

COLETÂNEA DE ARTIGOS

ORGANIZAÇÃO PATRIMONIAL E SUCESSÓRIA: QUESTÕES PRÁTICAS E ATUAIS



Sumário

Apresentação _____	02
O Pacto Convencional da União Estável <i>Jorge Cesa Ferreira da Silva</i> _____	04
A Sucessão do Cônjuge e do Companheiro no Regime da Separação de Bens <i>Carlos Fernando Souto e Daniela Russowsky Raad</i> _____	09
Compra e Venda entre Ascendentes e Descendentes: cautelas para fins de planejamento sucessório <i>Daniel Alt da Silva e Daniela Russowsky Raad</i> _____	15
O dever de colação de bens imóveis e sua valoração para fins de planejamento sucessório <i>Cássio Monteiro Rodrigues e Felipe Tremarin</i> _____	18
Estruturas de Alienação de Imóvel no Âmbito Sucessório <i>Daniel Alt da Silva e Fábio Machado Baldissera</i> _____	24
Disposições Testamentárias e Planejamento Sucessório <i>Daniela Russowsky Raad</i> _____	28
Sucessão de bens no exterior: aspectos processuais <i>Ricardo Quass Duarte e Stephanie Goularte</i> _____	33
Patrimônio no Exterior e ITCMD <i>André Luiz da Silva Gomes, Frederico Hilzendeger e Gabriel Najfeld Stanton</i> _____	39

Comentários sobre a não-incidência do ITCMD sobre VGBL <i>André Luiz da Silva Gomes e Frederico Hilzendeger</i> _____	44
Dissolução de Holding Familiar <i>Clarissa Yokomizo</i> _____	48
Trust: noções introdutórias e comentário sobre a Solução de Consulta COSIT nº 41/2020 <i>André Luiz da Silva Gomes e Frederico Hilzendeger</i> _____	55
Gestão Patrimonial e Direitos Autorais: reflexões sobre a nova aposta dos fundos de investimento <i>Leticia Provedel</i> _____	63
Conheça os profissionais _____	66

Apresentação

Havia algo de lacunoso na prática do Direito Empresarial. A empresa – a institucionalização dos negócios em movimento – sempre exigiu do advogado respostas relativas aos mercados, às estruturas organizacionais internas e aos mecanismos de desenvolvimento, circulação e absorção da riqueza. Contratos, tributos, relações de trabalho, fluxos de capitais, acordos societários, extinções e modificações de sociedades, sempre compuseram o dia a dia do advogado empresarial. Nessa trilha, a família, o patrimônio e a sucessão do empresário acabaram ficando, por muitos anos, apartados do cotidiano do Direito Empresarial, sendo objeto do trabalho de escritórios “boutique”, dedicados às questões próprias desses ramos. Essa separação, no entanto, desafiava algumas “lógicas”.

A primeira delas é a relação entre empresa e família. No Brasil, assim como em outros tantos países, a gigantesca maioria das empresas são familiares. Nesse cenário, família e empresa, por mais separadas que sejam, convivem em interação necessária ao longo dos anos, em âmbitos em que o direito de família e o de sucessões têm muito a dizer. Se é verdade que o negócio representa o hoje da empresa, as relações de família representam o necessário amanhã. Regime de bens, doações, acordos familiares, testamentos deixam de ser apenas instrumentos de organização de relações de parentesco, passando a ser formas de manter o projeto empresarial familiar.

A segunda “lógica” desafiada por essa separação diz respeito à espécie de qualidades pessoais que se mostram necessárias ao profissional que atua tanto no Direito de Família e Sucessões quanto no Direito Empresarial em sentido mais estrito. Se observarmos essas atividades em suas essências, constatamos muito mais convergências do que dissonâncias. A capacidade de atingir consensos, de ser claro sobre as finalidades envolvidas, de oferecer de fundamentos razoáveis para medidas a serem tomadas e de compreender as demandas em jogo – ou seja, capacidades típicas do negociador – são necessárias seja para os entraves familiares, seja para os obstáculos empresariais. Da mesma forma, a capacidade de conhecer os limites envolvidos, de recusar aquilo que deve ser recusado e de não se dobrar para o que não se pode aceitar – ou seja, capacidades típicas do litigante – são igualmente úteis para ambas as instâncias.

Não por acaso, a prática atual do Direito Empresarial vem fechando essa lacuna há muito existente entre o tratamento jurídico da empresa, do empresário e de sua família, trazendo para um mesmo espaço a discussão e a construção de soluções para ambas as esferas. Nessa junção, ressaltam as vantagens de escritórios full service, espaços onde diversas qualificações se complementam de modo a possibilitar o oferecimento de respostas mais completas. Isso porque, ao contrário do que ocorre em outras práticas, as questões próprias das famílias empresárias não se limitam a um ramo jurídico específico, mas demandam conhecimentos de várias áreas, do imobiliário ao Direito de Família, do Tributário ao Societário e ao Direito das Sucessões.

Este livro bem demonstra. Nos 12 artigos que se seguem, produzidos por advogados do escritório Souto Correa dedicados à área de Organização Patrimonial e Sucessória, são tratados temas de Direito de Família, de Sucessões, de Direito Imobiliário, Tributário e Contratual, muitos deles de forma conexa e todos eles voltados a um mesmo fim: a boa organização patrimonial familiar. O intuito desses textos não é o de desenvolver doutrina ou de levantar dúvidas, mas de dividir conhecimento e chamar atenção para temas relevantes. Por isso, a linguagem é simples e direta, privilegiando o esclarecimento dos assuntos tratados.

Esperamos que a leitura seja realmente útil para esses fins e torcemos para que ela possa ser tão prazerosa quando foi o seu processo de redação e de concepção desse livro.

Jorge Cesa Ferreira da Silva

O Pacto Convivencial da União Estável

Jorge Cesa Ferreira da Silva

1. Notas Introdutórias

Um dos maiores marcos da história recente do Direito de Família está no definitivo acolhimento do instituto da união estável, pelo qual dois conviventes, independentemente de formalização estatal, constituem família, cabendo ao Estado apenas o papel de reconhecer a situação já consolidada. Houve o reconhecimento da relevância social do “casamento de fato”, tão bem defendida por Álvaro Villaça de Azevedo,¹ alterando um estado de injustiça que, há muito, impedia o integral exercício de alguns direitos civis por uma considerável parcela da população. De toda a sorte, mesmo havendo regulamentação específica, ainda persiste um conjunto de indefinições acerca do estatuto jurídico da família nascida da união estável, não só no âmbito pessoal estrito, como também no patrimonial.

A esse respeito, considerando o perfil flexível da união estável e a autorização geral de estabelecerem-se pactos atípicos, tradicional em nosso Direito e hoje constante expressamente do artigo 425 do Código Civil, a resposta natural a essa questão seria a delegação às partes para que, por meio de negócios jurídicos próprios, dispusessem sobre os efeitos da relação, tanto pessoais quanto patrimoniais. A união estável seria o campo por excelência da regulação negocial da convivência, ou seja, de “pactos convivenciais”.

Essa resposta, contudo, por mais condizente que seja com as características da união estável, não se faz isenta de dúvidas, notadamente em razão da possível interpretação alargada dos limites ordinários da autonomia privada – bons costumes e ordem pública – em relação a um instituto dinâmico e vinculado ao cerne do Direito de Família. Não se pode esquecer que a união estável possui inegáveis paralelos com o casamento e, sendo este especialmente regulado, também a união estável deveria sê-lo, mesmo que parcialmente. Cabia ao legislador a tarefa de delimitar o instituto com melhor precisão e essa tarefa passou a ser executada com a promulgação da Lei nº 8.971/1994, da Lei nº 9.278/1996, até chegar ao Código Civil de 2002.

2. Aspectos de Definição

Tendo em consideração o quadro normativo exposto na introdução, pode-se dizer que o pacto convivencial é um contrato atípico de Direito de Família pelo meio do qual os unidos

¹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Do Concubinato ao Casamento de Fato. 2. ed. Belém: Cejup, 1987.

estavelmente regulam as suas relações patrimoniais. Partindo-se dessa definição e para melhor compreender o conceito, vale dividir as análises conceituais em dois blocos, as de caráter positivo, ou seja, com referências àquilo que o pacto é, e de caráter negativo, ou seja, com indicações referentes àquilo que o pacto não é.

2.1. As Delimitações Positivas

A primeira característica a ser evidenciada nos pactos convivenciais diz respeito à classificação como negócios jurídicos de Direito de Família. Ainda que essa classificação possa parecer óbvia, faz-se relevante apontá-la porque dela decorrem consequências importantes. Como bem lembra Pontes de Miranda, os negócios jurídicos de Direito de Família não se submetem, sempre, ao regime geral dos negócios jurídicos.² Isso porque o regime jurídico desses negócios não se estabelece visando meramente uma atribuição patrimonial, mas se volta aos efeitos desta atribuição sobre o vínculo familiar, vínculo esse dotado de especial proteção.

A segunda característica a ser abordada é a ausência de um caráter unitário desses contratos em face do caráter unitário da união estável. Em outras palavras, ainda que a união estável seja uma relação unitária, na medida em que não pode ser cindida ou parcializada, decorrendo seus efeitos do fato do vínculo nascido da convivência, a regulação patrimonial da relação não necessariamente gozará da mesma qualidade. A regulação patrimonial da união estável pode se realizar por meio de um contrato apenas, regulador, por exemplo, da divisão de todo e qualquer bem que venha a ser adquirido pelos conviventes, assim como podem sucederem-se diversos pactos. Estes podem se destinar a alterar o conteúdo do pacto anterior, como também referirem-se a apenas um bem específico.

Com efeito, nada impede que as partes estabeleçam genericamente que todos os bens que venham a ser adquiridos passem a pertencer aos dois conviventes em igualdade de condições, mas que disponham posteriormente, em contrato autônomo, que a casa da praia seja apenas de um dos parceiros e, em outro contrato, que as quotas da nova sociedade constituída sejam divididas em percentual de 70% e 30%. Em princípio, cada aquisição patrimonial dá ensejo à celebração de um novo e específico pacto.³

Essa circunstância decorre, antes de tudo, da inexistência de norma jurídica que impeça a celebração de pactos específicos. Os dispositivos diretamente aplicáveis não impõem uma única pactuação sobre o tema. Além disso, as partes não se encontram vinculadas às suas próprias disposições pretéritas acerca da divisão dos bens. Não há norma jurídica que imponha essa vinculação.

A terceira característica é a atipicidade. Em resumo, diz-se “atípicos”, ou “inominados”, aqueles contratos que não possuem equivalência com nenhum dos modelos pré-existentes.

² MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de Direito Privado. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, t. VIII, p. 226;

³ CAHALI, Francisco José. Contrato de Convivência e União Estável. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 85.

Esses “modelos” podem encontrar-se tanto no âmbito legal quanto social.⁴ No caso dos pactos convivenciais, ao menos atualmente, vivencia-se um estado de ampla atipicidade. Do ponto de vista legal, o artigo 5º da Lei nº 9.278/1996 e o artigo 1.725 do Código Civil apenas acolhem a existência desses pactos e referem espaços de aplicabilidade, mas não estabelecem os seus contornos conceituais, cláusulas excluídas, responsabilidades próprias e espaços de derrogação do regime contratual comum. As disposições legais existentes sobre o tema não são suficientes para o oferecimento de um modelo delimitado. Por seu turno, do ponto de vista social, ainda falta a esses contratos uma reiteração suficiente para que se possa identificar, em caráter prévio e genérico, os contornos usuais.

Além disso, a possibilidade de que haja contratos amplos, respeitantes a um conjunto de bens, e contratos específicos para cada bem ou apenas para um grupo particular, faz com que, na espera de abrangência de pactos convivenciais, possam ser encontrados acordos com causas distintas, ou seja, com finalidades econômico-sociais próprias.⁵ Alterando-se a causa, a figura acaba por abranger, sob uma mesma nomenclatura, tipos ou sub-tipos distintos.

2.2. As Delimitações Negativas

Delimitados os contornos básicos do que “são” os pactos convivenciais, cumpre analisar agora o que eles “não são”. Nesse sentido, a primeira distinção a ser feita diz respeito ao casamento ou ao ato constitutivo do vínculo da família. Ocorre que, ao contrário do casamento, os pactos convivenciais não constituem o vínculo, mas somente o declaram. Do mesmo modo, a existência ou inexistência dos pactos convivenciais, bem assim o conteúdo deles, não afeta a existência do vínculo familiar. Isso porque, sendo a união estável decorrente de um estado de fato, a sua existência e manutenção independem de declarações negociais.⁶

Essa não foi, no entanto, a orientação seguida pelo parlamento brasileiro quando da votação do projeto que resultou na Lei nº 9.278/1996. O projeto aprovado e remetido à Presidência da República previa, em seu artigo 6º, que a união estável poderia encerrar-se pela “rescisão ou denúncia do contrato por um dos conviventes”, vinculando a existência de um à manutenção do outro. Para além disso, o artigo 3º previa a possibilidade de um acordo de cunho amplo, fazendo com que restasse delimitado, com maior precisão, o perfil jurídico da relação. Essa orientação, porém, acabou afastada do nosso ordenamento pelo veto presidencial, o que é digno de crítica.

Seja como for, a mera existência de um contrato de convivência é fator importante como prova da existência da relação e do animus das partes, mas não é suficiente para a caracterização da união estável. Essa não decorrerá de um contrato e/ou de um ato formal, ao contrário do que ocorre com o casamento. Ela decorrerá sim da convivência das partes com o intuito de constituição de família.⁷

⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 121.

⁶ FACHIN, Luiz Edson. Direito Adquirido de Meação em União Estável. Fundamentos da Afetividade. In: Soluções Práticas de Direito: pareceres. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. 2, p. 21.

⁷ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas Dabus. Curso de Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 398.

Uma segunda distinção a ser feita se estabelece entre pactos convivenciais e pactos antenupciais, distinção relevante na medida em que ambos se referem à regulação do patrimônio em face da constituição da família. Desde logo, destaca-se que ambos os institutos não se confundem de nenhum modo. Os pactos antenupciais são negócios jurídicos bilaterais e solenes de Direito de Família, pelo meio do qual os nubentes regulam o regime de bens que adotarão a partir da celebração do matrimônio.⁸ Os pactos antenupciais são solenes, na medida em que se celebram por escritura pública; são celebrados previamente ao casamento e dependem deste para que sejam eficazes; devem ser levados a registro no Cartório de Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges para adquirirem efeito perante terceiros e, depois de tornados eficazes, somente podem ser alterados por meio de autorização judicial decorrente de pedido motivado de ambos os cônjuges e sem prejuízo a direitos de terceiros.⁹

Esse quadro normativo não corresponde ao perfil dos contratos de convivência. Antes de tudo, estes não são solenes, ainda que sejam formais, conforme determina o artigo 1.725 do Código Civil que alude a contratos escritos. Estes contratos até podem ser celebrados antes da união estável, mas é pouco provável que assim se faça, haja vista que as uniões estáveis tendem a se constituir de forma espontânea e, não, como fruto de um planejamento prévio. De todo modo, ainda que assim não seja, ao contrário do que ocorre com o pacto antenupcial, os contratos de convivência podem ser celebrados depois do início da união estável e, como visto acima, alterarem-se ao livre alvedrio das partes, sendo desnecessário o registro para que gerem efeitos entre as partes. Além disso, ao contrário do que ocorre com os pactos antenupciais, que são celebrados com pretensão de regerem todo o regime de bens entre os cônjuges a partir do casamento, os contratos de convivência, como visto acima, não possuem caráter unitário, podendo alterar-se de bem para bem, se esse for o interesse dos conviventes.

Uma última distinção a ser feita diz respeito ao assim chamado “contrato de namoro”. Pelo chamado “contrato de namoro”, as partes declaram a natureza da relação que as une, demonstrando inexistir ânimo de constituir família. Trata-se ordinariamente de manifestação que não configura contrato, mas tão somente declaração de vontade, ainda que bilateral, acerca de uma realidade de fato, na medida em que não gera direitos ou obrigações para as partes,¹⁰ tampouco constitui uma relação jurídica. Contrato poderá haver caso as partes, para além de realizarem declaração sobre a natureza da relação, também dispuserem acerca de bens e direitos entre elas, como eventual bem que tenham adquirido em conjunto com pagamento diferenciado por cada um. Nesse caso, porém, não será propriamente um “contrato de namoro”, mas um contrato relativo ao bem em questão, caracterizando-se a partir das figuras típicas contratuais (compra e venda, doação, etc.).

Independentemente da análise da contratualidade dos ditos “contratos de namoro” e passando ao largo da discussão acerca da respectiva validade, ressalta-se que, em ambos os casos,

⁸ RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 6, p. 173.

⁹ WESENDONCK, Tula. Direito Patrimonial de Família. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 85.

¹⁰ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. O Mal Falado Contrato de Namoro. Disponível [aqui](#).

há uma declaração, pressuposta ou expressa, sobre um estado de fato (a existência de um namoro ou a de uma união estável) e que, como tal, pode ser contestada com base na realidade concreta. As afirmações constantes das declarações não estabelecem por si a existência efetiva de um namoro e/ou tampouco afastam a ocorrência de união estável, na medida em que esse estado de fato independe da declaração, já podendo existir ou vir a existir em seguida à declaração. Nada obstante essa semelhança, ambas declarações volitivas não se confundem na medida em que o contrato de convivência é um negócio jurídico de Direito de Família, gerando efeitos no âmbito de tal área. Já os chamados “contratos de namoro” são declarações que, se efeitos geram, ficam estes restritos ao Direito das Obrigações, estendendo-se, no máximo, à aplicação da Súmula 380 do STF, se for o caso.¹¹

3. Conclusão

À vista do exposto, em que pese a atipicidade legal e social do pacto convivencial, é possível afirmar que o instrumento tem plena adequação para fins de organização patrimonial. É que sendo a união estável um instituto dinâmico, passível de diversas interpretações, a adoção do contrato concede espaço ao desenvolvimento da autonomia individual dos companheiros, sem a necessidade de maiores solenidades.

Em linhas gerais, o pacto convivencial concede previsibilidade quanto às consequências patrimoniais em virtude de eventual rompimento do relacionamento. Aliás, auxilia nisso a ausência de unidade (ou “mutabilidade”), pois, ao contrário do pacto antenupcial, os contratos de convivência são mais flexíveis e permitem adequações às necessidades práticas momentâneas de modo mais rápido, auxiliando na melhor convivência familiar. Não bastasse isso, a existência de um contrato de maior amplitude, capaz de regular a relação em diversos campos, seguramente conferiria maior segurança jurídica à união estável, não só aos companheiros entre si, mas especialmente nas relações com terceiros, nas quais a existência da relação familiar pode exercer papel importante, como ocorre no caso de penhoras e embargos de terceiro, garantias fidejussórias, contratos de locação com prazo superior a dez anos e assim sucessivamente.

De mais a mais, considerando a declaração da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil por meio do julgamento dos Recursos Extraordinários nº 878.694/MG e 646.721/RS pelo Supremo Tribunal Federal, cuja consequência foi a equiparação da ordem de vocação hereditária entre casamento e união estável, é válido arrematar que a praticidade do pacto convivencial também tem inegável conveniência para a atribuição de efeitos sucessórios.

¹¹ Súmula 380, STF: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.”

A Sucessão do Cônjuge e do Companheiro no Regime da Separação de Bens

Carlos Fernando Souto
Daniela Russowsky Raad

1. Notas Introdutórias: a importância dos regimes de bens para a organização patrimonial

O início da vida econômica de uma relação conjugal se dá logo de sua constituição enquanto instituição familiar – *seja pelo matrimônio ou pela união estável*. Ambos os institutos, embora detentores de características próprias e com suas peculiaridades, geram consequências diretas no âmbito patrimonial dos envolvidos, de modo que a preocupação com a organização econômica é medida tanto para preservação e proteção do conjunto de bens que circundam a relação, como para a própria segurança daqueles que integram o núcleo familiar.

Tais consequências são vislumbradas na seara de direito de família e de direito sucessório. Em matéria familiar, trata-se, por exemplo, das implicações em vida, como obrigação alimentícia e regime de bens; na esfera das sucessões, são invocados institutos como o da legítima, concorrência sucessória e herdeiros necessários, instituindo a regra sucessória que será seguida de acordo com a posição ocupada pelo cônjuge ou companheiro em vida.

O contexto para a análise da concorrência sucessória do cônjuge ou companheiro sobrevivente se dá no âmbito daqueles que, cientes dos impactos econômicos das relações familiares, buscam instituir um regramento patrimonial que melhor corresponda aos seus anseios no campo da organização familiar. É, pois, por meio da escolha do regime de bens que se oportuniza aos indivíduos o arranjo que servirá como base para a configuração que regerá seu núcleo e a divisão do patrimônio após a morte.

Nesse sentido, importante compreender que houve a equiparação do regime sucessório entre consorte e convivente (*ou seja, cônjuge ou companheiro(a)*) em 2017, com o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do Recurso Extraordinário nº 878.694, no qual foi declarado inconstitucional o dispositivo que previa a sucessão do companheiro (art. 1.790 do Código Civil). A partir desse marco, aqueles que se relacionam pelo instituto da união estável passaram a integrar o rol de herdeiros previsto na ordem da vocação hereditária (art. 1.829 do mesmo diploma legal), nos exatos moldes das regras aplicadas ao casamento. Assim, para fins de planificação sucessória e patrimonial das famílias, equiparam-se as consequências econômicas dos regimes de bens optados tanto nas relações matrimoniais como na união estável.

