herança, têm maior habilidade para administrar o patrimônio familiar. Obviamente, nestes casos, deverá ser respeitada a legítima dos demais sucessores, devendo qualquer contemplação mais favorável de algum deles ser feita pela parte disponível.
- (ii) Pela imposição de cláusula de inalienabilidade tanto aos bens da parte disponível como àqueles da legítima, com a ressalva de que, no caso da legítima, a restrição deverá ser justificada, nos termos do artigo 1.848 do Código Civil¹¹.

Aberto o testamento e identificada a cláusula restritiva, passará o patrimônio herdado por aquele sucessor a ter o ônus da inalienabilidade. Todavia, tal ônus poderá ser excepcionado se houver justo motivo para tanto. Neste caso, *v. g.*, se demonstrado pelo herdeiro que é necessária a alienação do imóvel recebido a título de herança ou legado, para manutenção de sua família, poderá o juiz autorizar a venda, com a ressalva de que a cláusula restritiva de disposição atingirá os bens adquiridos com o produto da venda. É esta a inteligência do §2º, artigo 1.848, do Código Civil: “§2º Mediante autorização judicial e havendo justa causa, podem ser alienados os bens gravados, convertendo-se o produto em outros bens, que ficarão sub-rogados nos ônus dos primeiros”.

A discussão que se impõe, e que não pode ser ignorada, tendo em vista seus reflexos diretos na proteção patrimonial do autor da herança, é: as cláusulas restritivas – de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade – têm o condão de ultrapassar a vida do herdeiro, ou elas se extinguem com a morte dos sucessores do autor da herança?

A doutrina diverge a este respeito, apesar de boa parte dela entender que o falecimento do herdeiro, cuja herança foi clausulada, implica na desoneração dos bens, que passarão livres e desimpedidos aos seus sucessores. Neste sentido, exemplificativamente, temos o entendimento de Washington de Barros Monteiro (MONTEIRO, 2006, p. 179):

[...] é vitalícia quando tenha de vigorar durante a existência da pessoa beneficiada; não se tendo estabelecido, no ato de liberalidade, duração ao

¹¹ Art. 1.848. Salvo se houver justa causa, declarada no testamento, não pode o testador estabelecer cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade, e de incomunicabilidade, sobre os bens da legítima.

PLANEJAMENTO PATRIMONIAL: AS ALTERNATIVAS PARA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO

vínculo, interpretar-se-á este como vitalício. Com o óbito do favorecido, extingue-se o ônus e para o seu cancelamento basta simples petição dirigida ao juiz competente [...]. Com a morte do donatário, ou do herdeiro, passam os bens, inteiramente livres e desonerados, aos respectivos sucessores. O Código de 2002, assim como o de 1916 não aceitava, não tolera a inalienabilidade perpétua; vínculo cuja duração se estenda por mais de um grau, além da vida de uma pessoa, se acha formalmente condenado. Só se permite ônus de duração limitada, não podendo ultrapassar espaço de tempo superior ao de uma vida, ou de uma geração; [...]¹².

A jurisprudência, por sua vez, também já divergiu a este respeito, mas o entendimento que se tem consolidado, principalmente no Superior Tribunal de Justiça, é no sentido de que as cláusulas restritivas vitalícias se extinguem com a morte do beneficiário ou herdeiro, não se perpetuando após sua morte¹³.

Este entendimento, em que pese consentâneo com o que Ferreira Alves chamou de economia política – referente à livre circulação dos bens¹⁴ – acaba por tornar inócua a pretensão de tutela do patrimônio familiar do autor da herança que, quando da elaboração de seu testamento, pretendeu evitar a dissipação e perda do patrimônio por ele construído durante toda sua vida.

Ainda a respeito das cláusulas testamentárias restritivas, existe discussão sobre a abrangência, ou não, dos frutos. Quem aborda este tema de forma mais ampla é Silvio Rodrigues (RODRIGUES, 2007, pp. 193-194):

Problema que suscitou alguma controvérsia foi o de saber se a cláusula de inalienabilidade implicava ou não a da impenhorabilidade dos frutos, ou seja, poderiam, ou não, ser penhorados os frutos dos bens inalienáveis. Três posições se caracterizaram, com mais nitidez, a respeito do problema. A primeira entendia serem penhoráveis os frutos, pois a cláusula deveria ser interpretada restritivamente. A segunda, tendo em vista que a finalidade da cláusula era proteger o beneficiário, entendia abranger ela os rendimentos dos bens inalienáveis, porque, caso contrário, penhorados os frutos daqueles bens, ficaria seu titular em absoluto desamparo, ou seja, em situação pior do que ficaria se os bens não fossem inalienáveis. Os frutos deveriam ser considerados

¹² Destaca-se, outrossim, o entendimento de Maria Helena Diniz, que assim leciona: “Permite a lei que o testador imponha a inalienabilidade dos seus bens quando ele tiver razões justas para temer que sejam dilapidados por herdeiros, conduzindo-os à miséria. Entretanto, autores há, como Ferreira Alves, que a condenam por se opor à lei fundamental da economia política, que exige a livre circulação dos bens; outros entendem que ela é um elemento de insegurança nas relações jurídicas. Com o óbito do beneficiado, cessa o ônus (...), passando os bens inteiramente livres aos seus sucessores, cancelando-se a cláusula de inalienabilidade com uma petição dirigida ao juiz competente [...]”. (DINIZ, 2012, p. 275)

¹³ É o que se observa dos seguintes julgados: (i) REsp nº 1712097/RS, Terceira Turma, Min. Rel. Nancy Andrighi, j. 22/03/2018; (ii) REsp nº 1.101.702, Terceira Turma, Min. Rel. Nancy Andrighi, j. 22/09/2009; (iii) REsp nº 246693/SP, Quarta Turma, Min. Rel. Ruy Rosado de Aguiar, j. 04/12/2001.