Adiante, se, por um lado, o exercício da liberdade individual no âmbito patrimonial do direito de família se dá fundamentalmente pela escolha do regime de bens, àqueles que optam por não pormenorizar sua vontade em relação a organização econômica conjugal, a legislação estabelece como regime legal o da comunhão parcial de bens. Em síntese, esse regramento pressupõe a confusão patrimonial entre os contratantes em medida parcial, sendo considerado patrimônio comum aquilo que adquirido onerosamente no período de união, enquanto os bens adquiridos de forma gratuita, ou previamente à relação, são excetuados da comunhão. Em sede sucessória, o regime da comunhão parcial de bens invoca a concorrência do consorte/convivente sobrevivente na parcela de bens particulares do falecido, conquanto aquele recebe, a título de meação, o que lhe cabe da massa comum de bens.

Nesse cenário, nota-se que o sistema jurídico brasileiro alimenta uma sistemática de interdependência econômica entre indivíduos que contraem casamento ou vivem em união estável, justificada, entre outros motivos, pela própria fundamentação das relações amorosas no princípio da solidariedade. Fato é que nem todas as configurações familiares são fundadas sob as mesmas dinâmicas de funcionamento, de modo que cabe a cada núcleo optar pelo modelo que melhor lhe convém.

De outra sorte, o ordenamento jurídico prevê outros três regimes de bens alternativos para quem não desejar o da comunhão parcial, sendo eles a (i) comunhão universal, (ii) participação final nos aquestos, e (iii) separação absoluta de bens. Salvo exceções, como regra geral, o regime da comunhão universal promove a confusão patrimonial completa entre os optantes, instituindo apenas uma massa patrimonial – *de propriedade comum* – do casal. Até o advento da Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77), o regime supletivo, ou seja, o que era aplicado quando não realizado pacto antenupcial especificando outro, era o da comunhão universal, instituindo como regra a confusão patrimonial em medida integral.

O regime da participação final nos aquestos, modelo pouco utilizado na realidade social brasileira, se assemelha em certa medida com o da comunhão parcial, mantendo sob propriedade exclusiva de cada cônjuge/convivente os bens contraídos anteriormente à relação, e instituindo a partilha daqueles adquiridos onerosamente na constância da união – *divisão que será apurada no momento da dissolução da relação*. Mais, este regime proporciona maior grau de liberdade transacional aos contratantes, conquanto o parágrafo único do art. 1.673 do Código Civil prevê que a administração dos bens adquiridos por cada parte antes da união e após, a qualquer título, é exclusiva de cada um, sendo permitida inclusive a sua alienação, em se tratando de bens móveis.

Por terceiro está o regime da separação absoluta de bens, que institui a independência patrimonial, com a existência de basicamente duas massas patrimoniais – *de propriedade particular de cada consorte/companheiro* –, não havendo comunicação de bens por força do regramento, mas apenas a copropriedade em caso de aquisição conjunta. Neste regime, permite-se a administração exclusiva de cada um em relação ao conjunto patrimonial de sua titularidade, sendo permitida a livre alienação ou gravação de ônus real (art. 1.647 do Código Civil).

Há a possibilidade, ainda, de que os interessados mesquem características de regimes diversos a fim de constituir um regramento que melhor reflita seus interesses enquanto organização econômica do casal – o *chamado regime híbrido*. Neste caso, deve ser eleito um regime base para vigorar como orientação geral, estipulando-se cláusulas excepcionais, como a comunicabilidade – ou não – de bens específicos.

Observadas as alternativas ofertadas aos indivíduos acerca do regramento econômico que disporá sobre a configuração patrimonial das relações afetivas, nota-se no regime da separação absoluta de bens o que confere maior grau de independência patrimonial, transparecendo em sua essência a não confusão econômica entre os contratantes. Aqueles que optam pelo regime da separação de bens o fazem com uma finalidade específica e que não é de difícil identificação: o isolamento patrimonial entre os cônjuges/companheiros.

Entretanto, e é este o ponto chave da análise aqui proposta, a independência patrimonial ofertada pelo regime da separação absoluta de bens não é integral, na medida que impõe a confusão das esferas econômicas dos indivíduos, ainda que expressamente não intentada. Esse fenômeno ocorre no âmbito sucessório, quando do falecimento de um dos contratantes, e é matéria que restou controversa nos tribunais estaduais e superiores até meados de 2014, quando a concorrência sucessória do consorte sobrevivente casado pelo regime da separação absoluta de bens foi reconhecida, definitivamente, pelo Superior Tribunal de Justiça.

As consequências da interpretação legislativa nesse sentido são diretas e profundamente sentidas por aqueles que buscam a organização econômica familiar, conquanto a definição da necessária concorrência do cônjuge na herança deixada, ainda que optado pelo regime separatório, dita a transmissão de patrimônio de uma estrutura familiar à outra – *fenômeno recorrentemente indesejado por famílias que buscam um planejamento patrimonial e sucessório e/ou independência econômica entre si*.

2. A Concorrência Sucessória no Regime da Separação Absoluta de Bens: aplicação da norma na prática

Conforme referido previamente, o regime da separação absoluta de bens é caracterizado – *em sua essência* – pela independência econômica entre as partes. Segundo o art. 1.687 do Código Civil, o regramento propõe a manutenção de duas esferas patrimoniais dentro da relação, ambas de propriedade e administração exclusiva de seu titular. Em outras palavras: quando optado pelo regime separatório, os consortes assumem que os bens adquiridos por cada um antes e durante a relação, a qualquer título – *oneroso ou gratuito* –, são de propriedade exclusiva do respectivo adquirente. Uma exceção posta ao isolamento ocorre quando há a configuração de sociedade de fato na aquisição de patrimônio, fazendo com que, comprovada – e *não presumida* – a efetiva contribuição de ambos, haja a possibilidade de reconhecimento de propriedade em comum, ainda que a titularidade do bem seja de apenas uma das partes.

Em se tratando da aplicação das regras patrimoniais estabelecidas pelo regime nas relações tidas em vida, não há maiores dificuldades acerca do efetivo efeito de separação de bens proposto pelo regramento. Em caso de divórcio ou dissolução de união estável, cada qual permanece na propriedade de seu conjunto patrimonial, garantindo um rompimento da relação tendencialmente mais objetivo e menos complexo, razão pela qual o regime se tornou opção para muitos casais.

Outra motivação que leva interessados a escolher o regime da separação de bens é a própria configuração familiar existente: casais formados por pessoas que constituíram família anteriormente, que já possuem filhos unilaterais, ou que estão em uma fase de vida em que grande parte da massa patrimonial foi adquirida previamente ao relacionamento. As justificativas para a sua predileção são inúmeras, e a evolução das relações interpessoais indica que cada vez mais a consciência econômica e sua concomitante independência entre casais – *ainda que em certa medida* – ocupará espaço nas organizações familiares.

O ponto sensível em relação ao regime da separação de bens reside na seara sucessória – *tanto em seu planejamento, como na condução do procedimento em si* –, uma vez que a interpretação e aplicação atuais das normas de Direito conduzem à inviabilidade de se afastar a concorrência de um companheiro ou consorte nos bens deixados por ocasião do falecimento do outro. O que se verifica na prática é que a essência de independência patrimonial existente entre aqueles que optam pelo regime separatório é perfectibilizada apenas quando da aplicação do regramento em vida, verificando-se que tal característica não prevalece no plano das sucessões.

A sucessão do cônjuge ou convivente sobrevivente em concorrência com os descendentes se dá pela ordem da vocação hereditária, prevista no art. 1.829, inciso I, do Código Civil. A norma estabelece que, a depender do regime de bens eleito em vida, o supérstite herda – *ou não* – em concorrência com os filhos. No dispositivo legal é excetuada a concorrência sucessória daqueles casados pelo regime da separação obrigatória (*caso de maiores de 70 anos, por exemplo*), comunhão universal, e comunhão parcial em que inexistam bens particulares. Em todos os outros regimes, por exclusão e interpretação literal, o sobrevivente passa a herdar em concorrência com os descendentes do falecido. Ou seja: como o artigo não excetua a concorrência sucessória daqueles que vivem sob a égide do regime da separação absoluta de bens, estes passam a figurar como herdeiros do companheiro/cônjuge falecido ao lado dos descendentes.

Essa interpretação legislativa prevalece desde o julgamento do Recurso Especial nº 1.382.170-SP pelo Superior Tribunal de Justiça, cuja decisão foi proferida em repercussão geral. Na ocasião do julgado, o Ministro Moura Ribeiro, que teve seu voto vencido, defendeu a exegese de que a concorrência daqueles casados pelo regime da separação absoluta de bens ia de encontro com o regramento patrimonial em foco. Para o Relator, não haveria “sentido possibilitar aos cônjuges a livre escolha do regime de bens, formalizada no pacto antenupcial, para depois lhes negar os efeitos práticos do regime lícitamente escolhido”. O entendimento não foi corroborado pelos demais julgadores, que se manifestaram, enfim, pela necessária concorrência sucessória do consorte casado pelo regime separatório.

O entendimento que vigora até os dias atuais teve como sustentação a linha argumentativa de que o cônjuge, nos termos do art. 1.845 do Código Civil, é herdeiro necessário, de modo que sua proteção enquanto viúvo é preocupação legislativa. Essa tutela, ao seu turno, se manifesta também pelo direito real de habitação concedido ao sobrevivente sobre o imóvel destinado à residência familiar (art. 1.831 do Código Civil).

O voto vencedor, elaborado pelo Ministro João Otávio de Noronha, destaca que inexistente a ruptura da essência do regime da separação absoluta de bens com a concorrência sucessória, pois ainda que produza os efeitos de isolamento patrimonial em vida, a morte é marco que finda o matrimônio, pondo fim, conjuntamente, ao regramento econômico escolhido pelo casal. Nessa linha, se reconhece eficácias diversas na aplicação do regime da separação absoluta de bens em vida e após a morte, sendo que na segunda hipótese o legislador foi claro ao alocar o consorte como herdeiro necessário e na linha da vocação hereditária. Para ser viável o afastamento da concorrência sucessória no regime da separação convencional de bens, seria necessária a promoção de alteração legislativa, medida que já teve iniciativas por meio de projetos de lei – *infrutíferas até então*.

O que se tem, portanto, é a seguinte regra aplicada ao caso concreto: aqueles que optam pelo regime da separação absoluta de bens têm independência econômica assegurada pela eficácia do regramento em vida. No plano sucessório, todavia, é imposta a confusão patrimonial entre as partes, na medida que o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes do falecido na forma do art. 1.829, inciso I, do Código Civil.

3. Reflexões Finais: implicações no planejamento patrimonial

Para fins de organização patrimonial e sucessória, a interpretação que prevalece cria obstáculos para um planejamento autônomo e seguro no sentido de alocação de bens e independência econômica entre o casal, limitando as ferramentas disponíveis para a disposição de recursos. É o que resta evidente ao se buscar estratégias que envolvem instrumentos típicos como o testamento e o contrato de doação, pois em ambos há de se respeitar a legítima reservada aos herdeiros necessários – *incluído, então, o consorte/companheiro quando o casal opta pelo regime da separação de bens*.

O Código Civil estabelece duas ordens de sucessão: a legítima e a testamentária. A sucessão legítima é a ordem sucessória estabelecida pelo legislador, pela qual favorece os herdeiros por meio da vocação hereditária, prevista no art. 1.829 do Código Civil, previamente analisado. Não tendo o falecido deixado testamento, todo conjunto patrimonial obedece a ordem da sucessão legítima.

Por outro lado, a sucessão testamentária entra em cena justamente quando o *de cujus* deixa expressa a sua disposição de última vontade, ocasião em que será obedecido o que foi por ele prescrito. Interessa notar que, existindo herdeiros necessários, o testador pode dispor de

apenas metade de seu patrimônio, enquanto a outra metade deve seguir, rigorosamente, a sucessão legítima.

Logo, há a possibilidade de que todo o patrimônio deixado seja destinado aos herdeiros pela ordem estabelecida em lei – *regra geral aplicada àqueles que deixam de direcionar seus bens de forma específica* –; que haja uma sucessão mista, onde há herdeiros necessários, sendo que, necessariamente, metade dos bens obedece a ordem da vocação hereditária, enquanto a outra metade é testada; e, finalmente, o cenário em que há testamento e não há herdeiros necessários e, portanto, todos os bens seguem a disposição de última vontade do testador.

Assim, a única hipótese de plena liberdade de direcionamento patrimonial por parte de seu titular é quando inexistem herdeiros necessários. Em qualquer cenário diverso, prevalece o respeito ao instituto da legítima, limitando a livre gerência dos bens à parte disponível.

Segundo dispõe o art. 1.846 do Código Civil, a legítima compõe a parte – *metade* – do patrimônio reservada aos herdeiros necessários de cada indivíduo, não sendo possível alienar essa quota parte para terceiros através de testamento, nem mesmo por doação em vida. Na mesma linha, o art. 549 do Código Civil estabelece como nula a doação quanto à parte que exceder a parte disponível, o que, em suma, significa que diante da existência dos herdeiros necessários, tanto para a alienação em vida, como após a morte, a liberdade de disposição se limita à metade do conjunto patrimonial existente.

Nessa senda, o regime da separação absoluta de bens, tido como o regramento que confere maior grau de autonomia às partes por ele optantes, ainda assim não tem o condão de oportunizar a plena disposição econômica. A indisponibilidade de metade do patrimônio advinda da relação conjugal acarreta a impossibilidade de testar ou doar parte maior do que a disponível. Da mesma forma, outros instrumentos de planejamento sucessório se veem limitados: constituição de *trusts* e *holdings*, por exemplo, carregam consigo a mesma restrição sob a legítima reservada ao companheiro e ao consorte.

Portanto, tem-se que a compreensão da parte indisponível e as limitações de gerenciamento patrimonial decorrentes dela estão diretamente relacionadas a constituição do vínculo conjugal e sua respectiva organização econômica, conquanto o cônjuge é, por força legislativa, herdeiro necessário. Tais premissas estabelecem o ponto de partida para o desenho de uma estratégia de planejamento econômico: desde a escolha do regime de bens até a utilização das ferramentas de forma adequada para a concretização no plano idealizado.

Em uma análise final, verifica-se cada vez mais frequente o cenário em que os agentes familiares possuem consciência econômica e buscam a constituição de patrimônio próprio por vias independentes, deixando a presunção de comunhão de esforços de lado, e acordando, de forma expressa e transparente, os bens que desejam instituir copropriedade. Prevalece, assim, a necessidade de personalização da estrutura econômica que será implementada em cada família, cujo plano perpassa a elaboração de contratos familiares que instituem – *ou afastem* – a comunhão patrimonial, bem como o emprego das demais ferramentas disponíveis para organizar a disposição de bens tanto em vida, como no plano sucessório.

Compra e Venda entre Ascendentes e Descendentes: cautelas para fins de planejamento sucessório

Daniel Alt da Silva
Daniela Russowsky Raad

É sabido que o planejamento sucessório, em suas multifacetadas formas, permite aos interessados a utilização de variados instrumentos, a fim de que a transmissão do patrimônio tenha maior racionalidade, inclusive diminuindo a incidência de conflitos familiares. A título ilustrativo, as estratégias podem passar pela adoção de instrumentos contratuais, reais e societários, sem esquecer, obviamente, das repercussões inseridas no ambiente tributário.

Para fins de previsibilidade e organização do acervo patrimonial, ferramentas de transmissão de bens de ascendente para descendentes são comumente visadas. Do ponto de vista contratual, a compra e venda atende tal demanda, e serve como um válido e eficaz artifício, desde que observadas algumas formalidades específicas. A desatenção pode causar insegurança ao projeto idealizado, com nefastas consequências. Em síntese, o contrato em questão tem a natureza jurídica de negócio bilateral oneroso, gerando aos contratantes efeitos obrigacionais recíprocos. Ou seja: enquanto ao comprador existe o dever de pagamento, ao vendedor – por consequência – há a obrigação de transferência da propriedade da coisa.

Especificamente quando empregado no âmbito das relações familiares, a compra e venda comporta a aplicação de específica norma restritiva de direitos, porquanto o artigo 496 do Código Civil dispõe que “é anulável a venda de ascendente a descendente, salvo se os outros descendentes e o cônjuge do alienante expressamente houverem consentido”. Em outras palavras, para fins de validade do negócio, a legislação exige a expressa concordância da integralidade do conjunto familiar, tendo como pedra de toque a vedação de quebra da igualdade de quinhões na sucessão. Verdade seja dita, estimando a possibilidade de que o contrato realizado tenha como finalidade a ocultação da real intenção de doação, a restrição busca evitar prejuízo sobre a legítima dos herdeiros necessários.

A propósito do assunto, é de rigor demarcar que o contrato de doação, observado o mesmo contexto, tem desdobramentos particulares, mormente em virtude da disposição normativa do artigo 544 do Código Civil. Em havendo alienação gratuita, tal disposição caracteriza adiantamento de legítima, a reserva legal que garante pertencer aos herdeiros necessários, “de pleno direito, a metade dos bens da herança”, nos termos do artigo 1.846 do Código Civil. E, como decorrência,

haverá a obrigação do beneficiário em colacionar o valor atinente à doação recebida em vida quando da abertura da sucessão e realização do inventário e partilha, sob pena de sonegação. O propósito é único: manter em nível de igualdade as respectivas legítimas dos sucessores, salvo nos casos de dispensa do encargo, que deve constar expressamente do contrato, ou de disposição de última vontade (testamento).

Em complemento, vide o exemplo da seguinte passagem doutrinária:

É sabido que, de ordinário, a pessoa pode vender os seus bens livremente a quem quiser, sendo esta uma das manifestações mais eloquentes do poder de disposição [...].

O artigo em comento tem por objetivo resguardar a legítima dos herdeiros necessários, pois com a necessidade de anuência destes há uma fiscalização prévia que poderá evitar demandas futuras que se verificariam após a morte do doador.¹

À vista disso, é correto afirmar que a ausência de atenção a tal protocolo perpassa pelo plano de (in)validade do negócio jurídico. E considerando a perspectiva de projeção de efeitos jurídicos pelo decurso do tempo, cumpre esclarecer cronologicamente alguns aspectos atinentes à temática, a saber: (i) a Súmula nº 152 do Supremo Tribunal Federal, cujo teor prevê que “a ação para anular venda de ascendente a descendente, sem consentimento dos demais, prescreve em quatro anos a contar da abertura da sucessão”, está revogada; (ii) a Súmula nº 494 do Supremo Tribunal Federal, que assinala que “a ação para anular venda de ascendente a descendente, sem consentimento dos demais, prescreve em vinte anos, contados da data do ato”, segundo abalizada doutrina, está tacitamente cancelada, sobretudo por conta da orientação legislativa decorrente da atual codificação civil.

No ponto, para que dúvidas não parem, é importante pontuar que os enunciados sumulares remontam ao Código Civil de 1916, ocasião em que não havia pormenorizada distinção legal sobre os prazos prescricionais e decadenciais. Ao seu turno, o Código Civil em vigor, que adotou a célebre doutrina de Agnelo Amorim Filho, imprimindo critérios científicos para a distinção entre os institutos da prescrição e decadência, arremata que a compra e venda de ascendente para descendente é passível de anulação, e não nulidade, obedecido o prazo decadencial de 2 (dois) anos em razão do disposto no artigo 179 do Código Civil. Aliás, o Enunciado nº 368 da IV Jornada de Direito Civil (CJF/STJ) trafega na mesma linha de raciocínio. Logo, “o negócio anulável pode ser convalidado se os interessados perderem o direito potestativo de anulá-lo, pelo transcurso do tempo (decadência), ou mesmo se for convalidado intencionalmente pelos demais herdeiros, mediante expressa autorização dada posteriormente”.²

A esse respeito, válido sublinhar que a questão foi recentemente submetida à análise do Superior Tribunal de Justiça. A Ministra Nancy Andrighi, relatora do Recurso Especial nº 1.679.501/GO, lançou entendimento no sentido de que a compra e venda, seja diretamente realizada pelo

¹ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência. Anderson Schreiber, Flávio Tartuce, José Fernando Simão, Marco Aurélio Bezerra de Melo e Mário Luiz Delgado. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 294-295.

² JÚNIOR, Antônio dos Reis. A Simulação no Planejamento Sucessório. In: Arquitetura do Planejamento Sucessório. Daniele Chaves Teixeira (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2021, t. II, p. 336-337.

ascendente ao descendente, seja pela via oblíqua, notadamente com a intermediação de interposta pessoa, está submetida ao regime de anulação, visto que a falta de expresso consentimento dos demais familiares é, de fato, a causa real de anulabilidade, não havendo motivação para tratamento diferenciado. O prazo, segundo consta da posição adotada, é contado da conclusão do ato.

Nessa linha, impera observar que a decadência acarreta a extinção do próprio direito, uma vez não observado o lapso temporal para o seu exercício – ponto abordado na situação posta. Mas se, por um lado, há a literal decadência de um direito quando decorrido o prazo para postulação da anulação do negócio, de outro, é exatamente esse fator que confere relevante grau de estabilidade às relações constituídas. São os efeitos, ônus e bônus, do instituto.