¹⁴ Ver: (DINIZ, 2012, p. 275).

PLANEJAMENTO PATRIMONIAL: AS ALTERNATIVAS PARA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO

impenhoráveis, sob pena de frustrar-se inteiramente a vontade do testador e do doador.

A terceira corrente sustentava serem impenhoráveis os frutos dos bens inalienáveis quando o testador houvesse expressamente estipulado¹⁵.

A nosso ver, dever-se-ia interpretar restritivamente as cláusulas restritivas impostas em testamento, diante da máxima de que as restrições de direito devem ser interpretadas de forma restritiva, enquanto aquelas ampliativas de direitos podem ser interpretadas de forma extensiva.

Com isso, os frutos e rendimentos somente poderiam ser onerados se assim expressamente estatuísse o testador. E ainda assim, entendemos que o beneficiário dos bens poderia solicitar ao juiz o afastamento da cláusula sobre os frutos e rendimentos dos bens, para que pudessem deles usufruir e prover sua subsistência. Afinal, a preservação do patrimônio familiar não pode, em momento algum, significar privações à manutenção dos herdeiros.

(iii) Pela instituição de usufruto vitalício dos bens em favor do cônjuge/companheiro do autor da herança, outorgando apenas a nua propriedade dos bens aos descendentes:

Por esta previsão testamentária, o cônjuge ou companheiro do autor da herança terá o usufruto dos bens da herança, ou seja, terá a posse direta e o poder de administrar os bens, retirando-lhes os frutos e demais rendimentos, evitando-se, com isso, que os descendentes tenham acesso direto àqueles bens.

Todavia, é de se considerar que o usufruto, ainda que vitalício, não impediria a venda dos bens testados pelos nus-proprietários (herdeiros), considerando que os nus-proprietários, em que pese despidos da totalidade da propriedade, ainda detém o poder de disposição do bem. Assim, a instituição pura e simples do usufruto não impediria a disposição dos bens pelos nus-proprietários, mas apenas a sua fruição¹⁶.

¹⁵ Maria Helena Diniz (DINIZ, 2012, p. 276) entende que a imposição de cláusula de inalienabilidade aos frutos e rendimentos dos bens gravados implicaria na restrição absoluta de seus direitos sobre os bens, não podendo, portanto, ser admitida esta extensão. Já Washington de Barros Monteiro (MONTEIRO, 2006, p. 180), por sua vez, entende ser admitida a imposição de cláusula de inalienabilidade aos frutos e rendimentos dos bens, mas esta deverá ser expressa:

¹⁶ Neste sentido, esclarece Maria Helena Diniz: “Disso se infere que o usufruto não é restrição ao direito de propriedade, mas sim à posse direta que é deferida a outrem que desfruta do bem alheio na totalidade de suas relações, retirando-lhe os frutos e utilidades que ele produz. Perde o proprietário do bem o *jus utendi* e o *fruenti*, que são poderes inerentes ao domínio, porém não perde a substância, o conteúdo de seu direito de propriedade que lhe fica na nua propriedade. No usufruto têm-se dois sujeitos: o *usufrutuário*, que detém os poderes de usar e gozar da coisa, explorando-a economicamente, e o *nu-proprietário*, que faz jus à substância da coisa, tendo apenas a nua-propriedade, despojada de poderes elementares. Conserva, porém, o conteúdo do domínio, o *jus*

PLANEJAMENTO PATRIMONIAL: AS ALTERNATIVAS PARA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO

Assim, para conferir proteção integral aos bens deixados pelo autor da herança, seria necessária não apenas a instituição do usufruto, mas também a instituição de cláusula de inalienabilidade dos bens, para evitar que os nus-proprietários deles disponham.

1.2.2.2 Proteção do patrimônio familiar contra a intervenção dos cônjuges/companheiros dos sucessores do autor da herança

Outra grande preocupação das famílias atuais, que já vem de épocas anteriores, diz respeito à comunicação dos bens deixados a seus sucessores, principalmente seus descendentes, com os cônjuges ou companheiros destes.

Na tentativa, portanto, de evitar que os cônjuges ou companheiros de seus descendentes tenham acesso ao patrimônio a eles deixado, os pais poderão estabelecer, em testamento, cláusula de incomunicabilidade dos bens integrantes da herança.

A única questão que se impõe, por ora, diz respeito à perpetuidade, ou não, da cláusula restritiva em comento. Conforme já analisado anteriormente, ainda há divergências a este respeito, não havendo jurisprudência pacífica, apesar de haver entendimento corrente do Superior Tribunal de Justiça pela impossibilidade de a cláusula restritiva se sobrepor à morte do herdeiro. Esta determinação, portanto, dependerá do entendimento de cada Tribunal.

A nosso ver, a cláusula de incomunicabilidade dos bens com os cônjuges/companheiros dos herdeiros do autor da herança – diferentemente do que ocorre com as cláusulas de inalienabilidade e impenhorabilidade – não retira os bens onerados do comércio, mas apenas evita que estes se comuniquem com o patrimônio de pessoa alheia ao círculo familiar mais próximo do autor da herança.

Assim, mesmo após a morte do herdeiro, este bem poderia restar incomunicável, à luz do que decidiu a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no REsp nº 246693¹⁷.

disponiendi, que lhe confere a disponibilidade do bem nas formas permitidas por lei (...)" (DINIZ, 2009, pp. 431-432).