Ademais, interessa notar não apenas a questão de lapso temporal para anulação do negócio, mas especialmente a referência à possibilidade de ser mantida a transação efetuada entre ascendentes e descendentes, ainda que não preenchidos os requisitos legais. Em seu voto, a Ministra Nancy Andrighi traz à tona que eventual desconstituição do negócio jurídico se dá em razão especificamente da averiguação de simulação, de modo que se confirmado que a compra e venda ocorreu de forma genuína, atendendo aos padrões de uma transação habitual – efetivado pagamento de valor de mercado e sem prejuízo à legítima dos herdeiros –, esta tende a ser mantida. Trata-se da prevalência da liberdade de contratar e dispor livremente sobre os bens de sua propriedade, conquanto a transação não gere agravo a direito fundamental dos demais herdeiros necessários.

Em suma, abstrai-se do regramento acerca da alienação onerosa de bens entre ascendentes à descendentes uma latente preocupação de burla do instituto da legítima, circunstância em que se tentaria mascarar uma doação sob o instrumento de compra e venda. E esta é, sem dúvidas, uma planificação de transferência de bens fadada ao fracasso, comprometendo profundamente um planejamento sucessório eficaz.

Neste íterim, destaque à importância de uma atuação multidisciplinar e personalizada no desenvolvimento de estratégias sucessórias, a fim de desenvolver e implementar um plano que seja eficaz e adequado ao que se objetiva em termos de organização patrimonial. As ferramentas disponíveis para se planificar a sucessão são diversas e interdisciplinares – tal como a própria transação de compra e venda entre familiares –, sendo necessária a análise pormenorizada do contexto familiar para afastar – ou minimizar – os riscos inerentes aos negócios realizados.

O dever de colação de bens imóveis e sua valoração para fins de planejamento sucessório

Cássio Monteiro Rodrigues
Felipe Tremarin

1. Introdução

A evolução tecnológica e social, aliadas ao reconhecimento de novas estruturas familiares, assim como o aumento da longevidade e das dissoluções de vínculos conjugais (que experimentou números nunca vistos durante a pandemia do Coronavírus),¹² alimentam a necessidade das pessoas em planejar sua sucessão e demandam do jurista cada vez mais criatividade e atenção à tutela sucessória. Ao mesmo tempo que desafiador, esse cenário é propício à consolidação do planejamento sucessório em nossa cultura jurídica, que se vale da convergência de diversos instrumentos e estruturas contratuais, muitas vezes exigindo atuação multidisciplinar dos profissionais do Direito, com o objetivo de conservar e fazer prosperar o patrimônio de determinada pessoa.

Nesse cenário, o instituto da doação ocupa papel de destaque e é ordinariamente utilizado para distribuição de patrimônio e herança aos herdeiros antes da morte do doador. Importante ressaltar que qualquer que seja a vontade do detentor do patrimônio, a contemplação de seus herdeiros com a futura herança não poderá desprezar a legítima, nos termos dos artigos 1.846 e 1.847, do Código Civil, em verdadeira limitação à autonomia patrimonial do doador em detrimento à proteção aos seus herdeiros legítimos.

Deve-se ter muita atenção às especificidades de cada caso sucessório para se identificar se houve, dentre outros, adiantamento de legítima feito pelo de cujus a um ou mais de seus herdeiros necessários. O adiantamento ocorre, geralmente, por meio de doações de ascendente a descendentes, o que atrai para estes, quando da abertura da sucessão, o dever de colacionar os bens recebidos antecipadamente para igualar suas legítimas, como determinado pelo artigo 2.002 do Código Civil, e evitando, assim, alegações de nulidades de eventual planejamento sucessório.

¹ Número de divórcios aumenta consideravelmente durante a pandemia. *Jornal Contábil*, 30 de julho de 2020. Disponível [aqui](#). Acesso em: 16 de março de 2021.

² Divórcios crescem 54% no Brasil após queda abrupta no início da pandemia. *Época*, 12 de setembro de 2020. Disponível [aqui](#). Acesso em: 16 de março de 2021.

À primeira vista, a questão pode parecer simples e o jurista mais desavisado poderá concluir que uma simples operação matemática bastaria para resolver o problema e validar a estrutura sucessória planejada. Contudo, muito se discute sobre qual o critério de colação que realiza efetivamente a igualdade das legítimas: se é o valor do bem vigente à época da liberalidade ou doação, ou o valor do bem à época da abertura da sucessão, critério que, transportado para o ramo imobiliário, no qual os bens estão sujeitos a flutuações e valorizações, pode ensejar problemas e discussões entre os herdeiros.

Assim, com o objetivo de aclarar o debate e demonstrar a importância da matéria, o estudo se valerá da análise funcional da colação e investigará por qual valor devem ser colacionados os bens recebidos antecipadamente, se o da época da liberalidade do de cujus, ou o da época da abertura da sucessão, bem como o tratamento dado pelo Superior Tribunal de Justiça à colação de bens imóveis, ao julgar o REsp nº 1.713.098/RS.

2. Revisitando a colação no ordenamento brasileiro: existência e função

A colação é o instituto presuntivo³ pelo qual os descendentes que possuem a qualidade de herdeiros necessários devem trazer as doações recebidas em vida pelo ascendente comum a eles – que configura adiantamento de legítima, à luz do artigo 544 do Código Civil –,⁴ a fim de conferir e igualar as legítimas de cada um, sob pena de sonegação, que nada mais é do que a perda do direito à herança dos bens ocultados.

É um instrumento jurídico de extrema relevância para conferir validade a planejamentos sucessórios complexos, tendo como finalidade assegurar a igualdade das legítimas. A colação representa uma direta expressão do princípio da igualdade dos quinhões hereditários, inclusive obrigando os donatários que, ao tempo do falecimento do doador, já não possuem os bens doados.

O dever de colacionar, aplicado reciprocamente a todos os herdeiros que concorrem a determinada sucessão, exige que sejam observados três requisitos:⁵ (a) que haja sucessão legítima (não incide na sucessão testamentária); (b) que existam herdeiros necessários (a colação, por consequência lógica, não alcança os herdeiros legatários); e (c) que ocorra uma liberalidade em vida, em que haja transferência de propriedade (daí, excluindo os bens dados em comodato da colação).⁶

³ Presume-se o que o de cujus gostaria que fizesse com os bens conferidos no momento da sucessão. Nesse sentido, vide MALVEIRA, Jamille Saraty. Doação entre cônjuges e a questão da colação. Revista CEJ. Brasília, Ano XVII, n. 60, p. 82-95, maio/ago. 2013, p. 88.

⁴ Vale destacar, para fins de planejamento sucessório, que a doação feita por cônjuge ou companheiro ao outro também configura adiantamento de legítima para o art. 544 do Código Civil, o que atrai o dever de colacionar, bem como que o cônjuge ou companheiro, caso concorra à sucessão de descendentes e tenha recebido adiantamento de legítima, também terá o dever de colacionar os bens recebidos perante os descendentes.

⁵ Além de tais requisitos serem consagrados em doutrina, a Jurisprudência também já os reconheceu. Nesse sentido, vide (i) STJ, 3ª Turma, REsp nº 400.948/SE, Rel. Min. Vasco Della Giustina, j. em 23.3.2010; e (ii) TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza Maia; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Fundamentos do Direito Civil. v. 7. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 258.

⁶ STJ, 3ª Turma, REsp nº 1.722.691/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 13.3.2019.

Isso significa que deverão ser trazidos à partilha, com aplicação de critérios iguais, o valor de cada bem recebido antecipadamente pelo herdeiro em decorrência de liberalidade em vida, de modo a serem igualadas as legítimas dos demais sucessores, inclusive daqueles bens recebidos antecipadamente pelo herdeiro que renunciou ou está excluído da herança, para fins de somar ao acervo e se computar a exata extensão da parte disponível do de cujus.

Podem ser objeto da colação todos aqueles bens recebidos de maneira antecipada pelo donatário, seja por meio de uma liberalidade direta ou indireta, podendo ser: (a) dívidas pagas pelo ascendente de filho ou cônjuge sobrevivente; (b) rendimentos de bens dos pais desfrutados pelos filhos; (c) quaisquer indenização ou multa pagos pelos pais como responsável pelos danos do menor; (d) pagamento consciente de uma soma não devida ao herdeiro; (e) perdão de dívidas com o ascendente ou cônjuge; (f) quantias adiantadas aos descendentes para que estes adquiram bens; dentre outros.

Por fim, vale destacar que estão excluídos da colação “os gastos ordinários do ascendente com o descendente, enquanto menor, na sua educação, estudos, sustento, vestuário, tratamento nas enfermidades, enxoval, assim como as despesas de casamento, ou as feitas no interesse de sua defesa em processo-crime”, e também “as doações remuneratórias de serviços feitos ao ascendente”, conforme vedação legal constante dos artigos 2.010 e 2.011 do Código Civil.

Em síntese, a colação representa importante instituto jurídico que deve ser observado pelo jurista quando do momento da arquitetura de um planejamento sucessório, a fim de se evitar nulidades – eis que há permissivo legal para sua exceção, nos termos dos artigos 2.005 e 2.006 do Código Civil, desde que prevista essa disposição de dispensa de colação nos instrumentos de liberalidades – e para conferir maior eficiência às estruturas sucessórias que reflitam a vontade daquele que busca encaminhar sua sucessão e evitar conflitos entre seus entes queridos.

3. A questão do valor pelo qual o bem deve ser trazido à colação: como igualar as legítimas de bens já transferidos pelo donatário?

Outra questão de extrema relevância a ser observada no tocante à colação dos bens é quanto ao critério utilizado para se definir o valor pelo qual aquilo que foi recebido como adiantamento de legítima será contabilizado para fins de igualar as cotas hereditárias e efetivar a partilha, se não for possível trazer o bem em espécie ao monte (por perecimento ou alienação do bem pelo donatário).

Muito se discute na doutrina e nos tribunais pátrios sobre qual deve ser o critério adotado para definir o valor do bem: se valorado pela sua expressão econômica ao tempo da liberalidade, ou o seu valor na data da abertura da sucessão. O artigo 2.004 do Código Civil adotou o critério do valor do bem ao tempo da liberalidade, caso não conste valor certo ou estimação feita no ato de doação. Contudo, a polêmica se instaurou dado o conflito normativo existente com o Código de Processo Civil de 1973, cuja disposição foi mantida pelo artigo 639 do Código de Processo

Civil de 2015, que adotou o critério de atribuir o valor aos bens recebidos pela sua expressão financeira ao tempo da abertura da sucessão.

A discussão se intensifica pela diversidade de critérios adotados pelo legislador a partir da situação fática sobre qual o valor deve ser atribuído aos bens recebidos, e que não mais estejam na esfera patrimonial dos herdeiros.

De um lado, há quem entenda que esses bens devem ter como valor aquele que possuíam na data da abertura da sucessão, conforme a norma do Código de Processo Civil, posterior ao Código Civil, de modo a prevalecer sobre este, fundamentada na revogação pontual do artigo 2.004, com base no critério cronológico de resolução de antinomia entre normas jurídicas. A outra posição reflete uma tentativa de amoldar os preceitos do Código Civil e do Código de Processo Civil. Seus defensores afirmam que o valor do bem deve ser aquele da data da abertura da sucessão, caso os bens ainda se encontrem no patrimônio do donatário (critério do artigo 639 do diploma processual). Porém, naqueles casos em que o herdeiro já tenha alienado ou se desfeito do bem, deve ser atribuído a ele o valor vigente na época da liberalidade, conforme o disposto no artigo 2.004 do Código Civil, com a respectiva correção monetária da alienação até a data da abertura da sucessão.

Essa posição parece a mais adequada para garantir a igualdade dos quinhões hereditários, evitar o enriquecimento sem causa de demais herdeiros, e refletir o real valor do bem. Nesse sentido, a VIII Jornada de Direito Civil do CJF – Conselho da Justiça Federal, em 27/04/2018, aprovou o Enunciado nº 644,⁷ em elogiada compatibilização normativa do Código Civil com o Código de Processo Civil, em prol da segurança jurídica e coerência sistêmica, de modo a realizar a função última da colação: a equivalência das legítimas.

Justamente ao se pensar o instituto por sua perspectiva funcional é que se deve adotar o critério do valor na data de alienação, revelando, assim, a efetiva importância econômica obtida pelo herdeiro, considerando potenciais oscilações de mercado, tanto no ato da liberalidade ao donatário, como na contrapartida financeira obtida em posterior venda do bem, caso ele não esteja mais no patrimônio do herdeiro. Dessa forma, se privilegia o verdadeiro benefício econômico oriundo da liberalidade que configurou adiantamento de legítima.

4. Análise dos critérios jurisprudenciais para colação de bens imóveis: o julgamento do REsp nº 1.713.098/RS do STJ

A despeito da controvérsia e entendimentos sobre o critério de valoração dos bens para fins de colação, interessante notar que alguns bens estão mais sujeitos a oscilações do que outros, bem como podem gerar benefícios muito superiores ao proporcionado inicialmente pela

⁷ Os arts. 2.003 e 2.004 do Código Civil e o art. 639 do CPC devem ser interpretados de modo a garantir a igualdade das legítimas e a coerência do ordenamento. O bem doado, em adiantamento de legítima, será colacionado de acordo com seu valor atual na data da abertura da sucessão, se ainda integrar o patrimônio do donatário. Se o donatário já não possuir o bem doado, este será colacionado pelo valor do tempo de sua alienação, atualizado monetariamente.

liberalidade do doador. Nesse sentido, válido destacar o julgamento do REsp nº 1.713.098/RS pelo Superior Tribunal de Justiça, por meio do qual foi analisada questão relacionada ao valor a ser considerado, para fins de colação e de partilha, de bem imóvel doado a herdeiros legítimos.

No caso em tela, o autor da herança e sua esposa venderam um terreno para uma construtora, recebendo, em contrapartida, um crédito como pagamento no valor estimado de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), o qual, posteriormente, foi cedido pelo autor da herança e sua esposa aos recorrentes, únicos herdeiros nascidos ao tempo da celebração da compra e venda. Por fim, como forma de pagamento do crédito recebido pelo autor da herança e por sua esposa, o qual foi cedido aos herdeiros, a construtora outorgou escritura pública a estes últimos, transferindo-lhes a propriedade sobre dois apartamentos e três boxes situados no edifício erguido sobre o terreno objeto da venda.

A questão controvertida no referido recurso diz respeito ao método adequado para a quantificação da doação realizada pelo autor da herança e por sua esposa aos herdeiros. Ou seja: se deve ser considerado o valor certo de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), estimado ao tempo da venda do terreno à construtora, e que gerou um crédito posteriormente cedido a parte dos herdeiros, ou se deve ser considerado o valor dos imóveis recebidos pelos herdeiros como forma de pagamento do crédito existente.

Ao julgar o presente caso, o Superior Tribunal de Justiça entendeu, por unanimidade, que o valor a ser considerado para fins de colação e partilha deve ser aquele referente ao crédito recebido e posteriormente cedido a parte dos herdeiros, e não aquele obtido por meio do proveito ou benefício econômico representados pelos dois apartamentos e três boxes, cuja propriedade foi transferida aos referidos herdeiros. De acordo com o Egrégio Tribunal, o legislador civil estabeleceu critério específico e objetivo para a quantificação do valor do bem para fins de colação, ou seja, o valor certo ou estimado do bem, a fim de que a doação realizada não seja influenciada por elementos externos de natureza econômica, temporal ou mercadológica, os quais, se existentes, deverão ser suportados pela parte donatária, de modo a não impactar o acerto igualitário da legítima. Ademais, destaca o órgão julgador que não é possível substituir o critério legal pelo proveito ou benefício econômico representado por imóveis obtidos a partir do crédito cedido.

Referido critério encontra respaldo no artigo 2.004 do Código Civil, por meio do qual é considerado, para fins de colação, apenas o valor do bem doado, excluindo-se do cálculo a cotação das benfeitorias acrescidas, as quais pertencerão ao herdeiro donatário, bem como os rendimentos, lucros, danos e/ou perdas, que também correrão por conta do referido herdeiro.

5. Conclusão

Muito em razão da importância da matéria, o tratamento desta questão não é pacífico na doutrina e na jurisprudência, que apresentam distintos entendimentos de acordo com as

especificidades do caso concreto, em razão das próprias peculiaridades de cada contexto sucessório.

Diante do exposto, sendo a vontade do detentor do patrimônio distribuir a parte disponível de seus bens aos herdeiros legítimos antes do seu falecimento, importante realizar um planejamento sucessório sólido e seguro, a fim de evitar questionamentos futuros por parte daqueles não beneficiados por doações pretéritas, sob a alegação de eventual desequilíbrio do cálculo final do montante de legítima, a qual teria sido desfalçada antes da abertura da herança por ato de liberalidade que privilegia alguns herdeiros necessários em detrimento de outros.

⁸ JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. Instituições de Direito Civil. v. IV. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019, p. 849.

Estruturas de Alienação de Imóvel no Âmbito Sucessório

Daniel Alt da Silva
Fábio Machado Baldissera

A temática da alienação imobiliária no âmbito sucessório é suscetível de provocar dor de cabeça nos herdeiros, visto que, além da necessária elaboração do luto por conta da perda do ente querido, o processo de inventário e partilha pode ser mais moroso, burocrático e custoso do que se pensa. Os percalços, a título ilustrativo, podem estar na regularização de imóveis, na fase de avaliação dos bens, no momento de quitação de possíveis dívidas e pagamento de impostos, entre outras questões.

De outro lado, pode existir a premência de venda para não arruinar o patrimônio em razão dos custos de manutenção, assim como nas hipóteses em que há a necessidade de alienação emergencial em função de dívidas, ou da própria subsistência dos herdeiros. À vista disso, a proposta é discorrer brevemente sobre as estruturas mais utilizadas na venda de imóvel no campo da sucessão hereditária.

Nesse passo, segundo o artigo 1.784 do CC, que positivou o *droit de saisine* na nossa legislação, uma vez aberta a sucessão, a herança é transmitida, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários. É possível extrair de tal dispositivo que, havendo o óbito, o conjunto patrimonial deixado, por meio de uma “ficção jurídica”, passa à titularidade dos sucessores, independentemente de qualquer ato ou formalidade, pelo que “os bens da herança não ficam, em momento algum, acéfalos, sem titularidade”.¹ A herança, tida como universalidade de direito, estimada em sua unidade, inclusive detendo características de bem imóvel, perdura com tais qualidades até que seja efetivado o inventário, seja judicial ou extrajudicial, necessário para a regularização da situação sucessória e divisão do monte hereditário líquido. Ou seja: enquanto o espólio existir, o direito dos sucessores quanto à propriedade e à posse será indivisível, nos termos do artigo 1.791, parágrafo único, do Código Civil.

Num primeiro plano, não obstante dito cenário, os direitos hereditários podem ser cedidos a terceiros, conforme artigo 1.793 do CC. Essa alienação, cumpre esclarecer, transfere o quinhão hereditário, e não a condição personalíssima de herdeiro, podendo ocorrer de modo gratuito ou oneroso, no todo ou em parte, sempre respeitado o direito de preferência dos demais sucessores.

¹ SIMÃO, José Fernando. Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência. Anderson Schreiber, Flávio Tartuce, José Fernando Simão, Marco Aurélio Bezerra de Melo e Mário Luiz Delgado. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1411.

“A título oneroso, a cessão equivale a uma compra e venda; e a título gratuito, equivale a uma doação”.² Além disso, a transação não reclama autorização judicial, salvo nos casos que envolva absolutamente incapaz. E quanto à solenidade, independentemente do valor atribuído, a cessão de direitos hereditários deve rigorosamente ser celebrada por intermédio de escritura pública, sob pena de nulidade, tal como prevê o artigo 166, inciso IV, do Código Civil.

Contudo, uma restrição é digna de anotação: seguindo a orientação do artigo 1.793, §2º, do Código Civil, e tendo em vista o princípio da indivisibilidade da herança, a cessão de herança sobre bem singularmente considerado será ineficaz, somente produzindo efeitos se o bem tocar ao herdeiro cedente quando da partilha. A questão em destaque, aliás, já restou apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento proferido no Recurso Especial nº 1.809.548/SP. O relator, Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, assim ponderou:

[...] a) a cessão de direitos hereditários sobre bem singular, desde que celebrada por escritura pública e não envolva o direito de incapazes, não é negócio jurídico nulo, tampouco inválido, ficando apenas a sua eficácia condicionada a evento futuro e incerto, consubstanciado na efetiva atribuição do bem ao herdeiro cedente por ocasião da partilha; b) a ineficácia se opera somente em relação aos demais herdeiros; c) se celebrado pelo único herdeiro ou havendo a anuência de todos os coerdeiros, o negócio é válido e eficaz desde o seu nascimento, independentemente de autorização judicial, pois o que a lei busca evitar é que um único herdeiro, em prejuízo dos demais, aliene um bem que ainda não lhe pertence.³

Ainda que o tema esteja submetido à controvérsia, a questão relacionada ao plano da eficácia do negócio jurídico, observado o viés prático, é passível de superação. A cessão de direitos hereditários, mesmo nas situações de disposição individualizada, será válida e eficaz se firmada por todos os sucessores da herança. Tal posicionamento não é uníssono, mas é de grande valia no deslinde do inventário, sendo capaz de evitar maiores dissabores.