¹⁷ CIVIL. ACÓRDÃO ESTADUAL. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. INVENTÁRIO. TESTAMENTO. QUINHÃO DE FILHA GRAVADO COM CLÁUSULA RESTRITIVA DE INCOMUNICABILIDADE. HABILITAÇÃO DE SOBRINHOS E NETOS. DISCUSSÃO SOBRE A SUA EXTINÇÃO EM FACE DA CLÁUSULA, PELO ÓBITO, ANTERIOR, DA HERDEIRA, A BENEFICIAR O CÔNJUGE SUPÉRSTITE. PREVALÊNCIA DA DISPOSIÇÃO TESTAMENTÁRIA. CC, ARTS. 1676 E 1666.

I. A interpretação da cláusula testamentária deve, o quanto possível, harmonizar-se com a real vontade do testador, em consonância com o art. 1666 do Código Civil anterior.

II. Estabelecida, pelo testador, cláusula restritiva sobre o quinhão da herdeira, de incomunicabilidade, inalienabilidade e impenhorabilidade, o falecimento dela não afasta a eficácia da disposição testamentária, de sorte que procede o pedido de habilitação, no inventário em questão, dos sobrinhos da de cujus.

III. Recurso especial conhecido e provido.

(STJ – REsp nº 246693/SP, Quarta Turma, Min. Rel. Ruy Rosado de Aguiar, j. 04/12/2001).

PLANEJAMENTO PATRIMONIAL: AS ALTERNATIVAS PARA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO

Isso porque a vontade do testador era perpetuar o patrimônio na sua própria linha sucessória, transmitindo-o, portanto, apenas a seus descendentes.

A única hipótese em que se nos demonstraria razoável a transmissão do patrimônio do herdeiro ao seu cônjuge ou companheiro seria o caso daquele falecer sem deixar qualquer herdeiro, mas apenas seu cônjuge ou companheiro.

1.2.2.3 Proteção do patrimônio familiar contra credores

Outra alternativa concedida ao testador é a instituição de cláusula de impenhorabilidade e inalienabilidade, para fins de preservação do patrimônio contra o ataque de credores.

No caso da inalienabilidade, ela acaba sendo uma das causas de impenhorabilidade, conforme determina o CPC, artigo 833, I: “Art. 833. São impenhoráveis: I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução”.

Obviamente, existem situações em que a cláusula de impenhorabilidade poderá ser afastada.

Com efeito, se verificado pelo juiz que o autor clausulou todos os seus bens, de modo a evitar o ataque de credores, poderá o juiz determinar a desconstituição da cláusula de impenhorabilidade para fins de satisfação dos créditos pendentes. Exemplificativamente, destaca-se o julgamento do Recurso de Apelação Cível nº 70053835104, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul¹⁸.

Se não houver, porém, justificativa suficiente para desconstituir a cláusula restritiva, o credor sofrerá prejuízos na sua esfera patrimonial, pois não poderá penhorar determinados bens do devedor. Este cenário acaba gerando uma situação de insegurança jurídica, devidamente enaltecida por Silvio Rodrigues (RODRIGUES, 2007, p. 191):

A cláusula de inalienabilidade introduz, dentro do campo das relações jurídicas, um elemento de insegurança, pois a existência de um bem impenhorável, no patrimônio do devedor, representa prejuízo para o credor, não raro burlado em sua boa-fé.

¹⁸ APELAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. PENHORA DE IMÓVEL SOBRE O QUAL RECAI USUFRUTO. POSSIBILIDADE. PENHORA DA NUA-PROPRIEDADE. RESPEITO AO DIREITO DO USUFRUTUÁRIO. A cláusula de inalienabilidade e impenhorabilidade não poderá prevalecer em prejuízo do credor, no caso concreto. Impenhorabilidade não caracterizada. Os direitos dos usufrutuários foram respeitados. APELO DESPROVIDO. UNÂNIME. (TJRS – Apelação Cível, Vigésima Câmara Cível, Des. Rel. Rubem Duarte, j. 08/05/2013).

PLANEJAMENTO PATRIMONIAL: AS ALTERNATIVAS PARA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO

Por isso é que a apreciação do Poder Judiciário deverá ser cautelosa, seja para fins de manter a restrição, seja para aboli-la, permitindo a penhora do bem pelo credor.

A ressalva a esta regra é prevista no artigo 184 do Código Tributário Nacional¹⁹.

É dizer: os créditos tributários referentes ao bem onerado com a cláusula de impenhorabilidade prevalecerão sobre esta, podendo o Fisco promover a penhora do bem, para fins de pagamento dos tributos devidos. Evidente, portanto, que o Fisco tem uma tutela maior de seus direitos creditórios.

1.3 Doação

A doação é ato de liberalidade *inter vivos* pelo qual uma pessoa transmite a outrem bens ou vantagens de seu patrimônio.

Pela doação, poderá o doador, a título de planejamento patrimonial, (i) contemplar herdeiro além da sua legítima; (ii) instituir cláusula de incomunicabilidade, impenhorabilidade e inalienabilidade dos bens doados; (iii) instituir cláusula de reserva de usufruto dos bens doados em seu favor ou de seu cônjuge/companheiro, para evitar que os descendentes dissipem o patrimônio; (iv) instituir cláusula de reversão.

A contemplação de herdeiro com bens da parte disponível é uma forma de favorecê-lo em detrimento dos demais. O autor da herança poderá fazer isso em favor de um sucessor que tenha dificuldades de se manter por conta própria – devido a doença ou deficiência física ou mental que lhe impeça a regular prática dos atos da vida civil²⁰ – ou, até mesmo, em favor do sucessor que entenda ter melhores condições de gerir seu patrimônio.

As cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade servem, em linhas gerais, para proteger o patrimônio transferido de atos de disposição do próprio herdeiro (ex: caso de prodigalidade); de atos de intervenção e participação de cônjuge ou companheiro

¹⁹ “Art. 184. Sem prejuízo dos privilégios especiais sobre determinados bens, que sejam previstos em lei, responde pelo pagamento do crédito tributário a totalidade dos bens e das rendas, de qualquer origem ou natureza, do sujeito passivo, seu espólio ou sua massa falida, inclusive os gravados por ônus real ou cláusula de inalienabilidade ou impenhorabilidade, seja qual for a data da constituição do ônus ou da cláusula, excetuados unicamente os bens e rendas que a lei declare absolutamente impenhoráveis”.

²⁰ O Estatuto da Pessoa com Deficiência alterou a Teoria das Incapacidades do direito civil brasileiro, com o intuito de promover a inclusão social das pessoas portadoras de alguma deficiência física ou mental, dando-lhe maior liberdade para a prática dos atos da vida civil. Tanto assim é que os artigos 3º e 4º, do Código Civil, que tratam das pessoas absoluta e relativamente incapazes, respectivamente, foram devidamente alterados pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, excluindo de seus róis as pessoas portadoras de deficiência. Pela nova legislação, à luz da interpretação que tem sido conferida pela doutrina, as pessoas portadoras de deficiência só poderão sofrer limitações na sua capacidade de exercício quando, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade (art. 4º, III, CC – alteração inserida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência).

do donatário (herdeiro necessário) e, ainda, de atos de credores. Para estes casos, aplicam-se todas as considerações e exceções feitas no capítulo referente ao testamento.

Dentre elas, destaca-se a aplicação do artigo 1.911, parágrafo único, do Código Civil, que trata da possibilidade de sub-rogação das cláusulas restritivas no produto da venda dos bens anteriormente onerados:

Parágrafo único. No caso de desapropriação de bens clausulados, ou de sua alienação, por conveniência econômica do donatário ou do herdeiro, mediante autorização judicial, o produto da venda converter-se-á em outros bens, sobre os quais incidirão as restrições apostas aos primeiros.

Ademais, é de se verificar que o titular do patrimônio poderá doar bens – todos eles, a propósito – com cláusula de reserva de usufruto vitalício a seu favor, sem prejuízo das cláusulas acima citadas, pela qual permanecerá como usufrutuário dos bens doados e, conseqüentemente, preservando a gestão dos bens doados até sua morte, após o que será transferida a posse dos bens aos nus-proprietários. Aqui, não só se assegura a subsistência do doador – no caso de doar a totalidade de seus bens, caso não haja mais de um herdeiro – mas também seu poder de gestão sobre seus bens enquanto viver.

Existem, todavia, duas considerações a fazer:

- (i) Se o titular do patrimônio doa bens a seus descendentes, com reserva de usufruto, vindo o doador a falecer, seu cônjuge ou companheiro terá direito à colação de referidos bens, concorrendo com os descendentes.
- (ii) Se o titular do patrimônio doa bens a seus descendentes com reserva de usufruto, ele pode acabar ampliando o seu patrimônio, pela exploração daquele bem – produção de frutos e rendimentos – patrimônio este que poderá ter que ser colacionado, implicando na sua divisão com cônjuge/companheiro do doador falecido ou, ainda, com filho extramatrimonial (dada a igualdade constitucional entre os filhos).

Em determinados casos, será melhor doar os bens sem a reserva de usufruto, pois com isso, o próprio descendente explorará os bens doados, vindo os frutos a integrar seu próprio patrimônio que, por sua vez, não deverá ser colacionado. Assim, o volume de bens a ser colacionado após a morte do doador será menor, não havendo tantos prejuízos ao descendente, tampouco a dissipação do patrimônio do doador.

Por fim, um outro mecanismo de preservação patrimonial, dentro da doação, é a cláusula de reversão.

A cláusula de reversão nada mais estatui, senão que, em caso de pré-morte do donatário em face do doador, os bens doados retornam ao patrimônio do doador, evitando-se que os herdeiros do donatário a eles tenham acesso (POMPEU, 2004, p. 52).

Essa é uma medida muito eficaz para a proteção do patrimônio não apenas pessoal, mas também da empresa do doador, da qual faça parte o donatário. Assim, imaginemos que o doador doe quotas societárias a seu filho com cláusula de reversão. Um ano após a doação, o donatário vem a falecer, deixando filhos menores e esposa. A cláusula de reversão, neste caso, será imprescindível para se evitar as cotas societárias fiquem sob a administração da esposa do donatário – por conta da menoridade dos filhos por ele deixados.

Retornando os bens ao doador sobrevivente, poderá este, futuramente, doar suas cotas societárias aos seus netos (filhos do donatário pré-morto), mas sob condições e regras apropriadas.

As doações, contudo, estão sujeitas à tributação pelo ITCMD, da qual não poderá se eximir o doador, sendo, portanto, um ônus com o qual arcar, para fins de estruturação patrimonial pela doação.

1.4 Usufruto

O usufruto, como vimos, pode ser inserido tanto em testamento, como em doação, não sendo ato isolado, portanto.

Apenas para termos um contexto, o usufruto é “o direito real (...) conferido a alguém de retirar, temporariamente, de coisa alheia os frutos e utilidades que ela produz, sem alterar-lhe a substância”²¹.

O direito de usufruto comporta duas modalidades:

- (i) Usufruto-alienação: pelo qual o proprietário concede a outrem o usufruto de bem de sua propriedade, reservando a si a nua-propriedade deste bem. Poderá estipular usufruto temporário ou vitalício, após o que a propriedade se reintegrará totalmente ao seu patrimônio.

²¹ DINIZ, Maria Helena. Curso..., op. cit., p. 431.

- (ii) Usufruto-retenção: pelo qual o proprietário cede a nua-propriedade a outrem e reserva, a si, o usufruto do bem até a sua morte. Com esta medida, ele manterá o poder de gestão sobre o bem até o fim de sua vida. Para evitar que o nu-proprietário disponha do bem – já que a nua propriedade lhe outorga os direitos de disposição sobre o bem – dissipando o patrimônio em prol de terceira pessoa que não seja herdeira do usufrutuário, poderá este instituir, ao ceder a nua propriedade, cláusula de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade.