Em segundo lugar, exsurge a promessa de compra e venda, cujo conteúdo costuma dar início ao acordo de vontades. É o chamado contrato preliminar, com imensa utilidade prática, sobretudo por conferir segurança aos negociantes.⁴ A composição, geralmente feita por instrumento particular, permite às partes o estabelecimento de condições essenciais, tais como preço, forma de pagamento, outorga da posse e da escritura e demais condicionantes. Além disso, caso firmada por um único herdeiro, deve contemplar condição suspensiva ou resolutiva, visto que o evento futuro e incerto representado pela condição pode resultar na impossibilidade de transferência do imóvel objeto do acervo hereditário em razão de várias questões próprias do inventário, tais como dívidas que superem o patrimônio. De mais a mais, com base na restrição do artigo 1.793 do Código Civil, antes tratada, é ideal, para fins de segurança, que a efetivação conte com todos os sucessores universais. Não bastasse isso, em que pese o procedimento seja incomum, visto

² VIEIRA DE CARVALHO, Luiz Paulo. Direito das Sucessões. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 148.

³ STJ, 3ª Turma, Recurso Especial nº 1.809.548/SP, Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 19.05.2020.

⁴ A propósito, vide os artigos 1.417 e 1.418, ambos do Código Civil.

que “normalmente, o tema não surge na vida forense”,⁵ nada impede que, havendo consenso e anuência dos demais personagens, o contrato de promessa de compra e venda seja celebrado pelo administrador provisório, considerado o possuidor direto dos bens que compõe a herança.

Por último, é relevante sublinhar a alternativa de venda via alvará judicial. No ponto, apesar de o artigo 1.793, §3º, do Código Civil prever a consequência de ineficácia, a operação translativa de bem do acervo hereditário, pendente a indivisibilidade, e sem prévia autorização do juiz da sucessão, está sujeita ao regime da nulidade. Em adendo, inviável esquecer a previsão do artigo 619, inciso I, do Código de Processo Civil, que impõe ao inventariante, pessoa que representa todo o acervo hereditário deixado pela pessoa falecida, inclusive com a atribuição de promoção do regular andamento do expediente sucessório, a busca por chancela judicial para fins de alienação de bens de qualquer espécie, sob pena de invalidade. Em tais casos, o alvará pode ser solicitado de forma incidental no processo de inventário em andamento, assumido o encargo de prestação de contas, devendo ser oportunizada “a manifestação das partes, do fisco e do Ministério Público, quando obrigatória a intervenção”.⁶

Em viés diverso, nos casos de aviamento de inventário extrajudicial, com especial atenção aos requisitos exigidos pela legislação aplicável (plena capacidade dos herdeiros e consensualidade, por exemplo), a providência de alienação pode ser promovida via alvará autônomo, procedimento de jurisdição voluntária. A justificativa para tanto está configurada na incompetência do Tabelião de Notas para autorizar atos de disposição patrimonial, assim como na necessidade de fazer frente aos emolumentos e repercussões tributárias. A escritura pública de inventário e partilha, em suma, apenas servirá como instrumento apto a formalizar a vontade das partes, distribuindo os respectivos quinhões.

A prática em geral, no entanto, mostra que tais pleitos devem ser fundamentados de forma robusta e adequada, pois invariavelmente são vistos exemplos de indeferimento da medida pleiteada. Serve como exemplo o comando judicial proferido no Agravo de Instrumento nº 70084578277, julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que dispõe:

[...] a venda de bens arrolados em processos de inventário e arrolamento só pode ser admitida em hipóteses excepcionais, isto é, para a satisfação de dívidas do espólio, pagamento de credores ou de despesas decorrentes do próprio processo.

[...]

No caso dos autos, não há notícia da existência de dívidas ou despesas, de modo que o pedido está fundado unicamente na satisfação do interesse das partes, que, segundo reconhecem, negociaram o bem sem prévia autorização do juízo do inventário.

Em complemento ao contexto narrado, eis as razões de decidir declinadas no Agravo de Instrumento nº 70084436005, também julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

⁵ SIMÃO, José Fernando. Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência. Anderson Schreiber, Flávio Tartuce, José Fernando Simão, Marco Aurélio Bezerra de Melo e Mário Luiz Delgado. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1421.

³ CARVALHO, Dimas Messias de. Direito das Sucessões: inventário e partilha. 4. ed. Lavras: UNILAVRAS, 2016, p. 507.

Com efeito, lembro que inventário é o processo judicial, de jurisdição contenciosa, destinado a apurar o acervo hereditário e verificar as dívidas deixadas pelo de cujus, para, após o pagamento do passivo, estabelecer a divisão dos bens deixados entre os herdeiros, consistindo, assim, no procedimento destinado a entregar os bens herdados aos seus titulares, fazendo-os ingressar efetivamente no patrimônio individual dos herdeiros. E é através do inventário que se nomeia o inventariante a quem compete resolver todas as pendências existentes em nome do falecido e referente aos bens por ele deixados.

O pedido de expedição de alvará judicial para a alienação de bem imóvel no curso do processo de inventário é providência excepcional e somente se justifica quando há efetiva necessidade, o que incorre na espécie, mormente quando existe interesse de incapaz a ser preservado.⁸

É dizer: em alguns casos, há um certo excesso de cautela do Poder Judiciário no deferimento de alvarás para venda de imóveis, circunstância que, ao nosso sentir, mais prejudica o sistema do que ajuda, porquanto os herdeiros estão suscetíveis a sofrer perdas importantes com a privação do patrimônio, revestida em exigências judiciais que nem sempre são razoáveis. Existem, em alternativa, outros meios de assegurar credibilidade ao negócio, superando a singela negativa jurisdicional.

Feitas essas considerações, cumpre elencar as estruturas que podem ser utilizadas para alienação de imóvel: (i) cessão de direitos hereditários contemplando específico bem imóvel, a ser instrumentalizada por escritura pública, desde que presente o consenso de todos os herdeiros; (ii) contrato de promessa de compra e venda, com a representação formalizada pelo administrador provisório ou inventariante, observada, necessariamente, a anuência de todos os sucessores; (iii) alienação mediante alvará judicial, ouvidos todos os interessados e assumido o compromisso de prestação de contas, registrada a opinião de que tais alienações devem ser olhadas de maneira mais finalística e menos receosa.

⁸ TJRS, 7ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 70084436005, Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 28.10.2020.

Disposições Testamentárias e Planejamento Sucessório

Daniela Russowsky Raad

O testamento é o instrumento pelo qual toda pessoa capaz pode dispor de seus bens para efeitos post mortem, tendo caráter personalíssimo e sendo passível de alteração a qualquer tempo, conforme a intenção do testador. Em razão de suas características próprias e pelo grau de liberdade conferido no ato da disposição, o testamento é uma das ferramentas mais recorrentes quando se trata de planejamento sucessório.

O seu emprego deve ser analisado com base em requisitos formais, na limitação – em específico – da disposição sobre a legítima, e na intenção do autor da herança. Em suas formas ordinárias, o testamento pode ser público, cerrado ou particular. O público é formalizado em Tabelionato de Notas, firmado em conjunto por duas testemunhas, pelo tabelião e pelo próprio testador, ficando registrado na serventia. O cerrado, por sua vez, além de firmado por duas testemunhas, deverá ser aprovado, cerrado e entregue ao testador pelo tabelião. E, em terceiro, o testamento privado confere maior grau de privacidade ao testador – ainda que menor grau de segurança de seu conhecimento após a morte –, porquanto não é levado a registro no cartório, devendo conter a firma de três testemunhas.

A questão central é que, independentemente da forma escolhida pelo interessado, há disposições testamentárias que adquirem especial relevância quando se objetiva o planejamento sucessório. Como ponto de partida, há que se destacar que a intangibilidade da legítima é a principal limitação da livre disposição para fins de organização patrimonial, e as consequências para o seu desrespeito não invalidam o instrumento em sua totalidade, solucionando-se a questão através da redução da disposição. É o paradigmático dilema da valorização da vontade do indivíduo dentro do espaço normativo.

O testamento, como bem percebido, abre um leque de opções ao autor da herança para fins da destinação patrimonial almejada no futuro. Dentre as possibilidades – cuja pretensão não é esgotar nesta análise –, a inclusão de herdeiro testamentário, o aumento de quinhões hereditários, a definição da composição dos quinhões, a instituição de usufruto e até mesmo de alimentos são disposições valiosas para aquele que pretende se valer do testamento como ferramenta de planejamento sucessório.

De pronto, tem-se as denominadas inclusões, que se referem justamente a faculdade do testador de incluir herdeiros à sua sucessão. Quando se trata da parte disponível – a metade do patrimônio para livre direcionamento, porquanto reservada a legítima –, a inclusão pode ocorrer tanto para aumentar o quinhão de determinado herdeiro necessário, como para favorecer um

terceiro que não entraria na ordem de sucessão pelo regramento jurídico. Excetuados os casos previstos no art. 1.801 do Código Civil, “o testador tem liberdade para testar em favor de quem escolher, pessoa física ou jurídica, já concebida/constituída, ou mesmo prole eventual ou pessoa jurídica futura na forma de fundação”.¹

A nomeação de herdeiro pela via do testamento gera como consequência direta a diminuição do quinhão que seria percebido pelo herdeiro necessário caso inexistente tal direcionamento. Isso pois, como referido anteriormente, a ausência de disposição de última vontade faz aplicar a ordem de vocação hereditária prevista no art. 1.829 do Código Civil, em que se determina o arranjo da sucessão aos herdeiros necessários. Nesse sentido, não havendo testamento, a totalidade do patrimônio – disponível e indisponível – obedecerá a ordem legal e beneficiará os sucessores instituídos pela legislação. O que se verifica é que a simples nomeação de herdeiros possui o condão de, além de permitir o direcionamento de patrimônio para outra pessoa, automaticamente interferir nos quinhões que serão recebidos pelos herdeiros necessários.

A instituição de herdeiros, para mais, pode ser na qualidade de testamentários e/ou legatários, a depender da intenção optada pelo testador, que tem a faculdade de especificar em menor e maior grau os detalhes da partilha patrimonial que almeja. A sucessão testamentária pode ser “aquela em que somente se instituem herdeiros, sem especificar os bens a eles atribuídos; e a que envolve a especificação dos bens aos mesmos”.² Na primeira hipótese encontra-se o herdeiro testamentário, que é designado a receber quota ideal da herança; já na segunda está o legatário, cujo patrimônio a perceber é definido e especificado pelo autor. Este é, sem dúvidas, um recurso precioso oportunizado pelo testamento.

O art. 2.014 do Código Civil confere ao testador a prerrogativa de “indicar bens e valores que devem compor os quinhões hereditários, deliberando ele próprio a partilha, que prevalecerá, salvo se o valor dos bens não corresponder às quotas estabelecidas”. Esta possibilidade tende a ser aplicada de forma positiva no caso de o autor da herança identificar e privilegiar a conexão dos futuros herdeiros em relação ao patrimônio deixado, seja pelo vínculo de utilização residencial, profissional, ou identificação de cada herdeiro com determinado bem.³ É o caso, a exemplo, de um determinado sucessor residir em imóvel, enquanto o irmão, também herdeiro, utiliza a casa da praia por lazer, ambos bens de propriedade do testador. Neste evento, o autor da herança poderia testar no sentido de deixar para cada um dos filhos o bem que melhor lhes conviesse, respeitando os quinhões mínimos definidos pela legítima, ou, ainda, superá-los sob a prerrogativa de disposição da parte disponível.

¹ BANNURA, Jamil Andraus Hanna. O uso do testamento como ferramenta de planejamento sucessório. Disponível [aqui](#). Acesso em: 22 de jun. 2020.

² RIZZARDO, Arnaldo. Direito das Sucessões. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 407.

³ NAVARES, Ana Luiza Maia. Perspectivas para o planejamento sucessório. In: Arquitetura do Planejamento Sucessório. Daniele Chaves Teixeira (coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 344 – 287. CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. Direito das Sucessões. 2. ed. São Paulo: 2015, p. 612.

Ainda no contexto do legado, há que se referir que os bens apontados não precisam, necessariamente, possuir valor econômico, podendo se tratar de objetos de significado moral e afetivo, por exemplo.⁴ Outra especificidade relevante dessa modalidade é que o legatário pode ser nomeado de forma pura e simples, ou condicional. A primeira, como a própria denominação revela, não possui cláusula impositiva, de limitação ou modificação para a sucessão do legatário, transmitindo-se a propriedade a este, logo que aberta a sucessão. Ao seu turno, a nomeação condicional subordina o efeito do negócio jurídico – testamento – a evento futuro e incerto, sendo aplicado o regramento dos arts. 121 a 130 do Código Civil.

A condição instituída ao legatário pode ser suspensiva ou resolutiva, mas independentemente de “qual seja a condição imposta, ela tem de ser possível e lícita, sob pena de ser reputada não escrita e nula de pleno direito”.⁵ A primeira estabelece uma condição para o recebimento do legado, de modo que mesmo que aberta a sucessão, é necessária a realização daquela para a eficácia da transmissão da herança.⁶ Na prática, pode ser uma cláusula que estabeleça a nomeação de um neto para receber o escritório de advocacia do avô, no caso de aprovação no exame da ordem – exemplo que abarca, também, a intenção do planejamento sucessório em simplificar a partilha com a designação de bens com os quais os beneficiados possuam um vínculo. A condição fica clara no ponto em que o neto, neste caso, passa a ser titular de um direito eventual, ainda pendente da condição, que é “subordinada a um evento futuro e incerto”.⁷

A condição resolutiva, por seu lado, objetiva a extinção de determinado direito conferido pelo testamento, quando da ocorrência de determinado tempo ou evento.⁸ Nesse caso, tem-se como exemplo a disposição testamentária que nomeia um filho legatário, deixando a este um apartamento até sua formatura. No momento em que a condição ocorrer – o filho se formar –, a cláusula se esvai. No entanto, caso a condição nunca se concretize, e o filho não se forme, o apartamento permanece com o legatário, como se fosse nomeado de forma simples e pura.⁹

A disposição de última vontade proporciona ao testador, também, o estabelecimento de modalidades de assistência a beneficiários escolhidos, com a instituição de legado de usufruto, ou de legado de alimentos. Em ambos os casos, não há interferência no direito de propriedade do bem, que será transmitido conforme o modelo de sucessão aplicável. A título de planejamento sucessório essa prerrogativa é bastante relevante, porquanto permite o amparo de determinado

⁴ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Sucessões*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 411.

⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. Sucessões*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 371, V. 7.

⁶ Art. 125, CC. Subordinando-se a eficácia do negócio jurídico à condição suspensiva, enquanto esta se não verificar, não se terá adquirido o direito, a que ele visa.

⁷ CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das Sucessões. Inventário e Partilha*. 4. ed. Lavras: Unilavras, 2016, p. 344 – 345.

⁸ Art. 127, CC. Se for resolutiva a condição, enquanto esta se não realizar, vigorará o negócio jurídico, podendo exercer-se desde a conclusão deste o direito por ele estabelecido.

Art. 128, CC. Sobrevindo a condição resolutiva, extingue-se, para todos os efeitos, o direito a que ela se opõe; mas, se aposta a um negócio de execução continuada ou periódica, a sua realização, salvo disposição em contrário, não tem eficácia quanto aos atos já praticados, desde que compatíveis com a natureza da condição pendente e conforme aos ditames de boa-fé.

CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das Sucessões. Inventário e Partilha*. 4. ed. Lavras: Unilavras, 2016, p. 345.

legatário cuja proteção é desejada pelo testador. No caso do usufruto, o art. 1.921 do Código Civil refere que, caso não instituído o tempo de duração, este beneficia o legatário durante toda a sua vida, independentemente, então, a sua situação financeira.

No que tange ao legado de alimentos, “o testador pode impor, a um ou a alguns herdeiros, o dever de prestar alimentos ou pagar uma renda a determinada pessoa”.¹⁰ Essa prestação visa, segundo o art. 1.920 da codificação civilista, abarcar o “sustento, a cura, o vestuário e a casa, enquanto o legatário viver, além da educação, se ele for menor”. E, considerando a natureza alimentar da disposição, essa parcela é impenhorável, inalienável, intransmissível e incomunicável, integrando patrimônio particular daquele cônjuge/companheiro que a recebe. Mais, nota-se que no caso de não estabelecido o valor dos alimentos, este deverá ser arbitrado judicialmente, e, deixando o testador de fixar termo final para a prestação, esta será vitalícia.

Muito importante, ainda dentro do contexto da possibilidade de disposição testamentária que reflete, diretamente, a vontade do autor da herança, está a viabilidade de aplicar a especificação dos bens que constituirão os quinhões dos herdeiros, em casos em que há quotas ou ações societárias que integram o patrimônio do de cujus. Especialmente nestas situações, o planejamento sucessório é muito visado, dado que uma sucessão desastrosa pode ocasionar a perda de eventual controle societário pela fragmentação da participação, má gestão da empresa, e até dilapidação do patrimônio. É possível, portanto, respeitados os limites legais, deixar determinado herdeiro com as quotas societárias, enquanto o outro é beneficiado com determinado imóvel de valor correspondente.

Essa solução previne possíveis litígios societários se as quotas ou ações são deixadas a apenas um dos herdeiros, mas, caso mantida a sucessão destas últimas para mais de um sucessor, mesmo que em iguais proporções, remanesce a dificuldade acerca da administração da empresa. Em outras palavras, o testamento permite a designação da participação societária a herdeiro específico, conquanto respeitada a legítima de todos os herdeiros necessários. A dificuldade é que a disposição testamentária nesse sentido “não resolve o problema da empresa ou empresas, na medida em que não permite definir uma distribuição de funções no âmbito das unidades produtivas”.¹¹ Fica claro, portanto, que a resposta ideal para a sucessão empresarial é a combinação das ferramentas de planejamento sucessório em busca da concretização da vontade do autor da herança, conforme o caso concreto.

Como se pode observar, a liberdade constante do conteúdo das cláusulas testamentária é extensa e, se bem empregada, possui condão de especificar, nos mais detalhados termos, a forma como o patrimônio deixado pelo de cujus será partilhado ou destinado. Não há, todavia, solução modelo que se aplique a todas as situações e que responda à altura de todos os anseios dos

¹⁰ WALD, Arnaldo. Direito Civil. Direito das Sucessões. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 243.

¹¹ MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. Holding Familiar e suas vantagens. Planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 90 – 91.

indivíduos; o valor do testamento está justamente na capacidade do seu emprego adequado às aspirações do autor da herança que tem a prerrogativa de organizar a sua sucessão, minimizando possíveis conflitos e fazendo valer sua vontade para depois do fim de sua vida. O mote central é, finalmente, a necessidade de otimização dos recursos disponíveis para o planejamento sucessório, que permitem, sem sombra de dúvidas, o exercício da autonomia privada – ainda que em medidas menores do que as muitas vezes ambicionadas.

Sucessão de bens no exterior: aspectos processuais

Ricardo Quass Duarte
Stephanie Goularte

Quando uma pessoa morre e deixa bens no Brasil e no exterior, é comum surgirem as seguintes dúvidas relacionadas ao direito das sucessões:

1. Deve ser feito apenas um inventário, no Brasil, abrangendo todos os bens? Ou devem ser feitos tantos inventários quantos forem os países onde se localizem os bens?
2. Se houver necessidade de vários inventários em diferentes países, qual lei deve ser aplicada pelos respectivos juízes?
3. O espólio deve ser tratado como um todo, fazendo-se as devidas compensações para que os herdeiros recebam a mesma quota? Ou cada juiz de cada país determinará a divisão dos bens, de acordo com as suas respectivas leis?

Inicialmente, é importante fazer uma distinção sobre jurisdição e lei aplicável, que nem sempre é bem percebida nesse tipo de análise.

A jurisdição diz respeito ao local onde o processo irá tramitar. Vale dizer: o processo de inventário deve ser instaurado perante a Justiça de qual país? Outra questão, bem diferente, é a lei de direito material a ser aplicada pelo juiz do país onde o processo será ajuizado.

No sistema jurídico brasileiro, as regras sobre jurisdição estão previstas nos artigos 21 a 25 do Código de Processo Civil ("CPC"). Já a lei aplicável é determinada por regras de direito internacional privado, que, no Brasil, estão previstas no Decreto-lei nº 4.657/1943, mais conhecida como Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro ("LINDB").

Assim, embora essa afirmação possa soar estranha, é perfeitamente possível que o juiz brasileiro tenha jurisdição para julgar uma determinada causa, mas tenha de aplicar o direito estrangeiro. Se um contrato é assinado na Itália, mas o réu tem domicílio no Brasil, o juiz brasileiro tem jurisdição para julgar a causa, com base no art. 21, I, do CPC, mas deverá aplicar o direito italiano, nos termos do art. 9º da LINDB. O art. 14 da LINDB dispõe que, "não conhecendo a lei estrangeira, poderá o juiz exigir de quem a invoca prova do texto e da vigência". E o art. 17 dessa mesma lei estabelece que "as leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes".

Assim, quando uma pessoa morre deixando bens em vários países, deve-se primeiro indagar qual país tem jurisdição para conduzir o inventário, e, após, qual lei será aplicável para regular a sucessão.

O artigo 23, II, do Código de Processo Civil é expresso ao reconhecer que compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra, proceder ao inventário e partilha de bens (móveis ou imóveis) situados no Brasil, independentemente do domicílio ou da nacionalidade do autor da herança. Assim, havendo bens no Brasil, o juiz brasileiro tem jurisdição exclusiva para determinar a partilha dos bens (ressalvada, obviamente, a possibilidade de o inventário ocorrer de forma extrajudicial). Trata-se de uma regra de soberania, de modo que, se um juiz estrangeiro deliberar sobre a partilha de bens localizados no Brasil, essa decisão será ineficaz perante a Justiça brasileira, pois não será homologada pelo Superior Tribunal de Justiça.

A *contrario sensu*, tanto a doutrina¹ como a jurisprudência² entendem que juízes brasileiros não podem deliberar sobre bens situados no exterior. Vigora, no Brasil, o *princípio da pluralidade dos juízos sucessórios*, o que significa dizer que, se o falecido deixou bens em vários países, deverão ser abertos tantos inventários quantos forem os países onde se localizem os bens.

A segunda questão diz respeito à legislação de direito material aplicável ao processo de inventário. Vale dizer: se um estrangeiro, domiciliado no exterior, deixa bens no Brasil, deve o juiz brasileiro aplicar a lei brasileira ou a lei estrangeira, para regular a sucessão?

O art. 10 da LINDB estabelece que a sucessão deve ser regulada pela lei do país em que domiciliado o falecido, qualquer que seja a natureza e a situação dos bens. Assim, se o de *cujus*, qualquer que fosse a sua nacionalidade, era domiciliado na França, mas deixou bens no Brasil, o inventário deve ser processado na Justiça brasileira, mas, como regra, o juiz deverá aplicar a lei francesa. É a lei francesa que determinará quem são os herdeiros, a ordem de vocação hereditária, etc.

¹ "Se há bens situados no Brasil e bens situados no estrangeiro onde a lei estrangeira tem de ser atendida, só os bens situados no Brasil é que são objetos do inventário e partilha no juízo brasileiro" (Pontes de Miranda, Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo II, 3ª edição, atualização legislativa de Sérgio Bermudes, p. 226); "Resolver o juiz brasileiro aplicar as disposições pátrias a bens de herança, sítos fora do Brasil é, evidentemente, proferir uma sentença no vácuo, que não seria respeitada nem cumprida no lugar da situação dos mesmos bens (Haroldo Valadão, RT 521/119-120).

² "Não resta sequer instaurada a jurisdição brasileira para deliberar sobre bens imóveis situados no estrangeiro, tampouco para proceder a inventário ou à partilha de bens imóveis sítos no exterior. O solo, em que se fixam os bens imóveis, afigura-se como expressão da própria soberania de um Estado e, como tal, não pode ser, sem seu consentimento ou em contrariedade ao seu ordenamento jurídico, objeto de ingerência de outro Estado" (STJ, REsp nº 1.362.400, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. 28/04/2015); "Adotado no ordenamento jurídico pátrio o princípio da pluralidade de juízos sucessórios, inviável se cuidar, em inventário aqui realizado, de eventuais depósitos bancários existentes no estrangeiro" (STJ, REsp nº 397.769/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 25/11/2002); "O inventário e a partilha devem ser processados no lugar da situação dos bens deixados pelo falecido, não podendo o juízo brasileiro determinar a liberação de quantia depositada em instituição financeira estrangeira" (STJ, REsp nº 510.084-SP, rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 04/08/2005); "O juízo do inventário e partilha não deve, no Brasil, cogitar de imóveis sítos no estrangeiro. Aplicação do art. 89, inc. II, do CPC" (STJ, REsp nº 37.356-SP, rel. Min. Barros Monteiro, Quarta Turma, j. 22/09/1997).

Essa regra, contudo, não é absoluta.

O § 1º do art. 10 da LINDB dispõe que, se o falecido era estrangeiro e domiciliado no exterior, e deixou cônjuge ou filhos brasileiros, a lei do seu último domicílio não será aplicada se a lei brasileira for mais benéfica para o cônjuge e os filhos. Na mesma linha, o art. 5º, XXXI, da Constituição Federal (CF) estabelece que “a sucessão de bens de estrangeiros situados no País será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do ‘de cujus’”.

Assim, na hipótese citada acima, se a lei francesa estabelecer que o cônjuge não participa da sucessão e, pelo regime de bens do casal, a lei brasileira dispuser que o cônjuge é considerado herdeiro, a lei brasileira será aplicada. Ademais, em alguns casos, a jurisprudência tem flexibilizado a referida regra, ainda que contrariamente ao texto da legislação, principalmente quando há imóveis localizados no país.

Em 2015, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que “o art. 10 da LINDB, ao estabelecer a lei do domicílio do autor da herança para regê-la, não assume caráter absoluto. A conformação do direito internacional privado exige a ponderação de outros elementos de conectividade que deverão, a depender da situação, prevalecer sobre a lei de domicílio do *de cujus*. Na espécie, destacam-se a situação da coisa e a própria vontade da autora da herança ao outorgar testamento, elegendo, quanto ao bem sito no exterior, reflexamente a lei de regência. O art. 10, *caput*, da LINDB deve ser analisado e interpretado sistematicamente, em conjunto, portanto, com as demais normas internas que regulam o tema, em especial o art. 8º, *caput*, e § 1º do art. 12, ambos da LINDB e o art. 89 do CPC”.³

Aplicando o referido precedente, em 2019 o Tribunal de Justiça de São Paulo afastou a incidência da lei espanhola para um processo de inventário de dois imóveis localizados no Brasil, mesmo considerando que a falecida era domiciliada na Espanha. Entendeu aquele Tribunal que “deve reger a sucessão que recaia sobre bens imóveis, a lei do local em que estejam situados, pouco importando o domicílio ou a nacionalidade do autor da herança. Daí porque, versando a hipótese dos autos sobre imóveis situados no Brasil, é evidente que devem ser aplicadas as disposições da lei brasileira em matéria de sucessão”.⁴

Esse entendimento merece críticas, pois o art. 10 da LINDB é muito claro no sentido de que é a lei do último domicílio do *de cujus* que deve regular a sucessão. Se a intenção do legislador fosse a de ressaltar a hipótese de imóveis localizados no Brasil, ele certamente o teria feito, de forma expressa. A única flexibilização possível é a hipótese prevista no art. 5º, XXXI, da CF e no § 1º do art. 10 da LINDB, qual seja: a lei estrangeira só não será aplicável se a lei brasileira for mais favorável ao cônjuge ou filhos brasileiros.

³ STJ, REsp nº 1.362.400, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. 28/04/2015.

⁴ TJSP, Agravo de Instrumento nº 2146717-83.2019.8.26.0000, rel. Des. Rodolfo Pellizari, 6ª Câmara de Direito Privado, j. 02/09/2019.

Não há que se falar em interpretação sistemática do art. 10 com o art. 8º da LINDB, pois o seu âmbito de incidência é totalmente distinto. O art. 10 trata, especificamente, de sucessão causa mortis; o art. 8º, por sua vez, ao dispor que “para qualificar os bens e regular as relações a eles concernentes, aplicar-se-á a lei do país em que estiverem situados”, trata de atos *inter vivos*. Não há como misturar os assuntos, pois, falecendo o dono do bem, aplica-se a regra de sucessão (art. 10), e não o art. 8º.

Também não há como invocar os arts. 12 da LINDB e 89 do CPC de 1973 (art. 23 do CPC atual), pois essas normas tratam de regras de jurisdição, e não da lei material que o juiz deve aplicar.

Nesse sentido, ao julgar o Recurso Especial nº 1.362.400, acima citado, o STJ deveria ter analisado o caso apenas sob a ótica da jurisdição, e não da lei aplicável. Afinal, ao constatar que o caso dizia respeito a sucessão de imóvel situado na Alemanha, o STJ deveria ter cessado a sua análise ali, ao concluir que “não resta sequer instaurada a jurisdição brasileira para deliberar sobre bens imóveis situados no estrangeiro, tampouco para proceder a inventário ou à partilha de bens imóveis sítos no exterior. O solo, em que se fixam os bens imóveis, afigura-se como expressão da própria soberania de um Estado e, como tal, não pode ser, sem seu consentimento ou em contrariedade ao seu ordenamento jurídico, objeto de ingerência de outro Estado”.

Afinal, se a jurisdição para inventariar um bem imóvel localizado na Alemanha é exclusiva do juiz alemão, não cabe ao STJ analisar se o juiz alemão deveria, ou não, aplicar a lei brasileira. Em relação aos bens localizados no exterior, os juízes dos respectivos países deverão verificar as disposições de suas próprias leis de direito internacional privado (equivalentes à LINDB) para determinar qual legislação deve ser aplicada. O critério pode, ou não, coincidir com o critério brasileiro do último domicílio do falecido.

A terceira questão diz respeito à possibilidade de o juiz brasileiro levar em conta o que cada herdeiro recebeu no exterior para que, ao fazer a partilha no Brasil, determine o que cada herdeiro deve receber. A título de exemplo: se uma pessoa domiciliada no Brasil morrer deixando bens no Brasil e na Argentina e, no inventário argentino, o primeiro filho receber bens equivalentes a R\$100.000,00 e o segundo filho receber apenas R\$ 50.000,00, deve o juiz brasileiro levar esse fato em consideração ao partilhar os bens brasileiros, para que ambos recebam bens a mesma quantia total? Essa questão é bastante controversa.

Há quem entenda que o juiz de cada país deverá determinar a divisão dos bens de acordo com a lei aplicável, sem fazer compensações em virtude do que vier a ser deliberado em outros países. Do contrário, o Judiciário brasileiro estaria, ainda que indiretamente, interferindo na soberania de outros países, o que, como visto, é vedado pela interpretação a *contrario sensu* do art. 23, II, do CPC.

Em antigo julgado, o Supremo Tribunal Federal decidiu que, “partilhados os bens deixados em herança no estrangeiro, segundo a lei sucessória da situação, descabe à Justiça Brasileira computá-los na quota hereditária a ser partilhada, no País, em detrimento do princípio da

pluralidade dos juízos sucessórios, consagrada pelo art. 89, II do CPC".⁵

Há, contudo, quem defenda que o juiz brasileiro pode fazer as devidas compensações para equalizar as quotas hereditárias.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro decidiu recentemente que, "embora não se possam declarar, no inventário aberto no Brasil, bens situados no exterior, pode-se imputar o referido pagamento de quota hereditária feita em outro país, no inventário dos bens deixados no território nacional, para consideração da legítima devida aos herdeiros necessários".⁶

Por sua vez, o Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu que "se a autora da herança possui bens no Brasil e no Exterior, na partilha realizada segundo o direito brasileiro, será força considerar o valor do patrimônio alienígena para cômputo da legítima das herdeiras necessárias, sem que isso implique violação do art. 89, II, do Código de Processo Civil".⁷

Esse segundo entendimento, contudo, não se revela correto, pois, em última análise, implica violação ao princípio da pluralidade de juízos sucessórios, segundo o qual cada país deve tratar da sucessão dos bens nele localizados, aplicando as suas próprias leis (ou mesmo legislação estrangeira, a depender da respectiva regra de direito internacional privado aplicável), sem olhar para fora.

Ademais, como bem aponta Ana Luiza Maia Nevares, esse entendimento traz inúmeros problemas práticos.⁸ Em primeiro lugar, havendo bens em múltiplas jurisdições, torna-se bastante complexo aferir o valor do monte-mor. Como poderá o juiz brasileiro verificar o valor real de todos os bens que integram o acervo patrimonial do falecido? Em segundo lugar, se os bens no exterior foram atribuídos a um só dos herdeiros (por força de testamento, por exemplo), esses bens devem ser computados como parte da sua legítima no Brasil, ou devem ser tirados da parte disponível do testador? Em terceiro lugar, os impostos pagos na sucessão no exterior devem ser contabilizados e compensados? Em caso positivo, em qual proporção? Em quarto lugar, o que acontece se não houver no Brasil bens suficientes para fazer a compensação? Como bem apontou a referida autora, "a compensação, portanto, pode parecer simples e viável em primeira vista, mas pode, por outro lado, ensejar diversos questionamentos de difícil solução, ensejando insegurança para as partes envolvidas".

Vale registrar que essa situação não se confunde com a partilha de bens decorrente de divórcio. Nessa situação, a jurisprudência vinha admitindo que os bens localizados no exterior fossem computados na partilha, pois o art. 89, II, do CPC falava apenas em "inventário e partilha de bens", o que levou o STJ a entender que essa regra se aplicaria "apenas em casos de partilha por sucessão causa mortis".⁹

⁵ STF, RE 99.230-RS, Primeira Turma, rel. Min. Rafael Mayer, j. 22/05/84, RTJ 110/750.

⁶ TJRJ, AI nº 0082462-48.2019.8.19.0000, rel. Des. Carlos José Martins Gomes, 16ª Câmara Cível, j. 26/08/2020.

⁷ TJSP, AI nº 369.085.4/3-00, rel. Des. Carlos Biasotti, 4ª Câmara de Direito Privado, DJ 24/02/2005.

⁸ "A sucessão hereditária com bens situados no exterior", Pensar, Fortaleza, v. 24, n. 2, p. 1-13, abr./jun., 2019.

¹⁰ STJ, RESp nº 535.646-RJ, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, DJ 03/04/2005.

Em 2003, o STJ decidiu que, para efeito de partilha de bens situados no Brasil e no Líbano, decorrente de separação judicial, seria possível, caso a Justiça Libanesa não reconhecesse o direito de meação do cônjuge quanto aos bens existentes no Líbano, compensá-los nos autos em que se processa a separação e partilha de bens no Brasil.¹⁰

Em 2014, aquela Corte Superior voltou a se manifestar sobre o tema, decidindo que “o reconhecimento de direitos e obrigações relativos ao casamento, com apoio em normas de direito material a ordenar a divisão equalitária entre os cônjuges do patrimônio adquirido na constância da união não exige que os bens móveis e imóveis existentes fora do Brasil sejam alcançados, pela Justiça Brasileira, a um dos contendores, apenas a consideração dos seus valores para fins da propalada equalização”.¹¹

E, mais recentemente, o STJ considerou que, “ainda que o princípio da soberania impeça qualquer ingerência do Poder Judiciário Brasileiro na efetivação de direitos relativos a bens localizados no exterior, nada impede que, em processo de dissolução de casamento em curso no País, se disponha sobre direitos patrimoniais decorrentes do regime de bens da sociedade conjugal aqui estabelecida, ainda que a decisão tenha reflexos sobre bens situados no exterior para efeitos da referida partilha”.¹²

Essa discussão tende a se intensificar com a edição do novo CPC, pois o art. 23, III, passou a prever regra semelhante à do inventário, ao estabelecer que compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra, “em divórcio, separação judicial ou dissolução de união estável, proceder à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o titular seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional”.

Em conclusão, verifica-se que a sucessão de pessoas com bens em múltiplos países suscita diversas questões jurídicas complexas. De modo a evitar litígios que consomem tempo, dinheiro e energia dos herdeiros, é altamente recomendável a realização de um planejamento estruturado para organizar a eventual sucessão patrimonial, valendo-se de mecanismos como *holdings*, testamentos e *trusts*.

¹¹ STJ, REsp nº 1.410.958-RS, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 22/04/2014, Terceira Turma, DJ 27/05/2014.

¹² STJ, REsp nº 1.552.913-RJ, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, j. 08/11/2016.

André Luiz da Silva Gomes
Frederico Hilzendeger
Gabriel Najfeld Stanton

Em um mundo cada vez mais globalizado, e diante das incertezas econômicas e jurídicas no Brasil, tem-se mostrado cada vez mais recomendável organizar o patrimônio familiar. Na maioria das vezes, esse patrimônio cresceu também em virtude de oportunidades no exterior, quer em decorrência de maior segurança de uma moeda forte, quer em decorrência de maior estabilidade política e econômica, e da tradição de outras jurisdições.

Nesse sentido, no decorrer dos últimos anos houve um número crescente de transações envolvendo bens e direitos no exterior de residentes fiscais no Brasil e de jurisdições estrangeiras.¹ O presente artigo tem como finalidade analisar duas operações que estão sob a hipótese de incidência do Imposto sobre a Transmissão Causa Mortis e Doação (“ITCMD”) envolvendo beneficiários no Brasil com relação a bens no exterior: herança e doação.

De acordo com o artigo 155, §1º, inciso III, alíneas “a” e “b”, da Constituição Federal,² o ITCMD, tributo de competência dos Estados e do Distrito Federal, deve ser instituído por lei complementar especificamente no que tange aos casos em que (i) o doador tem domicílio ou residência no exterior, e (ii) o de cujus possuía bens, era residente ou domiciliado ou teve seu inventário processado no exterior. Ocorre que o Código Tributário Nacional não dispõe sobre o tema, e, decorridos mais de trinta anos da promulgação da Magna Carta, a lei complementar em questão inexistente.³

Não obstante a inexistência de lei complementar nesse intento, diversas unidades federativas preveem a incidência de ITCMD exatamente nos casos descritos acima, desconsiderando a

¹ A título de referência com relação ao patrimônio de residentes fiscais brasileiros com patrimônio no exterior, de acordo com os dados do Banco Central do Brasil acerca da Declaração de Capitais Brasileiros no Exterior relativa ao ano de 2019, havia 64.193 declarantes, pessoas físicas e jurídicas, e valor total declarado de USD 547 bilhões. O montante reflete os ativos estrangeiros detidos por residentes fiscais brasileiros, que podem ser referentes a depósitos em contas bancárias, a aplicações financeiras, ao patrimônio líquido de private investment companies (PICs), ao valor de trusts, ao valor de imóveis, entre outros.

² Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: I - transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos; (...) § 1º O imposto previsto no inciso I: (...) III - terá competência para sua instituição regulada por lei complementar: a) se o doador tiver domicílio ou residência no exterior; b) se o de cujus possuía bens, era residente ou domiciliado ou teve o seu inventário processado no exterior;

³ Os Projetos de Lei Complementar nº 363/2013 e nº 432/2017, que tratam de regulamentar a competência para instituição de ITCMD com doador domiciliado no exterior e de de cujus que tinha domicílio, bens ou o inventário processado no exterior, tramitam no Congresso Nacional.

exigência constitucional de lei complementar, como é o caso de São Paulo,⁴ Rio de Janeiro,⁵ Rio Grande do Sul,⁶ Minas Gerais,⁷ Pernambuco,⁸ entre outros. Já os Estados da Paraíba e do Rio Grande do Norte, por exemplo, fazem remissão à lei complementar, ainda que inexistente.

Diante desse contexto, o Fisco e os contribuintes revelam posições antagônicas.

De um lado, o Fisco defende a interpretação construída a partir do artigo 24, §3º, da Constituição Federal, e do artigo 34, §3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias,^{11 12} no sentido de que os Estados e Distrito Federal têm competência suplementar, de modo a editar as leis necessárias para a aplicação do sistema tributário nacional em face da inércia da União.

De outro lado, os contribuintes sustentam que os entes federados não têm competência para tratar das hipóteses previstas no artigo 155, §1º, inciso III, alíneas “a” e “b”, da Constituição Federal, enquanto não houver lei complementar federal, especialmente considerando as previsões do artigo 146 da Carta Magna quanto ao conteúdo e alcance de lei complementar em matéria tributária. Além disso, afirmam que a incidência de ITCMD sobre a doação e sobre a herança de bens e direitos no exterior implica dupla tributação, uma vez que a legislação alienígena pode ter mais elementos de conexão em relação aos eventos de doação e sucessão, e podendo haver espelhamento de legislação brasileira e estrangeira. Ou seja: uma tributação no domicílio do doador ou do de cujus, e outra no domicílio do donatário ou sucessor.

O Poder Judiciário já teve a oportunidade de analisar o tema em diversas ocasiões. O Órgão Especial da Corte Paulista, por exemplo, decidiu favoravelmente aos contribuintes, no sentido de que “não podia o legislador estadual sobrepor ao federal e regular a matéria, criando variado tratamento tributário entre as unidades Federativas”.¹³ Já o Órgão Especial do Tribunal do Rio de Janeiro decidiu que, deixando a União de editar normas gerais, exerce a unidade da federação a competência legislativa plena”.¹⁴

A partir do cenário exposto, fica clara a existência de um tratamento tributário (legislativo e judiciário) diferente, conferido por entes federativos distintos em relação a situações juridicamente idênticas. Em outras palavras, havia um evidente e grave problema de insegurança jurídica.

⁴ Lei nº 10.705/2000, art. 4º.

⁵ Lei nº 7.174/2015, art. 5º.

⁶ Lei nº 8.821/1989, art. 3º.

⁷ Lei nº 14.941/2003, art. 1º.

⁸ Lei nº 13.974/2009, art. 4º.

⁹ Lei nº 5.123/1989, art. 11.

¹⁰ Lei nº 5.887/1989, art. 4º.

¹¹ Art. 34. O sistema tributário nacional entrará em vigor a partir do primeiro dia do quinto mês seguinte ao da promulgação da Constituição, mantido, até então, o da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda nº 1, de 1969, e pelas posteriores. (...) § 3º Promulgada a Constituição, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão editar as leis necessárias à aplicação do sistema tributário nacional nela previsto.