1.5 Estruturação empresarial

Além dos mecanismos próprios de direito civil – como é o caso do testamento e da doação, *e.g.* – existem mecanismos de direito societário que permitem aos titulares de grande patrimônio o planejamento de sua distribuição.

Esta perspectiva empresarial, por sua vez, acaba sendo imprescindível para evitar os conflitos familiares sobre o patrimônio existente.

Com efeito, o direito empresarial trata de regras extremamente objetivas e técnicas da atividade empresária, o que viabiliza a transformação dos conflitos familiares em conflitos societários que, pela lei, podem ser resolvidos de forma mais simples e prática do que as relações pautadas essencialmente em afeto²².

1.5.1 Estruturar a empresa de modo a permitir a participação de todos os herdeiros nos seus lucros

Esclarece Maria Helena Diniz que o sócio empresário pode pretender organizar a participação de seus herdeiros na atividade empresarial por ele iniciada, concedendo-lhes a oportunidade de utilizar seus conhecimentos de administração para fins de condução da atividade familiar (DINIZ, 2009, p. 591).

Pode ocorrer, todavia, de o sócio da empresa ter herdeiros que não tenham habilidades administrativas como os demais. Para evitar que estes herdeiros tenham acesso à gestão da sociedade e, conseqüentemente, que comprometam a continuidade da empresa familiar, pode

²² Neste sentido, colham-se as lições de Gladston Mamede e Eduarda Cotta Mamede: “O regime jurídico empresarial e, mais especificamente, o regime jurídico societário foram desenvolvidos, ao longo dos séculos, para atender aos desafios da convivência entre os indivíduos, evitando que as inevitáveis desavenças eventuais possam pôr em risco a organização produtiva. É testemunho dessa evolução o *princípio da preservação da empresa* (ou *princípio da preservação das atividades negociais*) (...)”. (MAMEDE, G.; MAMEDE, E. C., 2013, p. 63).

o empresário incluí-los na participação da sociedade como sócios investidores, mas sem poder de gestão²³. Haverá, portanto, dois grupos de herdeiros: os administradores e os investidores, sendo que ambos receberão os proveitos decorrentes da atividade empresária (POMPEU, 2004, p. 87).

Este é um mecanismo de se perpetuar a empresa familiar sem, todavia, criar conflitos patrimoniais entre os herdeiros.

1.5.2 Atribuir a gestão da empresa familiar a uma administradora, para fins de se evitar conflitos entre os herdeiros

O empresário, para evitar conflitos pessoais e patrimoniais entre os herdeiros, que poderiam levar à destruição da empresa familiar, poderá nomear como gestora da sociedade familiar, uma administradora. Assim, todos os herdeiros auferirão renda da sociedade, mas não terão a gestão desta, exatamente para evitar que os conflitos existentes entre eles possam comprometer o regular desenvolvimento da empresa familiar²⁴.

Ademais, à luz do que esclarecem Gladston Mamede e Eduarda Cotta Mamede, “a administração familiar tem uma outra grande desvantagem em relação à administração profissional: é muito mais difícil dispensar o administrador familiar (...) do que o administrador profissional” (MAMEDE, G.; MAMEDE, E. C., 2013, p. 71)²⁵.

Por estas considerações, verifica-se que a preservação da unidade e do patrimônio familiares poderá depender de uma administração profissional externa ao núcleo familiar, por haver maior liberdade dos empresários para se desvincular daquele administrador, sem afetar os laços familiares existentes no bojo da empresa.

²³ Assim esclarecem Gladston Mamede e Eduarda Cotta Mamede: “Um dos graves desafios das empresas familiares está na capacidade que os membros das novas gerações revelam, ou não, para a atividade negocial ou atividades negociais desenvolvidas pela empresa ou empresas controladas. Com a constituição de uma *holding* familiar, nomeadamente uma sociedade de participações (*holding* pura), todos os herdeiros, junto com seus pais, são colocados na mesma condição; são todos sócios. Como a *holding* pura não tem atividade operacional, a administração pode ser atribuída a todos os sócios ou, se atribuída a algum em especial, pode-se prever um *pro labore* figurativo, estipulado em valor mínimo. Assim, como a receita da sociedade de participação é composta exclusivamente pela distribuição de lucros e juros sobre o capital próprio, pagos pelas sociedades nas quais tem participação, independentemente da função desempenhada pelos sócios, estejam ou não trabalhando nas empresas, *nessa ou naquela* função, a participação nos resultados se fará de acordo com a participação no capital social da *holding*”. (MAMEDE, G.; MAMEDE, E. C., 2013, p. 67).

²⁴ Ver: (MAMEDE, G.; MAMEDE, E. C., 2013, pp. 69-70).

²⁵ E continuam: “A dispensa do administrador familiar é dolorosa, recheada de ressentimentos e deixa feridas na família, por vezes insuperáveis. (...). Qualquer que seja a solução a que se chega, habitualmente a família – e seu patrimônio – sofrem impactos diretos”. (MAMEDE, G.; MAMEDE, E. C., 2013, p. 71).

1.5.3 Criação de sociedade com transferência de patrimônio para a pessoa jurídica

Outro cenário possível é o de uma pessoa ser titular de vultoso patrimônio familiar e, ao mesmo tempo, ter um grande número de herdeiros casados ou vivendo em regime de união estável.

Para evitar conflitos entre herdeiros, poderá o titular dos bens criar uma empresa, destinando bens móveis e/ou imóveis à constituição de seu capital social, estruturando a divisão das cotas entre seus herdeiros – que figurarão como sócios/acionistas – da forma como pretender que sejam transmitidos seus bens aos seus sucessores. É o que se dá na criação de holding familiar.