¹² Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) § 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

¹³ Arguição de Inconstitucionalidade nº 0004604-24-2011.8.26.0000.

¹⁴ Arguição de Inconstitucionalidade nº 0189188-24.2011.8.19.0000.

A questão em comento inevitavelmente chegou ao Supremo Tribunal Federal. Em 2014, os autos referentes ao Recurso Extraordinário nº 851.108/SP foram recebidos na Suprema Corte em decorrência de um recurso interposto pelo Estado de São Paulo contra uma decisão favorável a um contribuinte. No ano de 2015, a Corte reputou o tema constitucional e reconheceu a existência de repercussão geral, de modo a decidir se os Estados-membros podem, ou não, fazer uso de sua competência legislativa plena, diante da inexistência de lei complementar que regule as previsões do artigo 155, §1º, inciso III, alíneas “a” e “b”, da Constituição Federal.

Ainda em 2015, a Procuradoria-Geral da República apresentou parecer favorável aos interesses dos contribuintes. Nos termos da manifestação do parquet, mostra-se “imprescindível a edição prévia de lei complementar, considerados seu papel especial na atribuição da competência tributária, o patente risco de bitributação internacional e a baixa densidade normativa da previsão constitucional”, de modo que os Estados-membros não podem fazer uso da competência legislativa plena enquanto inexistir lei complementar nesse sentido. Segundo a Procuradoria-Geral da República, o sistema tributário nacional é avesso à bitributação e, no que tange ao ITCMD “hipóteses plurilocalizadas, houve a preocupação de ampliar o papel tradicional da lei complementar, dando-lhe incumbência maior do que apenas dirimir potenciais conflitos”.

Em outubro de 2020, por meio de sessão virtual, o Supremo Tribunal Federal iniciou o julgamento do Recurso Extraordinário nº 851.108/SP, sob relatoria do Ministro Dias Toffoli. Em março de 2021 o julgamento foi concluído, tendo sido negado provimento ao Recurso Extraordinário do Estado de São Paulo, por maioria. No julgamento, favorável aos interesses dos contribuintes, foi fixada a tese de que: “É vedado aos estados e ao Distrito Federal instituir o ITCMD nas hipóteses referidas no art. 155, § 1º, III, da Constituição Federal sem a intervenção da lei complementar exigida pelo referido dispositivo constitucional”.

Entendemos acertada a tese fixada no julgamento do referido Recurso Extraordinário. Isso porque, tratando-se de matéria tributária, é imprescindível ter em conta o teor do artigo 146 da Constituição Federal, que prescreve que cabe à lei complementar dispor sobre conflitos de competência entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios (inciso I) regular as limitações ao poder de tributar (inciso II), bem como estabelecer as normas gerais quanto à legislação tributária (inciso III). Com base em tais previsões constitucionais, o voto prevalente do Ministro Relator assentou que “a função mais relevante da lei complementar, necessária à instituição do ITCMD, é exatamente delimitar as regras de competência, limitando ou determinando seu âmbito material”. Veja-se, pelo trecho do voto, que o argumento defendido pelo Fisco de que a instituição do ITCMD nos casos ora tratados estaria amparada na competência legislativa suplementar “em qualquer caso de inexistência de lei nacional (...) não corresponde à realidade”.

Importante notar, também, que o §3º do artigo 24, da Constituição Federal, invocado pelo Fisco para defender a possibilidade de exigir o ITCMD sem a existência de lei complementar, é claro no sentido de que a competência legislativa plena pode ser exercida pelos Estados

“inexistindo lei federal sobre normas gerais”. Ocorre que a lei complementar exigida pelo artigo 155, §1º, inciso III, alíneas “a” e “b”, da Constituição Federal, não diz respeito à regulamentação de normas gerais (inciso III do artigo 146, da Constituição Federal), mas à regulamentação de conflitos de competência (inciso I do artigo 146, da Constituição Federal).¹⁵ Por isso, inexistindo lei complementar sobre o assunto, mesmo transcorridos mais de trinta anos da promulgação da Magna Carta, não podem os Estados e o Distrito Federal exercer a competência legislativa para exigir ITCMD quando o doador for domiciliado no exterior, e quando o de cujus possuía bens, era residente, ou teve seu inventário processado em jurisdição estrangeira.

Nesse contexto, são as lições de Alberto Xavier:

(...) repare-se bem, não se está aqui perante a lei complementar no seu papel constitucional de veiculadora de “normas gerais”, atribuído pelo inciso III do art. 146, mas sim sua imprescindível função de “norma sobre competência”, conferido pelo inciso I do mesmo artigo, reguladora, por via preventiva, de conflitos de competência, em matéria tributária, entre os entes políticos da União.

Se é admissível o exercício supletivo pelos Estados, de uma competência concorrente em matéria de “normas gerais”, não o é em matéria de “conflitos de competência” em que a competência normativa não é concorrente, mas privativa da União, na forma da lei complementar, pois só esta, de âmbito de validade geral, é suscetível de prevenir a formação de concursos de pretensões dos diversos Estados e do Distrito Federal envolvidos na situação.¹⁶

Diante do cenário exposto, correta a tese fixada e o teor do julgamento do Recurso Extraordinário nº 851.108/SP quanto ao tema tributário, de modo a evitar, assim, o conflito de competência e a potencial dupla tributação no Brasil e no exterior com relação à doação e à sucessão. Nessa esteira, impende observar que a lei complementar que vier a ser publicada para regulamentar o comentado artigo 155, §1º, inciso III, alíneas “a” e “b”, da Constituição Federal, contemple mecanismos para evitar a dupla tributação nos termos apontados.

Vale destacar, ainda, que o Supremo Tribunal Federal, também por maioria, modulou os efeitos da sua decisão, que produzirá efeitos somente após a publicação do acórdão do julgamento, ressalvadas as ações judiciais pendentes de conclusão até referida publicação, e nas quais se discuta: (i) a qual Estado o contribuinte deve pagar o ITCMD, considerando a ocorrência de bitributação; e (ii) a validade da cobrança do imposto, não tendo sido pago anteriormente. Referida modulação de efeitos respeitando parte das ações em andamento no judiciário foi positiva se comparada àquela proposta originalmente pelo Ministro Relator, por ocasião do início

¹⁵ “Também foi o potencial conflito de competência que motivou o constituinte a prever lei complementar para regular a competência para a instituição do imposto sobre transmissão causa mortis e doação, quando o doador tiver residência ou domicílio no exterior ou se o de cujus possuía bens, era residente ou teve seu inventário processado no exterior (alíneas “a” e “b” do inciso III do § 1º do artigo 155”.

¹⁶ SCHOUERI, Luis Eduardo. Direito Tributário. São Paulo: Saraiva, 3. ed. 2015, p. 90-91.

¹⁷ Não se advoga, no ponto, a isenção heterônoma, o que é vedado pelo art. 151, inciso III, CF.

do julgamento, que não havia proposto quaisquer ressalvas.

A partir de agora, as atenções sobre o tema voltam-se ao legislativo federal e à publicação do acórdão. Isso porque, a partir da publicação do acórdão e enquanto não for editada Lei Complementar sobre a matéria, os Estados e o Distrito Federal não poderão exigir o ITCMD nos casos em que (i) o doador tiver domicílio ou residência no exterior, e (ii) o de cujus possuía bens, era residente ou domiciliado ou teve seu inventário processado no exterior, ressalvados os casos de preexistência de ação judicial retromencionada. Portanto, durante a inércia legislativa, os contribuintes têm a possibilidade de promover a reorganização patrimonial e sucessória em relação ao patrimônio no exterior com maior eficiência tributária, em especial se socorrendo ao poder judiciário.

Comentários sobre a não-incidência do ITCMD sobre VGBL

André Luiz da Silva Gomes
Frederico Hilzendeger

Atualmente existem diversas alternativas para a proteção patrimonial de um indivíduo e de seus familiares. De seguros e estruturas mais simples a estruturas mais robustas, são vários os instrumentos no âmbito do planejamento patrimonial e sucessório.

Dentre as alternativas mais populares e de fácil compreensão estão os chamados planos de previdência privada, oferecidos tanto por instituições financeiras quanto por alguns empregadores de maior porte. A opção mais utilizada por aqueles que declaram o Imposto de Renda de forma simplificada, ou por quem investe nesta modalidade mais do que 12% da sua renda bruta anual tributável, é o plano Vida Gerador de Benefícios Livres (“VGBL”).

A popularidade do VGBL deve-se a diferentes fatores, mas alguns elementos o destacam de outros produtos. Diferente de modalidades de previdência privada como o Programa Gerador de Benefício Livre (“PGBL”), em um plano de VGBL o imposto de renda incide somente sobre a rentabilidade acumulada até o resgate dos valores aplicados, no momento do próprio resgate, e não sobre o valor total resgatado. Ademais, os valores destinados a um plano de VGBL podem ser impenhoráveis,¹ além de o titular da aplicação ter liberdade de indicar os beneficiários do plano por ocasião do seu falecimento, diante da sua característica securitária com cobertura por sobrevivência.

Soma-se às vantagens expostas acima a economia gerada diante da transmissão direta aos beneficiários, dispensando os custos para o processamento do inventário e proporcionando liquidez em um momento bastante sensível. E, é em relação a esse momento, que surge uma polêmica: a incidência, ou não, do Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação (“ITCMD”) sobre os valores destinados aos beneficiários de um Plano VGBL por ocasião do falecimento do titular.

Em resumo, a discussão gira em torno da natureza jurídica do VGBL e, conseqüentemente, se ele deve ser tributado por ocasião do falecimento do titular do plano. Se o VGBL for entendido simplesmente como alternativa de previdência privada com natureza de investimento, diante da

¹ Lei 13.105/2015, art. 833, IV. Ademais, ver: STJ, REsp 1.121.719/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Segunda Seção, j. 12/02/2014, DJe 04/04/2014; STJ, REsp 1.361.354/RS, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j. 22/02/2018, DJe 25/06/2018.

sua possibilidade de resgate e capitalização dos investimentos (posição defendida por algumas Secretarias da Fazenda Estaduais e respectivas fiscalizações), estaria sujeito ao ITCMD. Por outro lado, se o VGBL for identificado como uma espécie de seguro de vida, que é a posição defendida pelos contribuintes e que entendemos estar correta, não estaria sujeito ao imposto.

Os argumentos doutrinários sobre o assunto predominam no sentido de que não incide ITCMD sobre os valores de VGBL. Contudo, como antecipado, a pretensão de diversos Estados vai em sentido oposto, o que levou a discussão para o judiciário e, mais recentemente, às bancadas legislativas por meio de projetos de lei.

Para tratar o assunto, cumpre observar que o ITCMD é um tributo de competência dos Estados e do Distrito Federal, cujo fato gerador é a transmissão causa mortis e a doação de quaisquer bens ou direitos, previsto no art. 155, I e § 1º da Constituição Federal. Mais especificamente para o caso que ora se discute, nos termos previstos na constituição o ITCMD incide sobre bens móveis, títulos e créditos, considerando o local de processamento do inventário, ou seja, incide sobre a herança, o conjunto patrimonial deixado pelo falecido.

Como é de conhecimento comum, o VGBL é uma alternativa popular de organização patrimonial, sendo incluída dentre os produtos de “previdência privada”. Em verdade, entretanto, é legalmente uma espécie de seguro com cobertura por sobrevivência. Esse é a definição dada pela própria Superintendência de Seguros Privados (“SUSEP”), autarquia da Administração Pública Federal brasileira responsável pela autorização, controle e fiscalização dos mercados de seguros, previdência complementar aberta, capitalização e resseguros no Brasil. Com efeito, a Circular SUSEP nº 339/2007 traz, no inciso I de seu artigo segundo, a definição de que um dos tipos de “planos de seguro de pessoas com cobertura por sobrevivência” é justamente o VGBL.²

Por se tratar de seguro, o VGBL tampouco pode integrar a herança de seu titular, assim entendido como quem contratou o plano. Isso porque, o artigo 794 do Código Civil é claro ao dispor que *“[n]o seguro de vida ou de acidentes pessoais para o caso de morte, o capital estipulado não está sujeito às dívidas do segurado, nem se considera herança para todos os efeitos de direito”*.

Ou seja, ainda que possa apresentar características de investimento ou aplicação financeira, tratando-se o VGBL de uma espécie de seguro e, portanto, não considerado como herança para todos os efeitos de direito, não há que se falar na inclusão do montante objeto do VGBL no conjunto patrimonial do falecido que será passado aos seus herdeiros. Consequentemente, ao escapar do patrimônio a ser transmitido aos herdeiros o VGBL não deve integrar a base de cálculo do ITCMD. Ora, se não é herança, o VGBL não é um dos bens móveis, títulos ou créditos deixados pelo falecido, fugindo, assim, da hipótese de incidência do ITCMD.

² Art. 2º Os planos de seguro de pessoas com cobertura por sobrevivência serão dos seguintes tipos:

I - VGBL – Vida Gerador de Benefício Livre, para designar planos que, durante o período de diferimento, tenham a remuneração da provisão matemática de benefícios a conceder baseada na rentabilidade da(s) carteira(s) de investimentos de FIE(s), no(s) qual(is) esteja(m) aplicada(s) a totalidade dos respectivos recursos, sem garantia de remuneração mínima e de atualização de valores e sempre estruturados na modalidade de contribuição variável; (...).

Não obstante, alguns Estados da Federação ignoram a natureza de seguro do VGBL, entendendo tratar-se de uma espécie de investimento, sujeitando tais valores à incidência do imposto, como é o caso do Estado do Rio de Janeiro. Outros estados, por sua vez, não dispõem expressamente em sua legislação sobre a natureza do VGBL, mas suas autoridades fiscais exigem o imposto sobre valores transferidos aos beneficiários por ocasião do processamento do inventário do titular do plano. Por essa razão a discussão foi levada ao judiciário, sendo que a grande maioria das decisões proferidas sobre o tema em Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo³ e Rio Grande do Sul,⁴ por exemplo, são favoráveis aos contribuintes. No Rio de Janeiro, inclusive, além de as decisões serem favoráveis aos contribuintes, a inconstitucionalidade da incidência do ITCMD foi inclusive declarada pelo Órgão Especial na Arguição de Inconstitucionalidade nº 0008135-40.2016.8.19.0000.⁵

No mesmo sentido é o entendimento Superior Tribunal de Justiça (“STJ”), cuja jurisprudência “é firme no sentido de que o denominado plano VGBL, nos termos do artigo 794 do Código Civil, tem natureza de contrato de seguro de vida, não integrando o acervo hereditário do de cujus, para todos os fins de direito”, sendo, portanto, “incabível a incidência do ITCMD”, conforme decidido nos autos do Recurso Especial nº 1.822.675.⁶

A despeito do entendimento que predomina na doutrina e na jurisprudência, recentemente percebeu-se diferentes iniciativas de alguns Governos Estaduais pretendendo a exigência do ITCMD sobre os valores do VGBL por meio de alterações legislativas. Sob o pretexto de enfrentar a crise econômica pelas quais os Estados estão passando, os Governos encaminharam propostas de “Reforma Tributária” no decorrer do ano de 2020, e dentre as propostas lá inseridas constava a incidência do ITCMD sobre o VGBL. Referidas propostas legislativas não prosperaram no ano de 2020, tanto por razões políticas quanto por outras motivações, como o fato de se pretender simplesmente aumentar a arrecadação sem atentar para a redução de despesas que poderia contribuir sobremaneira para a saúde financeira dos Estados.

A despeito do entendimento que predomina na doutrina e na jurisprudência, recentemente percebeu-se diferentes iniciativas de alguns Governos Estaduais pretendendo a exigência do ITCMD sobre os valores do VGBL por meio de alterações legislativas. Sob o pretexto de enfrentar a crise econômica pelas quais os Estados estão passando, os Governos encaminharam propostas de “Reforma Tributária” no decorrer do ano de 2020, e dentre as propostas lá inseridas constava

³ A título de exemplo: TJSP, Apelação Cível nº 1015560-98.2018.8.26.0562, rel. Des. Reinaldo Minuzzi, 6ª Câmara de Direito Privado, j. 18/02/2019; TJSP, Apelação Remessa Necessária nº 1036455-89.2017.8.26.0053, rel. Des. Rebouças de Carvalho, 9ª Câmara de Direito Privado, j. 30/07/2018.

⁴ A título de exemplo: TJRS, Apelação Cível nº 0065138-06.2020.8.21.7000, rel. Des. Irineu Mariani, 1ª Câmara Cível, j. 31/08/2020; TJRS, Apelação Reexame Necessário nº 0030052-71.2020.8.21.7000, rel. Des. Iris Helena Medeiros Nogueira, 21ª Câmara Cível, j. 06/05/2020; TJRS, Apelação Reexame Necessário nº 0055701-72.2019.8.21.7000, rel. Des. Iris Helena Medeiros Nogueira, 21ª Câmara Cível, j. 17/04/2019.

⁵ TJRJ, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0008135-40.2016.8.19.0000, rel. Des. Ana Maria Pereira de Oliveira, Órgão Especial, j. 10/06/2019.

⁶ STJ, REsp nº 1.822.675, Rel. Min. Assusete Magalhães, j. 14/08/2019.

a incidência do ITCMD sobre o VGBL. Referidas propostas legislativas não prosperaram no ano de 2020, tanto por razões políticas quanto por outras motivações, como o fato de se pretender simplesmente aumentar a arrecadação sem atentar para a redução de despesas que poderia contribuir sobremaneira para a saúde financeira dos Estados.

Contudo, o assunto não parece ter saído de pauta totalmente, e a expectativa é de que novas propostas legislativas mantenham essa pretensão. Paralelamente aos argumentos políticos que poderíamos tratar em relação à matéria, não podemos perder de vista o aspecto técnico quanto à inconstitucionalidade dessas propostas, se vierem a ser mantidas. Ora, já havendo larga manifestação do judiciário no sentido de afirmar a natureza de seguro do VGBL e, portanto, afastá-lo do conjunto patrimonial do falecido que é base de cálculo do ITCMD, não cabe a uma lei estadual ignorar esse fato e pretender, na base da caneta, passar a dizer que incide o imposto, a despeito de sua flagrante inconstitucionalidade. Caso essas propostas prosperem, muito provavelmente estaríamos diante de uma massificação de discussões no judiciário, o que acabaria por aumentar o custo do próprio ente público e, em se confirmando o entendimento que já se mostra consolidado, sairia até mais caro para a administração pública, prejudicando ainda mais os pagadores de impostos.

Em suma, reconhecida a natureza de seguro do VGBL, tem-se clara a não incidência do ITCMD sobre tais valores por ocasião do falecimento do titular. Espera-se, assim, que as administrações públicas estaduais respeitem o ordenamento jurídico, o entendimento manifesto em diversas decisões sobre a matéria, e não pretendam exigir um imposto sobre algo que excede a previsão constitucional.

Dissolução de Holding Familiar

Clarissa Yokomizo

"The best family business has one member."
George Cloutier

Empresas familiares representam 90% dos empreendimentos no Brasil, empregam 75% da força de trabalho e geram 65% do produto interno bruto brasileiro, segundo dados do IBGE e SEBRAE. Contudo, há quem defenda que negócios e família nunca devem se misturar, e que não é saudável ser sócio de pessoas tão próximas como seus parentes. Apesar de tal preocupação ser válida (e real em muitos núcleos familiares), nem sempre há interesse em, ou sequer é possível, dividir o patrimônio da família e, em muitos casos, os negócios são detidos e geridos de forma conjunta.

As razões para tanto são as mais variadas. As empresas familiares costumam ser responsáveis pelo sustento de todos ou alguns membros da família, que se tornam dependentes da continuidade da empresa como sua única fonte de renda. Por outro lado, os bens que compõem o patrimônio familiar podem ser indivisíveis ou de alguma forma menos valiosos separadamente. Ainda, a divisão de bens entre membros da família pode gerar impactos fiscais indesejados ou suscitar disputas entre familiares que almejam uma fatia maior de poder político ou econômico da sociedade.

Independentemente do motivo, a existência de empresas familiares, ou seja, empresas detidas em conjunto por parentes é uma realidade no mundo dos negócios e requer um cuidado ainda maior em suas práticas de governança. Quando se está lidando com familiares, pode ser um grande desafio manter a harmonia em um contexto empresarial, sobretudo quando envolve uma gama de personagens tão diversos quanto maridos, esposas, filhos, irmãos, cunhados, sogros, primos. Nesse caso, é possível que emoções tomem conta da relação e turvem a visão dos sócios do negócio, atrapalhando o equilíbrio e prejudicando as atividades da empresa.

Nesse contexto, alocar o patrimônio em uma holding familiar pode trazer benefícios aos seus sócios: é uma boa forma de organizar, gerir, e tentar maximizar o patrimônio, podendo servir também como mecanismo para planejamento sucessório. As partes podem acordar antecipadamente sobre determinadas regras de governança (e até de convivência), estabelecendo critérios objetivos de participação nos negócios e remuneração, o que tende a evitar rugas e favorecimentos. E ainda, as partes podem contratar administradores do mercado e membros independentes para profissionalizar a gestão. O uso de uma holding, portanto, contribui para evitar que eventuais conflitos familiares impactem negativamente no negócio e destruam valor dos seus sócios.