Assim, poderá o titular do patrimônio afetar seus bens pessoais a uma empresa para que, com sua morte, não haja muitos bens a inventariar. Neste caso, todavia, o empresário deverá ter cuidado, pois essa afetação dos bens à empresa poderá ser vista como prejudicial aos direitos do cônjuge ou companheiro não empresário – caso não seja contemplado nesta estruturação societária – e, com isso, poderá ser determinada a meação, de modo a reaver os bens a que o consorte/companheiro não empresário teria direito.

Essa medida também poderá ser adotada para evitar que o patrimônio amealhado pelo titular venha a ser transmitido aos seus herdeiros e, futuramente, aos cônjuges/companheiros de seus herdeiros, em caso de morte de qualquer deles.

Para este cenário, como um todo, a melhor opção seria a constituição de uma empresa de caráter pessoal, como é o caso da sociedade limitada, que tem como foco a pessoa do sócio, e não o patrimônio. Com isso, os herdeiros integrantes daquela *holding* poderão evitar que terceiros – inclusive seus próprios cônjuges/companheiros – ingressem na empresa, intervindo na condução de suas atividades e no seu patrimônio.

Outro benefício desta estruturação societária é que o aporte patrimonial da pessoa física para a pessoa jurídica resguarda o titular do patrimônio contra a incidência tributária, no caso, do ITBI – Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis – por disposição expressa da própria Constituição Federal (art. 156, §2º, I)²⁶.

Existem, contudo, duas desvantagens nesta forma de planejamento patrimonial.

²⁶ “§ 2º - O imposto previsto no inciso II [ITBI]:

I - não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil (...).”

A primeira delas é que tal medida não protege o patrimônio de eventuais ataques de credores sobre as cotas patrimoniais detidas pelo empresário. Ainda mais se se verificar a ocorrência de fraude contra credores, por débitos pessoais do empresário.

A segunda, por sua vez, é que a estruturação societária não afasta a tributação – cobrança de ITCMD – sobre as operações de transmissão das cotas sociais da *holding* – por ato *inter vivos* ou *causa mortis* – do dono para seus herdeiros²⁷.

Não obstante o infortúnio desta tributação, a estruturação patrimonial pelo próprio dono da *holding* preserva a saúde da empresa familiar e, conseqüentemente, do patrimônio nela inserido, tendo em vista que os herdeiros não sucederão no patrimônio da empresa, mas em suas cotas sociais, apenas.

1.5.4 Holding familiar

A *holding* é uma modalidade empresária destinada à participação em outras sociedades, e que permite a concentração da capacidade de investimento de uma ou mais pessoas físicas ou jurídicas, funcionando basicamente como um instrumento de controle societário²⁸.

A *holding* pode deter em seu patrimônio, além das participações em outras sociedades, bens (móveis/imóveis) e investimentos, como é o caso da *holding* imobiliária.

Existem, portanto, dois tipos de *holding*, que passamos a analisar abaixo.

1.5.4.1 Holding de participações

A *holding* de participações – *holding* pura²⁹ – é a empresa destinada a participar de outras empresas, mediante a detenção de um determinado número de cotas sociais destas sociedades, permitindo seu controle.

A remuneração dos integrantes da *holding* de participações, por sua vez, se dá pelos lucros e juros das cotas sociais das empresas das quais a *holding* participa.

²⁷ Neste sentido, confira-se: TJPR – AI nº 9059298, 2ª Câmara Cível, Des. Rel. Lauro Laertes de Oliveira, j. 14/08/2012.

Cita-se, outrossim, a ponderação de José Eduardo Soares de Melo, ao tratar do fato gerador do ITCMD: “Também se sujeita ao imposto a transmissão de: Qualquer título ou direito representativo do patrimônio ou capital de sociedade e companhia, tais como ação, quota, quinhão, participação civil ou comercial, nacional ou estrangeira, bem como direitos societários, debênture, dividendo e crédito de qualquer natureza; (...)”.(MELO, 2010, p. 505).

²⁸ POMPEU, LONGO, KIGNEL & CIPULLO ADVOGADOS. Planejamento..., op. cit., p. 76.

²⁹ Ver: (POMPEU, 2004, p. 76).

PLANEJAMENTO PATRIMONIAL: AS ALTERNATIVAS PARA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO

Para o tema do planejamento patrimonial, a *holding* é essencial para preservar a manutenção da empresa operacional da qual participa. Com efeito, a *holding* consegue manter sua participação majoritária nas empresas operacionais, ainda que os sócios da *holding* venham a ceder sua participação nesta empresa a terceiros (herdeiros). Ou seja, a alteração do quadro societário da *holding* não implica na alteração de sua participação na empresa operacional, que estará devidamente resguardada³⁰.

Assim, quaisquer discussões ficarão restritas ao âmbito da *holding*, não afetando a empresa operacional.

Isso porque para a empresa operacional, pouco importa a constituição societária da *holding*, mas sim a porcentagem da participação que ela detém na empresa operacional.

Com isso, se o dono da *holding* quiser doar suas cotas aos seus herdeiros, alterando o quadro societário da empresa familiar, essa situação não afetará o patrimônio social, tampouco o quadro social da empresa operacional, pois a *holding* continuará detendo a mesma porcentagem de participação naquela sociedade.

Desse modo, o dono da *holding* poderá organizar sua sucessão da forma que melhor lhe convier, no âmbito societário da empresa familiar, sem necessidade de aprovação dos demais sócios da empresa operacional para a entrada dos seus herdeiros e cônjuge/companheiro na sociedade de participação.

1.5.4.2 Holding imobiliária

Esta modalidade de *holding* tem por objeto a detenção e exploração de patrimônio imobiliário. No planejamento sucessório feito por estas *holdings*, o proprietário afeta seus bens à empresa, constituindo seu capital social, e dispõe sobre a forma como deverá ser feita a sucessão de seus herdeiros com relação às cotas da sociedade. O que os herdeiros herdam, neste caso, não são os bens afetados à empresa, mas sim as cotas societárias (MAMEDE, G; MAMEDE, E. C., 2013, p. 85). Com isso, evita-se a instituição de condomínio entre os herdeiros e os conflitos familiares na sucessão.

³⁰ É o que esclarecem Gladston Mamede e Eduarda Cotta Mamede: “Os benefícios da constituição dessa *instância societária*, com a respectiva contenção dos conflitos familiares no âmbito da *holding*, são múltiplos. A principiar pelo fato de não enfraquecer o controle sobre a sociedade produtiva. Aqueles que eventualmente sejam vencidos nos conflitos havidos no plano da *holding* não podem associar-se a outros sócios para, assim, enfraquecer a posição familiar. Isso preserva o poder da família sobre a empresa ou empresas que controla. (...) Reiteramos: são duas instâncias diversas e, assim, não há confusão entre a deliberação havida no âmbito de uma instância (a *holding*) e aquela havida no âmbito da outra (a sociedade produtiva controlada pela *holding*)”. (MAMEDE, G.; MAMEDE, E. C., 2013, p. 64).

1.5.5 Previsões no contrato/estatuto social para evitar interferência de terceiros na sociedade

Conforme já enaltecido anteriormente, uma das grandes preocupações dos empresários é evitar a ingerência de terceiros estranhos à sociedade na atividade empresarial. Isso porque estes terceiros podem não ter competência para exercer a atividade empresária e, conseqüentemente, podem levar os negócios à ruína.

Para proteger a empresa, portanto, o direito brasileiro reconheceu como mecanismo de tutela das sociedades empresárias a vedação de ingresso de terceiros na sociedade.

Com efeito, o artigo 1.057 do Código Civil³¹ permite que o contrato social (sociedade limitada) ou estatuto social (sociedade anônima) contenham previsão que vede o ingresso de terceiros no quadro societário, ainda que sejam herdeiros de sócio falecido.

Em regra, nas sociedades limitadas, a pessoa dos sócios é de suma importância para o desenvolvimento das atividades empresariais, enquanto que na sociedade anônima, o foco é o patrimônio social, pouco importando quem venha a se tornar sócio.

Conseqüentemente, por esta peculiaridade das sociedades limitadas, não se admite a entrada de terceiros na sociedade, senão mediante a autorização dos demais sócios.

É dizer, caso um dos sócios se divorcie ou se separe do cônjuge ou companheiro, poderão os demais sócios vetar o ingresso deste cônjuge/companheiro na sociedade – pela parte que lhe caberia deste patrimônio (meação). O que não se poderia evitar, diferentemente, seria a obtenção do valor patrimonial equivalente à meação da participação societária.

Com efeito, nos casos de separação ou divórcio, deverá ser apurado o valor das cotas sociais do cônjuge/companheiro empresário, para que se calcule a porcentagem cabível ao cônjuge/companheiro não empresário. Assim, haverá dissolução parcial da sociedade com relação ao valor entregue ao cônjuge/companheiro não empresário, mas sem o ingresso deste no quadro social. É o que dispõe o parágrafo único, do artigo 600, do Código de Processo Civil³².

Esta previsão se dá da mesma forma nos casos de penhora das cotas sociais por credores de um dos sócios (CC, art. 1.026, parágrafo único)³³, e nos casos de falecimento de

³¹ Art. 1.057. Na omissão do contrato, o sócio pode ceder sua quota, total ou parcialmente, a quem seja sócio, independentemente de audiência dos outros, ou a estranho, se não houver oposição de titulares de mais de um quarto do capital social.

³² “Art. 600. (...) Parágrafo único. O cônjuge ou companheiro do sócio cujo casamento, união estável ou convivência terminou poderá requerer a apuração de seus haveres na sociedade, que serão pagos à conta da quota social titulada por este sócio”.

³³ “Art. 1.026. (...) Parágrafo único. Se a sociedade não estiver dissolvida, pode o credor requerer a liquidação da quota do devedor, cujo valor, apurado na forma do art. 1.031, será depositado em dinheiro, no juízo da execução, até noventa dias após aquela liquidação”.

um dos sócios. Nesta última hipótese, os herdeiros só poderão ser admitidos na sociedade se os demais sócios com isso anuírem. Em caso de recusa aplicar-se-á o artigo 1.027 do Código Civil, que assim dispõe: “Os herdeiros do cônjuge de sócio, ou o cônjuge do que se separou judicialmente, não podem exigir desde logo a parte que lhes couber na quota social, mas concorrer à divisão periódica dos lucros, até que se liquide a sociedade”.

1.5.6 Acordo de acionistas ou quotistas (Lei 6.404/1976, art. 118)

Em havendo interesse dos acionistas ou sócios, poderão eles firmar um acordo de acionistas ou quotistas para fins de proteção do patrimônio societário, estabelecendo quórum qualificado para aprovar matérias voltadas ao funcionamento da sociedade. Dentre elas: (i) alteração do percentual de dividendo obrigatório – evita a saída de dinheiro da empresa; (ii) venda de ativos; (iii) estipulação para admissão ou não de terceiros estranhos à sociedade no quadro societário; (iv) estipulações sobre direito de voto; (v) regras sobre aporte e capital e financiamentos; (vi) regras sobre solução de conflitos – inclusive com a inserção de cláusula compromissória para submissão dos conflitos à arbitragem; (vii) regras sobre fusões e aquisições; (viii) regras sobre remuneração; (ix) previsão do *tag along* e *drag along* etc.