1. Holding

Mas o que caracteriza uma holding familiar? O que se chama comumente de holding familiar nada mais é do que uma sociedade que tem como sócios os membros da família, e que detém participações em seus negócios. Ela pode ser constituída sob qualquer tipo de sociedade (S.A., Ltda., EIRELI), e sua atividade primordial é o exercício do controle acionário de outras empresas. Pode ser uma “holding pura”, cujo objeto social é unicamente deter participação no capital de outras sociedades, ou pode ser uma “holding mista”, quando, além de deter participação, ela também for operacional, ou seja, exercer alguma outra atividade empresarial.

Os membros da família podem todos ser sócios diretamente em uma holding (ou seja, os sócios pessoas físicas detêm diretamente as quotas ou ações da holding), ou podem ter, cada um, a sua própria sociedade detentora de participações, que será sócia de outra sociedade, essa sim considerada a ‘holding familiar’ (ou seja, a sociedade da qual todos os membros da família são sócios, ainda que indiretamente).

As regras de governança de sociedades empresárias são bastante amplas e permitem diversos arranjos via contrato/estatuto social ou acordo de sócios ou acionistas. É possível, por exemplo, ter políticas de empregabilidade, determinando regras para a contratação (ou vedação da contratação) de membros da família, bem como normas para aposentadoria dessas pessoas. Pode-se também regrar operações com partes relacionadas, estabelecendo parâmetros que devam ser observados, obrigações de não competição ou de confidencialidade, regras para prevenir litígios, com a adoção de mediação ou formas predeterminadas de voto, tudo sempre com o intuito de blindar a sociedade de conflitos pessoais e permitir que os negócios sejam geridos de forma isenta.

Um ponto bastante explorado das holdings familiares são as regras para planejamento sucessório. Sobretudo em um cenário de incertezas quanto a propostas tributárias majorando alíquotas e tornando tributos mais onerosos, tem-se adotado com frequência a estrutura de planejamento sucessório em vida, que pode incluir doação de bens a herdeiros (com ou sem cláusula de reversão) e manutenção de usufruto, bem como gravação de bens com cláusulas de impenhorabilidade, inalienabilidade e incomunicabilidade, quando possível. Com esse planejamento, também é possível determinar o direcionamento das participações societárias a quem efetivamente se envolve com os negócios familiares (ou seja, aqueles que de fato “trabalham nas empresas da família”), evitando-se diluição e conflitos, e compensando-se os demais herdeiros com outros bens. Isso pode ser feito também por meio de cláusulas nos documentos societários que não permitam o ingresso de terceiros na sociedade (como por exemplo, ex-cônjuges, ex-companheiros ou credores) determinando, por exemplo, a obrigação de venda obrigatória das quotas ou ações caso venham a ser detidas por tais terceiros.

Contudo, às vezes, apesar de toda a diligência com a sociedade e o planejamento da gestão familiar, a relação entre os sócios tem que ser interrompida, por diversos motivos. Nesse caso, é necessário dissolver parcialmente a sociedade, conforme se verá a seguir.

2. Formas de Dissolução Parcial

A dissolução parcial é o encerramento do vínculo jurídico entre um sócio e a sociedade, que continuará suas atividades sendo detida pelos demais sócios.

Nas sociedades simples e limitadas, há diversas previsões legais, permitindo com certa facilidade a saída de um sócio por meio de dissolução parcial. Diferentemente, no caso de sociedade por ações, a dissolução parcial é uma exceção, já que, em regra, caso um acionista deseje se retirar da companhia ele deve vender suas ações para outro acionista ou para terceiro. Independentemente de previsão legal, para todas as sociedades (simples, limitada ou S.A.) é possível a determinação de regras relativas à saída de sócio da sociedade em estatuto/contrato social ou acordo de sócios ou acionistas.

A seguir serão apresentadas as situações mais comuns de dissolução parcial em holdings familiares.

2.1 Separação/Divórcio

O primeiro exemplo diz respeito ao divórcio/separação ou término de união estável. Trata-se de preocupação bastante legítima, já que é comum ex-cônjuges terem direito a parte relevante do patrimônio de seu até então cônjuge, o que pode incluir participação societária. Como, em geral, os divórcios/separações ocorrem em um ambiente de bastante animosidade, a disputa por bens pode se tornar um conflito pessoal de “como dificultar mais a vida do outro” e não propriamente uma partilha racional de bens. Nesse contexto, a participação de um terceiro até então estranho à sociedade pode ser disruptiva e prejudicial às operações da empresa.

Por esse motivo, em caso de sociedade simples ou limitada, há previsão específica no Código Civil, em seu art. 1.027 de que “[o]s 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.” Isso significa que tal cônjuge não ingressará imediatamente na sociedade (recebendo parte das quotas de seu ex-cônjuge que já era sócio), mas que há o direito ao recebimento de parte dos lucros. O objetivo é exatamente evitar perturbações desnecessárias à sociedade causadas por questões pessoais de sócios.

Caso o ex-cônjuge tenha interesse, terá o direito de requerer a apuração de seus haveres na sociedade, ou seja, será feito o levantamento do valor econômico equivalente à parte da participação societária a que faz jus (exceto se houver previsão diferente em contrato social ou acordo de sócios). Tal apuração será calculada com base na participação detida por seu ex-cônjuge (o sócio da sociedade), que terá suas quotas diminuídas.

Não há previsão de dissolução parcial por separação ou divórcio em sociedade por ações, mas, conforme mencionado, as partes podem determinar regras específicas de saída de sócios em estatuto social ou acordo de acionistas.

2.2 Falecimento

Outra hipótese importante para ser analisada é a dissolução parcial em caso de falecimento de um dos sócios. O Código Civil prevê expressamente que, no caso das sociedades simples e limitadas, a quota do sócio falecido será liquidada, exceto em determinadas situações. Tal redação expressa a preocupação do legislador em não promover o ingresso automático de herdeiros já que, como na situação apresentada acima (de divórcio/separação), o ingresso súbito de um terceiro estranho à sociedade pode causar perturbação à rotina e à atividade da empresa, podendo acarretar diversos prejuízos. Ainda, é importante esclarecer que os herdeiros passam a ter direitos patrimoniais sobre as quotas do sócio falecido, mas não direitos sociais (ou seja, não podem, por exemplo participar de deliberações da sociedade), exceto se vierem a se tornar sócios.

A primeira exceção legal a essa regra é se o contrato social trazer cláusula específica dispondo que não haverá a dissolução parcial em caso de falecimento de sócio. O contrato pode prever, por exemplo, que a sociedade continuará e que os demais sócios comprarão a participação do sócio falecido, bem como regras durante o período de transição, forma de pagamento por tais quotas etc. O contrato pode prever inclusive que os herdeiros e sucessores poderão ingressar na sociedade, passando a se tornar sócios.

A segunda exceção é se os sócios remanescentes optarem pela dissolução total da sociedade. Ou seja, os sócios entendem que sem o sócio falecido a sociedade não deverá mais existir. Nesse caso, far-se-á a liquidação da sociedade, com a apuração e pagamento de haveres para todos. Tal decisão pode ser tomada antecipadamente (com inclusão de previsão no contrato social) ou após o falecimento do sócio.

A terceira exceção é se houver a substituição do sócio falecido, por acordo com os herdeiros, ou seja, se os herdeiros venderem sua participação ou ingressarem na sociedade no lugar do sócio falecido. Somente aí, tornando-se sócios, os herdeiros passarão a ter direitos sociais sobre as quotas herdadas.

No caso das sociedades por ação, não há previsão legal dispondo sobre dissolução em caso de falecimento, mas como em demais circunstâncias, as partes podem regradar essa questão em estatuto social ou acordo de acionistas.

2.3 Direito de Retirada/Recesso

Independentemente de disposição em contrato social e das demais previsões legais, qualquer sócio tem o direito de retirar-se de sociedade simples e limitada. No caso das sociedades por prazo indeterminado, basta enviar uma notificação aos demais sócios informando acerca de sua decisão e a retirada se efetivará depois do prazo de 60 dias. Já no caso das sociedades por prazo determinado, para que a retirada seja efetivada, é necessária justa causa, provada judicialmente.

A lei prevê também o direito de recesso quando houver deliberação relevante, com a qual o sócio não concorde. Tal deliberação relevante deve ser a modificação do contrato social, fusão,

incorporação de sociedade, incorporação dela por outra sociedade, ou a transformação de tipo societário. Nessas hipóteses o sócio dissidente deve se manifestar em 30 dias após a reunião em que houve a deliberação contestada.

A apuração dos haveres do sócio que se retira da sociedade deve ser realizada na data base da efetivação da retirada (ou seja, em 60 dias do envio de notificação, em caso de sociedade por prazo indeterminado, ou na data da decisão judicial que provou justa causa, nas sociedades por prazo determinado, ou ainda na data da manifestação de discordância do sócio, em caso de recesso).

No caso das sociedades por ações, a Lei 6.404/76 prevê que o acionista dissidente em caso de aprovação de determinadas matérias poderá retirar-se da sociedade, mediante reembolso, ou seja, mediante o pagamento, pela companhia, do valor de suas ações. As hipóteses previstas são em caso de: (i) criação de ações preferenciais ou aumento de classe de ações preferenciais (somente aplicável ao titular de espécie ou classe prejudicadas); (ii) alteração nas preferências ou condições de uma classe de ações preferenciais, ou criação de classe mais favorecida (também somente aplicável ao titular de espécie ou classe prejudicadas); (iii) redução do dividendo obrigatório; (iv) fusão da companhia, ou sua incorporação em outra (somente se a ação não tiver liquidez e dispersão no mercado); (v) participação em grupo de sociedades (também somente se a ação não tiver liquidez e dispersão no mercado); (vi) mudança do objeto da companhia; (vii) cisão da companhia (se da cisão houver mudança do objeto, redução do dividendo obrigatório ou participação em grupo de sociedades); (viii) transformação da companhia em outro tipo societário; (ix) não abertura de capital da sociedade que resultar de uma operação de incorporação, fusão ou cisão envolvendo companhia aberta; (x) desapropriação de ações por ente público; (xi) incorporação de ações (somente se a ação não tiver liquidez e dispersão no mercado); (xii) aquisição de controle de outra sociedade (também somente se a ação não tiver liquidez e dispersão no mercado e se se tratar de um valor de aquisição específico); (xiii) inclusão de convenção de arbitragem. O prazo para exercício do direito de recesso é de 30 dias a contar da publicação da ata da assembleia geral em que houve a deliberação (ou ratificação da deliberação) que ensejou o recesso.

O valor a ser pago no exercício do direito de recesso será o valor do patrimônio líquido contábil da ação, constante do último balanço aprovado, exceto se o estatuto social tiver disposição específica a respeito (e aí poderá prever, por exemplo, o valor econômico da ação, conforme avaliação especializada, exceto em caso de incorporação, fusão e incorporação de ações de sociedades do mesmo grupo, em que há regras específicas).

2.4 Exclusão

Outra forma de dissolução parcial é pela exclusão de sócio. A exclusão de sócio em sociedade simples ou limitada é o afastamento compulsório de um dos sócios por decisão exclusiva dos demais em casos específicos, determinados pelo Código Civil.

O primeiro desses casos é quando há mora ao integralizar o valor das quotas. Outra possibilidade é em caso de falta grave no cumprimento de suas obrigações, ou incapacidade superveniente. Nessas hipóteses, tal exclusão deverá se dar de forma judicial. Também será excluído de pleno direito o sócio falido, ou que tenha tido a quota liquidada em razão de débitos.

Finalmente, há ainda uma previsão ampla de que é possível exclusão em caso de sócio que coloque em risco a continuidade da empresa em razão de atos de inegável gravidade. Se houver previsão de tal exclusão por justa causa no contrato social, a exclusão é feita, após deliberação, mediante simples alteração do contrato social, ou seja, não é necessária ação judicial.

No caso de sociedades por ações, há dispositivo de pouca aplicação prática na Lei 6.404/76 de que a companhia pode mandar vender as ações de acionista remisso em bolsa de valores. Contudo, não há previsão de exclusão de um acionista pelos demais, por justa causa ou por risco à companhia. Caso tal acionista venha a causar danos, a única medida cabível é eventual responsabilização civil por atos que tenham causado prejuízo.

2.5 Resgate

O resgate equivale à aquisição de quotas ou ações da sociedade por ela própria, com pagamento do valor de tais participações societárias para retirá-las de circulação. Não é uma forma de dissolução parcial propriamente dita, apesar de poder ter o mesmo efeito.

Há uma discussão acerca da possibilidade de resgate de quotas de sociedade limitada, com parte da doutrina entendendo não ser possível, por falta de previsão legal.

No caso das sociedades por ações, não há qualquer dúvida, e o resgate pode ocorrer mesmo contra a vontade do acionista, se houver aprovação em assembleia especial por acionistas que representem, no mínimo, metade das ações da classe atingida, ou previsão expressa no estatuto. Note-se, contudo, que o resgate, diferentemente da exclusão, não visa a punir ou excluir determinado acionista, e é sempre direcionado a um grupo de acionistas detentores de determinada classe de ações, não sendo permitida discriminação entre acionistas da mesma classe (caso nem todas as ações daquela classe sejam resgatadas, a escolha será feita por sorteio).

3. Ação de dissolução parcial

As hipóteses de dissolução parcial mediante decisão judicial apresentadas acima são efetivadas por meio de ação específica, ajuizada nos termos do art. 599 do Código de Processo Civil.

São legitimados para propor tal ação: (i) o espólio do sócio falecido, quando a totalidade dos sucessores não ingressar na sociedade; (ii) os sucessores, após concluída a partilha do sócio falecido; (iii) a própria sociedade, se os sócios sobreviventes não admitirem o ingresso do espólio ou dos sucessores do falecido (se houver previsão no contrato social); (iv) o sócio que exerceu o

direito de retirada ou recesso, se não tiver sido providenciada, pelos demais sócios, a alteração contratual formalizando o seu desligamento; (v) a sociedade, nos casos em que a lei não autorizar a exclusão extrajudicial; ou (vi) o sócio excluído.

Uma grande inovação do Código de Processo Civil de 2015 foi a previsão expressa de que tal ação pode ter por objeto a sociedade por ações de capital fechado, desde que fique demonstrado que ela não pode preencher seu fim.

4. Apuração de Haveres

Conforme já informado, a apuração de haveres é realizada obedecendo-se datas específicas e, quando existentes, os critérios previstos pelos sócios em contrato ou estatuto social, ou acordo de sócios ou acionistas. Esse assunto é bastante sensível, pois os valores das quotas ou ações podem variar enormemente conforme o critério adotado (por exemplo, valor contábil versus valor econômico).

O Código de Processo Civil prevê que em caso de omissão, o juiz adotará, para fins de critério de apuração de haveres, o valor patrimonial apurado em balanço de determinação, tomando-se por referência a data da resolução e avaliando-se bens e direitos do ativo, tangíveis e intangíveis, a preço de saída, além do passivo a ser apurado de igual forma.

5. Conclusão

Observa-se que as holdings são mecanismos bastante ricos e flexíveis para congregar o patrimônio familiar, permitindo uma gama de ajustes parassociais relativos a todos os aspectos da sociedade, incluindo governança, regras de titularidade e transferência de quotas ou ações, bem como métodos de prevenção e resolução de litígios. Em cenários extremos, é possível que um ou mais sócios se retire da sociedade com relativa facilidade, por meio das diversas possibilidades legais ou contratuais existentes de dissolução parcial de sociedade.

A atividade empresarial em família sempre suscitará diversos desafios, dando margem a amargas disputas entre pais e filhos, irmãos, cônjuges, etc. Segundo dados do IBGE, de cada quatro empresas, três “morrem” com seu fundador. Para evitar esse e outros problemas, é imprescindível um planejamento jurídico adequado, utilizando-se de instrumentos disponíveis pela legislação e a formalização de regras claras e bem escritas em acordos societários, garantindo que eventuais conflitos possam ser superados com facilidade, ou até evitados, e preservando o valor da empresa e de seus diversos stakeholders.

Trust: noções introdutórias e comentário sobre a Solução de Consulta COSIT nº 41/2020

André Luiz da Silva Gomes
Frederico Hilzendeger

1. Noções Introdutórias

Figura cada vez mais recorrente dentre as discussões daqueles que procuram organizar seu patrimônio em âmbito global, o Trust não encontra correspondente no ordenamento jurídico brasileiro. Ainda assim, trata-se de um instrumento bastante conhecido em diversas jurisdições por aqueles que atuam com organização patrimonial e sucessória, não sendo novidade.

A origem do Trust remonta ao período medieval na Inglaterra. Referências históricas convergem para este período com o uso de uma ferramenta muito próxima àquela que dispomos atualmente. Alguns sustentam a sua inspiração no *fideicomisso* e na *fiducia* presentes no Direito Romano, mas foi entre os séculos XII e XIII que se notou o uso de um acordo no qual havia a efetiva transferência de propriedade para um terceiro, a fim de que este a administrasse por determinado período e de acordo com as orientações daquele que originalmente detinha a propriedade e decidiu transferi-la para resguardá-la, sob condições e parâmetros pré-determinados. Tais acordos eram chamados de *Use*.

Os casos mais comuns de que se têm notícia referiam-se a terras de cavaleiros e de frades franciscanos. Os cavaleiros, ao deixarem suas terras para empreenderem esforços em diferentes batalhas, conferiam suas propriedades a um terceiro de confiança que a administraria de acordo com suas orientações até o seu retorno, ou a distribuiria conforme seus desejos caso a volta não ocorresse. Para os frades franciscanos, o que lhes impedia de deter terras e outras propriedades em seu nome era seu juramento de pobreza, o que levava a benfeitores a deterem, sob confiança, o título daquelas propriedades geridas e usufruídas pelos franciscanos.

Com o passar dos anos, surgiram inúmeros conflitos entre as partes envolvidas em referidos acordos de transferência de propriedade. Contudo, as cortes civis da época não tinham competência para impor os termos de tais acordos. Foi o tribunal de chancelaria (*Chancellor*), o guardião da "consciência do Rei" na época que passou a fazer valer tais acordos, com base em questões morais e de confiança firmadas entre as partes envolvidas nos tais *Uses*. O rei Henry VIII chegou a instituir uma legislação própria, o *Statute of Uses*, com a intenção de restringir (e até

abolir) tal instrumento, mas a perspicácia dos operadores do direito desde então fez com que o inverso ocorresse e surgisse a figura do Trust, instituto que evoluiu e foi consolidado no sistema de *common law inglês* e, conseqüentemente, nas demais colônias e territórios que seguiram tal sistema jurídico.

Ao longo da história a evolução do Trust contribuiu, por exemplo, para a liberdade religiosa, ao permitir o financiamento de iniciativas de caridade independentes da igreja, para o atendimento das necessidades de filhos ilegítimos, e até para proteger herdeiros de sua própria incompetência ou imprudência, assegurando a manutenção do patrimônio por gerações. A compreensão do instrumento Trust pressupõe o entendimento de que determinada propriedade pode ser de alguém, mas para benefício de outro. Uma vez compreendida essa lógica, diversas são as finalidades para as quais se pode utilizar um Trust atualmente, incluindo proteção patrimonial, organizações societárias, eficiência tributária (observadas as regras de diferentes jurisdições), iniciativas de caridade e filantrópicas e, especialmente, propósitos sucessórios.

Feita esta introdução histórica, pode-se resumir a definição do Trust hoje como um acordo legal no qual o *Settlor*, ou *Grantor*, (o instituidor, ou outorgante) transfere a propriedade para um *Trustee* (o administrador, “de confiança” ou “fiduciário”) que a deterá, fiduciariamente, para benefício de um ou mais beneficiários, nos termos em que definido pelo *Settlor*. Nota-se, portanto, que o *Trustee* passa a ser o detentor do título legal da propriedade, mas o seu uso e os seus proveitos devem obedecer aos desejos do *Settlor*, não podendo ser gerida em detrimento do interesse dos beneficiários, dentre os quais o *Settlor* pode estar incluído. Tanto é assim que os beneficiários têm o direito de assegurar seus interesses e a correta administração da propriedade, mantendo o *Trustee* constantemente responsável pela sua conduta.

Arnoldo Wald, ao tratar sobre a utilização do Trust no direito brasileiro já há alguns anos, trouxe uma definição de Trust como:

[...] a transferência da propriedade de bens a um administrador, por um determinado período de tempo, em certas condições, para que o patrimônio seja gerido e reverta em favor de um beneficiário, que pode inclusive ser o proprietário original.¹

Vê-se, portanto, alguns elementos básicos na definição de Trust: (i) a transferência da propriedade; (ii) o aspecto temporal do instrumento (comentar-se-á adiante acerca da não perpetuidade do Trust); (iii) as condições, vontades e intenções definidas pelo *Settlor*; e (iv) a destinação do patrimônio e eventuais proventos em favor de certos beneficiários.