Este acordo de acionistas, quando verificada a delicadeza da relação entre os sócios da empresa, será instrumento extremamente importante para a contenção de conflitos e, conseqüentemente, para a manutenção da saúde e da estrutura empresariais.

1.5.7 Fundo de investimento

O fundo de investimento, de acordo com o artigo 2º, da instrução 409 da Comissão de Valores Mobiliários – CVM –, nada mais é do que: “uma comunhão de recursos, constituída sob a forma de condomínio, destinado à aplicação em títulos e valores mobiliários, bem como em quaisquer outros ativos disponíveis no mercado financeiro e de capitais”.

Para este fundo: (i) será nomeado um administrador (gestor) que poderá ser o próprio titular do patrimônio ou terceira pessoa; (ii) os recursos integrados ao fundo serão divididos em cotas, que poderão ser doadas pelos seus titulares, reservando-lhes o direito de usufruto, para que possam manter-se na gestão do patrimônio até sua morte.

1.5.8 Offshore e Truste

As *offshores* são contas bancárias e empresas abertas no exterior³⁴.

Apesar de, empiricamente, associarmos as *offshores* a operações fraudulentas, este tipo de empresa é amplamente admitido pelo direito brasileiro, desde que respeitada a legislação, principalmente quando envolver patrimônio situado no Brasil, “*designadamente para a integralização de capital*” (MAMEDE, G.; MAMEDE, E. C., 2013, p. 77).³⁵

Esta modalidade empresarial confere proteção à identidade dos investidores e demais participantes da empresa o que se dá pela emissão de títulos ao portador, dos quais não consta a identificação de seu titular.

Com este sigilo sobre a identidade de seu titular, consegue-se tutelar o seu patrimônio, de forma mais eficiente, contra o ataque de credores. Afinal, a única pessoa cuja identidade é conhecida na *offshore* é o seu gestor, e ninguém mais.

Além das *offshores*, tem-se o Truste que nada mais é do que um negócio jurídico que envolve “(...) a entrega de ativos para o fiduciário ou Trustee, para que este seja o administrador dos bens, em favor do depositante e/ou de terceiros beneficiários indicados por esta pessoa”. (POMPEU, 2004, p. 83).

Com a morte do depositante (*Settlor*), os bens serão destinados aos beneficiários indicados pelo depositante, desde que respeitadas as normas de direito brasileiro quanto à repartição de tais bens em procedimento sucessório.

O Truste, assim como a *offshore*, também tem uma reputação de operação irregular, dadas algumas experiências fraudulentas já realizadas sob esta modalidade. Contudo, ambos podem ser constituídos de forma legal e segura, desde que sua operação respeite os direitos dos herdeiros, do cônjuge/companheiro e desde que sejam recolhidos os tributos aplicados à espécie. No caso do Truste, citam-se, exemplificativamente, o Imposto de Renda, o ITCMD e o ITBI.

³⁴ Esta modalidade empresarial pode ser utilizada para: “(...) controlar ou participar das atividades negociais no Brasil, para além de mecanismos de proteção à identidade de investidores, incluindo titulares de contas bancárias, quotas em fundos de investimento e, até, sócios e administradores de sociedades negociais”. (MAMEDE, G.; MAMEDE, E. C., 2013, p. 77).

³⁵ Maria Helena Diniz faz ressalva quanto à possibilidade de se adotar esse método de planejamento patrimonial. Para que a *offshore* não seja considerada clandestina e, portanto, seja admitida, deverá haver emissão de títulos ao portador e, com a autorização do Banco Central, poderão ser estes títulos encaminhados para o exterior – paraíso fiscal (DINIZ, 2013).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de um cenário legal bastante alterado, com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, e diante do crescente interesse dos titulares de representativo patrimônio em tutelar a integridade de seus bens, ampliou-se o uso de algumas medidas legais já previstas no ordenamento jurídico (como o caso do testamento), assim como deu-se início ao uso de outras medidas recém incorporadas ao ordenamento civil (como a alteração de regime de bens, v.g.), para fins de estruturar um planejamento patrimonial e sucessório.

As formas de planejamento, como visto, são as mais variadas, podendo ter cunho pessoal ou mesmo empresarial, cada qual com um enfoque protetivo mais latente, mas sempre com o intuito de resguardar o patrimônio construído.

A estruturação do planejamento patrimonial deverá ser feita em conformidade com a pretensão primordial do seu titular, de resguardar o patrimônio contra uma determinada gama de situações, sendo certo que raramente se conseguirá proteger o patrimônio contra toda e qualquer contingência.

REFERÊNCIAS

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito das coisas*. 24. ed. reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009, vol. 4.

_____. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, vol. 5.

_____. *Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, vol. 6.

_____. *Curso de direito civil brasileiro: direito de empresa*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, vol. 8.

_____. *Curso de Planejamento sucessório e proteção do patrimônio familiar*, ministrado em 16/03/2013, no Instituto Internacional de Direito.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, vol. 7.

MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. *Holding familiar e suas vantagens: planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MELO, José Eduardo Soares de. *Curso de direito tributário*. 9ª ed. São Paulo: Dialética, 2010.

PLANEJAMENTO PATRIMONIAL: AS ALTERNATIVAS PARA PROTEÇÃO DO
PATRIMÔNIO

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das sucessões*. 35^a ed. rev. e atual por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto de acordo com o novo código civil. 3^a tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006, vol. 6.

POMPEU, LONGO, KIGNEL & CIPULLO ADVOGADOS. *Planejamento sucessório: aspectos familiares, societários e tributários*. 2004.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: direito das sucessões*. 26^a ed. rev. e atual por Zeno Veloso, de acordo com o novo código civil. 4^a tiragem. São Paulo: Saraiva, 2007, vol. 7.