É bem verdade que, diferente das jurisdições em que o Trust é um instrumento consolidado, no Brasil os indivíduos não detêm total liberdade para dispor de seu patrimônio como melhor lhes aprouver em termos sucessórios, devendo ser observados determinados limites e a ordem hereditária prevista na legislação. Além disso, o Brasil não é signatário da Convenção de Haia

¹ WALD, Arnoldo. Algumas considerações a respeito da utilização do “trust” no Direito brasileiro. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, v. 99, jul.-set.-1995, p. 109.

acerca da legislação aplicável a Trusts e seu reconhecimento,² de 1985, bem como a gestão de patrimônio no Brasil por entidades estrangeiras encontra algumas particularidades. Não obstante, é absolutamente legítimo para um brasileiro organizar seu patrimônio e assegurar determinadas intenções por meio de Trusts propriamente constituídos, e observando certos limites, independente da jurisdição em que esteja o patrimônio ou em que, dentre aquelas jurisdições que o reconhecem, esteja registrado o Trust.

O Trust pode ser criado por meio de um instrumento intervivos, semelhante a um contrato, ou por via testamentária, quando o próprio testamento prevê a criação de um Trust que receberia determinadas parcelas do patrimônio do falecido. A via mais comum, especialmente para aqueles que não residem em jurisdições que reconhecem o Trust, é a criação do instrumento em vida. Para brasileiros, a via testamentária seria ainda menos interessante, diante dos possíveis obstáculos em criar neste instrumento uma entidade estrangeira, não reconhecida pelo ordenamento jurídico brasileiro, que receberia o patrimônio legado no Brasil.

Outro aspecto de grande relevância dos Trusts é a sua revogabilidade ou não. Em outras palavras, um Trust pode ser revogável ou irrevogável, dependendo da intenção do *Settlor*. Note-se que, em um instrumento revogável, o *Settlor* guarda para si o direito de revogar o Trust – e, conseqüentemente, retomar a propriedade de todos os bens transferidos ao Trust – quando quiser, o que não ocorre em um Trust irrevogável.

Além disso, independente do que referir o Trust quanto à sua revogabilidade, há outros poderes que o *Settlor* pode querer resguardar para si, como emendar, retificar ou cancelar o Trust, ou substituir o *Trustee* ou os beneficiários. Fato é que tais condições são decididas pelo *Settlor* no momento da criação do Trust, sendo de fundamental importância a sua compreensão diante dos impactos tributários que decorrem dessa escolha. Por exemplo, no caso de um Trust ser revogável, no qual o *Settlor* é o primeiro e principal beneficiário, há uma série de jurisdições que desconsideram o instrumento para fins fiscais e tratam o patrimônio como ainda pertencendo ao *Settlor*, diante da realidade de total disposição desses bens. O inverso ocorre em um Trust irrevogável, onde via de regra os bens transferidos ao Trust deixariam de fazer parte do patrimônio do *Settlor*, e ele não mais disporia desses bens. Vê-se aqui a importância de compreender profundamente a essência dos direitos sobre a propriedade objeto do Trust, a fim de que se permita avaliar seus impactos legais, dentre os quais se destacam os aspectos tributários e sucessórios.

Dada a importância de analisar cada instrumento de Trust individualmente, seus poderes e limitações, e tendo em vista a inexistência de um instituto correspondente ao Trust no ordenamento jurídico brasileiro, é comum adotar as expressões originais sobre o tema ao abordá-lo. Por isso, cabe uma breve exposição sobre alguns dos principais elementos que compõem um Trust, ainda que alguns já tenham sido tratados:

² No original, *The Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition*, também chamada de *Hague Trust Convention*.

1. *Settlor* (instituidor), ou *Grantor* (outorgante): é o indivíduo (ou empresa) que é dono de determinado patrimônio e transfere a propriedade desse patrimônio para o *Trustee*. É quem define as condições e institui o Trust de acordo com sua vontade.

2. *Trustee* (administrador - “de confiança”, ou “fiduciário”): é a entidade legal (indivíduo ou empresa) que ficará responsável por administrar o Trust em favor dos beneficiários e de acordo com as orientações do *Settlor*, sendo o detentor do título legal de propriedade sobre os bens que integrem o Trust. Cabe destacar que o *Trustee* não pode obter benefícios pessoais na gestão do Trust, ainda que possa ser remunerado pelo seu serviço enquanto administrador. Ou seja, ele pode dispor dos bens, e até vendê-los, se assim o *Trust Deed* autorizar, desde que sempre objetivando o melhor para os beneficiários. O patrimônio detido pelo *Trustee* não se confunde com o seu pessoal.

3. *Beneficiary* (beneficiário): os beneficiários do Trust compõem a classe de pessoas (indivíduos, empresas, organizações sociais, etc.) que detém o direito de beneficiarem-se da propriedade detida em Trust. Em outras palavras, o beneficiário é aquele a quem os interesses econômicos sobre o patrimônio são outorgados quando o *Settlor* transfere os bens para o Trust. É aquele a quem o “*Trustee* tem deveres fiduciários e obrigações sobre o patrimônio”³ que lhe foi conferido, recebendo as distribuições do Trust. Em determinadas situações o beneficiário pode, inclusive, exigir que o *Trustee* preste contas sobre sua atuação como administrador, devendo demonstrar responsabilidade e cautela na administração do *Trust Fund*.⁴ Em determinados Trust, o *Settlor* pode, inclusive, ser um dos beneficiários, se assim desejar.

4. *Trust Deed* (escritura ou declaração do Trust): é o documento escrito, firmado entre o *Settlor* e o *Trustee*, que cria o Trust e, conseqüentemente, a separação quanto à propriedade legal do patrimônio e a “propriedade beneficária” (em benefício de quem a propriedade se prestará). Neste documento é que consta a manifestação de vontade do *Settlor*, incluindo todas as regras e parâmetros relativos ao Trust.

5. *Protector* (o Protetor, também chamado pela Receita Federal do Brasil de “fiscalizador”): é aquele que age numa capacidade consultiva, além de ter poderes para remover e substituir o *Trustee*, bem como dar orientações vinculantes ao *Trustee*. O Protector pode ser tanto um indivíduo quanto uma empresa, e tem o papel de assegurar a vontade do *Settlor* e o atendimento aos beneficiários. Via de regra o Protector é alguém de alta confiança, e que não tenha interesses no Trust (ou seja, não é um beneficiário), a fim de evitar possíveis conflitos na sua atuação.

6. *Trust Fund* (fundo do Trust): é o nome dado ao patrimônio que compõe o Trust. O Trust Fund é um termo amplo, que contempla todos os ativos que tenham sido transferidos ao *Trustee*,

³ SILVA, David Roberto R. Soares da et al. Planejamento patrimonial: família, sucessão e impostos; de 100 mil a 1 bilhão o que fazer para proteger e transmitir seu patrimônio no Brasil e no exterior. São Paulo: Editora B18, 2018. ISBN 9788560204007. p. 361.

⁴ CHALHUB, Melhim Namem. Trust: breves considerações sobre sua adaptação aos sistemas jurídicos de tradição romana. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 90, vol. 790, agosto 2001, p. 91.

independente de sua natureza, incluindo recursos financeiros, imóveis e ações de empresas, por exemplo. O *Trust Fund* compreende tanto o patrimônio transferido no momento da criação do Trust, quanto aquele que vier a ser transferido no decorrer do tempo, bem como todos os eventuais lucros e ganhos gerados pela administração do patrimônio transferido ao Trust (por exemplo: ganho de capital com a venda de imóveis, rendimentos de aplicações, etc.).

7. *Letter of Wishes* (carta de desejos, ou de intenções): trata-se de uma carta independente ao *Trust Deed*, não vinculativa ao *Trustee*, na qual o *Settlor* expõe ao *Trustee* seus desejos e orientações acerca de como ele gostaria que o *Trustee* exercesse a sua discricionariedade, quando esta existir, ao tomar as decisões relativas à administração do patrimônio e, especialmente, às distribuições aos beneficiários.

Além dessas definições, há outros aspectos cuja compreensão é fundamental. Inicialmente, quando se aborda o aspecto da discricionariedade, via de regra não se está tratando da manifestação de vontade do *Settlor* ao criar o Trust, mas dos poderes que o *Settlor* pode, ou não, conferir ao *Trustee* para que este tome as decisões que melhor entender na administração do *Trust Fund* e nas distribuições aos beneficiários, sempre observando os objetivos e desejos especificados no *Trust Deed*. Ou seja, um Trust discricionário seria aquele em que, após criado o Trust e definidos alguns parâmetros pelo *Settlor*, o *Trustee* poderá administrar o patrimônio como quiser, discricionariamente, bem como avaliar as distribuições a serem feitas, desde que cumpra com os objetivos definidos no Trust e em benefício dos beneficiários. O oposto seria um Trust diretivo, não discricionário, no qual o *Settlor* diria exatamente o que o *Trustee* deve fazer, por exemplo, onde e como investir, quando distribuir recursos, etc. Nessa linha, quando se fala em “distribuição”, trata-se da efetiva entrega (transferência) de parte do *Trust Fund* aos beneficiários, o que pode incluir tanto parte do capital original do *Trust Fund*, quanto eventuais acréscimos decorrentes de sua administração.

Outro aspecto diz respeito aos parâmetros quanto à duração máxima do Trust. Diversas jurisdições aplicam regras pela não-perpetuidade do Trust, exceto para fins filantrópicos ou de caridade. Essas regras pretendem, dentre outras razões, evitar que patrimônios se perpetuem sob uma mesma gestão e sob mesmas diretrizes estabelecidas em um *Trust Deed* que pode se mostrar ultrapassado com o passar dos anos, podendo vir a prejudicar o melhor para os beneficiários. Ainda assim, é comum que as legislações próprias permitam a manutenção de Trusts por séculos, o que já é suficiente para atender aos desejos do *Settlor* quanto à manutenção e destinação de seu patrimônio.

Diante do exposto até aqui, percebe-se mais facilmente o que seria um Trust e os diversos propósitos a que pode se prestar, incluindo algumas vantagens que este instrumento pode trazer. No âmbito sucessório, inclusive, a possibilidade de se evitar um procedimento de inventário e ter maior liberdade em especificar o que se pretende seja feito com seu patrimônio são aspectos que se destacam no uso dessa ferramenta, especialmente por aquelas famílias e indivíduos que dispõem não apenas de um patrimônio em diferentes países, mas herdeiros residentes em diferentes jurisdições.

A despeito da diversa gama de propósitos e alternativas disponíveis para a utilização do instrumento Trust, o que por vezes aparenta complexidade na sua implementação, na prática existem estruturas mais simples. Como exemplo, cita-se aquela em que uma matriarca ou patriarca cria um Trust para beneficiar o casal enquanto em vida, com total acesso ao patrimônio, sendo que somente após a morte de ambos que os filhos passariam a ser beneficiários do Trust e, subsequentemente, uma linha de novos beneficiários surgiria por ramos da família (os filhos de cada filho, por exemplo), sendo estes beneficiários somente no futuro, após o falecimento de seus pais, e assim sucessivamente.⁵

Assim, quer seja uma estrutura mais tradicional, quer seja uma estrutura mais robusta ou sofisticada, fato é que sempre devem ser observadas as particularidades que cada caso e cada família apresentam. E mais, ao se analisar cada Trust, atenção deve ser dada aos detalhes, tanto quanto às figuras constituídas a fim de assegurar os desejos do *Settlor*, quanto ao que integra o *Trust Fund*, e, especialmente, aos poderes e aspectos definidos no *Trust Deed*, os quais têm impactos diretos em âmbito tributário no Brasil.

2. Solução de Consulta COSIT nº 41/2020

Como se viu, não existe no direito brasileiro um instituto correspondente ao Trust. Pode-se tentar defini-lo, de forma resumida, como um contrato no qual há a efetiva transferência da propriedade para um terceiro de confiança, que a administrará como orientado, em benefício de determinados indivíduos ou entidades específicos. Contudo, parece mais coerente evadir-se de comparações a institutos do direito brasileiro e buscar compreender o Trust de acordo com o ordenamento jurídico em que estão inseridos.

Não parece plausível querer comparar ou equiparar um Trust a outros institutos existentes no direito brasileiro, cujas origens são diferentes das da *common law*. Suas particularidades, especialmente o fato de que cada instrumento pode trazer disposições específicas quanto aos direitos e deveres resguardados ou transferidos sobre a propriedade do Trust, impactam diversos aspectos do direito de formas diferentes em cada caso, e a tributação das distribuições realizadas pelo Trust é um desses aspectos.

No Brasil poucas são as referências ao Trust e a seus impactos. A Receita Federal do Brasil, por ocasião do Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária – RERCT de 2016, que tratava da regularização de ativos no exterior, muitos deles detidos por meio de Trusts, editou a Instrução Normativa RFB nº 1.627/2016, determinando em seu artigo 9º que o beneficiário do Trust seria o responsável pela apresentação da Declaração de Regularização Cambial e Tributária (Dercat), bem como pela retificação da declaração de ajuste anual de imposto de renda (DIRPF)

⁵ SILVA, David Roberto R. Soares da et al. Planejamento patrimonial: família, sucessão e impostos; de 100 mil a 1 bilhão o que fazer para proteger e transmitir seu patrimônio no Brasil e no exterior. São Paulo: Editora B18, 2018. ISBN 9788560204007. p. 362.

ou da escrituração contábil societária correspondente. Sem tecer juízo de valor sobre a posição adotada pela Receita Federal do Brasil, fato é que a autoridade tributária brasileira determinou ao beneficiário de um Trust a obrigatoriedade de declará-lo.

Pois bem. Em 2020, a Receita Federal do Brasil publicou a Solução de Consulta nº 41, da Coordenação-Geral de Tributação – COSIT, de 31 de março de 2020, que restou assim ementada:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA – IRPF. RENDIMENTO RECEBIDO DE FONTE NO EXTERIOR.

O recebimento de rendimentos oriundos do exterior por residente no País é fato gerador do imposto sobre a renda e sujeita-se à tributação mensal mediante a aplicação da tabela progressiva mensal (carnê-leão) e na Declaração de Ajuste Anual.

Em resumo, a Receita Federal do Brasil decidiu pela incidência de imposto de renda, de acordo com as alíquotas da tabela progressiva, sobre os valores distribuídos a beneficiário de um Trust. A consulta fora formulada por uma viúva que, após o falecimento de seu marido, passou a receber distribuições enquanto beneficiária de um Trust instituído originalmente por ele nas Bahamas. A consulta questionava se os valores das distribuições recebidas deviam estar sujeitos à incidência do Imposto de Renda Pessoa Física (IRPF) ou do Imposto sobre Transmissão “Causa Mortis” e Doação (ITCMD).

De início, percebe-se um equívoco na consulta formulada quanto à incidência do ITCMD, que é um tributo estadual, pois a Receita Federal do Brasil sequer é competente para responder tal consulta. Ademais, pela leitura do Relatório de referida Solução de Consulta nota-se que, aparentemente, a consulta deixou de apresentar detalhes relativos ao Trust que seriam indispensáveis à correta análise do caso. Não obstante, e ainda que a própria Receita Federal tenha observado que “pelas informações prestadas pela consulente sobre o Trust em questão, não é possível saber sobre o seu conteúdo, finalidade e condições”, o ente público não deixou de julgar a consulta que, nítida e reconhecidamente, carecia de elementos e detalhes fundamentais à análise dos impactos tributários das distribuições do Trust.

Cabe reconhecer que, ao iniciar sua fundamentação, a Receita Federal do Brasil andou bem ao tratar da definição de Trust e a relação entre *Settlor*, *Trustee* e beneficiário a partir da Convenção de Haia sobre Trusts. Contudo, ignorando detalhes como o fato de que a consulente passou a ser beneficiária do Trust após o falecimento de seu marido e os impactos decorrentes de ter, portanto, tecnicamente herdado os bens transferidos pelo *Settlor* ao Trust, decidiu-se pela incidência do IRPF.

A decisão supostamente teria amparo no artigo 153, III da Constituição Federal, no artigo 43 da Lei nº 5.172/1966 (Código Tributário Nacional) e no artigo 8º da Lei nº 7.713/1988, que trata especificamente dos rendimentos e ganhos de capital recebidos por pessoas físicas de fonte situada no exterior, hipótese que pressupõe o recolhimento do carnê-leão mensalmente, na medida em que ocorram os recebimentos. Tal fundamentação estaria correta caso estivéssemos tratando, efetivamente, de um rendimento, um acréscimo patrimonial, oriundo do exterior, o que não parece ser o caso.

Ora, ao abreviar a análise sem considerar elementos fundamentais do Trust, concluiu-se que as distribuições que a consulente passou a receber enquanto beneficiária seriam proventos de qualquer natureza, sujeitos ao imposto. Ocorre que, se seguissemos a orientação da própria Receita Federal do Brasil, contida na Instrução Normativa RFB nº 1.627/2016, não seria possível chegar-se a essa conclusão. Explica-se.

Seguindo o que dispõe a Instrução Normativa RFB nº 1.627/2016, cabe ao beneficiário do Trust declarar o patrimônio que o compõe e que pertenceria originariamente ao *Settlor*, que no caso analisado era o marido da consulente. Assim, com o falecimento do *Settlor* e a consequente condição de beneficiária a que a consulente teria sido elevada, caberia a ela, a partir de então, conforme orienta a própria Receita Federal do Brasil, passar a declarar em sua declaração de ajuste anual o patrimônio detido pelo Trust, ainda que este esteja sob custódia do *Trustee*. Dessa forma, se o patrimônio teria sido adquirido (considerando a interpretação dos atos normativos da própria Receita Federal do Brasil) por ocasião da morte do *Settlor*, quando então a consulente passou a ser uma beneficiária, tal patrimônio deveria ser declarado com um determinado custo, tratando-se de rendimento isento de IRPF uma vez que originário de uma transferência decorrente de herança ou doação. Somente a partir daí, e considerando o custo pelo qual o patrimônio seja declarado, é que eventuais acréscimos (geralmente em situações de distribuições) estariam sujeitos à apuração do imposto de renda de acordo com sua natureza, podendo tratar-se de rendimentos tributáveis, de tributação exclusiva ou até isentos.

Com efeito, ao reconhecer e registrar a origem de certo patrimônio como decorrente de herança ou doação, o que é isento de imposto de renda, o beneficiário do Trust (que, inclusive, observa o disposto na Instrução Normativa RFB nº 1.627/2016) estaria sujeito ao ITCMD, mas não ao IRPF.

Ao concluir pela possibilidade de incidência de IRPF sobre todo e qualquer distribuição de um Trust, a Receita Federal do Brasil evidencia, no mínimo, uma contradição. Ora, para que tal conclusão fosse verdadeira, o disposto na própria Instrução Normativa RFB nº 1.627/2016 quanto à declaração do Trust na DIRPF deveria ser ignorado, pois não haveria sentido algum em tratar como proventos de qualquer natureza parcelas de um patrimônio que já esteja declarado pelo próprio contribuinte, com custo e origem conhecidos pelo ente público.

Entende-se, pois, equivocada a posição da Receita Federal do Brasil ao concluir pela incidência do IRPF sobre toda e qualquer distribuição decorrente de um Trust, por se tratar de suposto acréscimo patrimonial. Em verdade, na perspectiva brasileira, entende-se necessário verificar primeiro quem declara o patrimônio transferido a um Trust, enquanto beneficiário, e, portanto, visto como “proprietário” desses bens, para que se possa verificar quais ocorrências sobre tal patrimônio estariam sujeitas à tributação, bem como quais situações seriam mera transferência de patrimônio a título gratuito, não sujeita ao imposto.

Gestão Patrimonial e Direitos Autorais: reflexões sobre a nova aposta dos fundos de investimento

Leticia Provedel

A preocupação em planejar a gestão patrimonial e organização do processo sucessório em busca da otimização de recursos e da preservação de patrimônio é questão que se estende também ao setor artístico. O mercado brasileiro ainda é incipiente no que diz respeito à valorização dos ativos musicais, e a sua gerência tradicional, sob a ótica de perpetuação dos seus legados, carece de um olhar mais estratégico a fim de assegurar a conservação e proteção do patrimônio.

Se, por um lado, atualmente há uma dificuldade de os artistas migrarem e atuarem livremente no crescente mercado das novas tecnologias de forma autônoma, a iniciativa dos fundos de investimento em se aventurar nesse ramo pode ser um divisor de águas para a forma de gerenciamento dos ativos da música. Esse movimento abre, sem dúvidas, uma oportunidade de se transformar o formato da gestão de patrimônio no mercado artístico, podendo, cientes dos riscos, gerar ainda mais valor aos negócios do setor.

Essa transformação já está dando seus primeiros – e não tão pequenos – passos: o fundador da Hipgnosis Songs Fund Limited, Merck Mercuriadis, anunciou em público recentemente que “os próximos dois anos serão aquisitivos de direitos” para a empresa. De fato, a Hipgnosis levantou £625 milhões em sua primeira oferta pública de capital, e anuncia já ter captado nada menos do que £1.7 bilhão para investir em catálogos de compositores e outros bens de propriedade intelectual ao redor do mundo.

O raciocínio é esse: pelos cálculos da empresa, o valor do streaming vem aumentando e atingirá seu topo em 2023, “ao que alertamos a nossos investidores que ainda é possível negociar esses direitos a valores extremamente atraentes”.

Merck não é um iniciante no ramo. Foi agente global de estrelas como Elton John, Guns N’ Roses, Beyoncé, e alguns dos mais bem sucedidos compositores do mundo, incluindo Diane Warren e Justin Tranter. E vem acompanhando de perto o estrondoso crescimento do streaming dos últimos anos.

Assim como as plataformas de streaming como Netflix, Amazon e Prime já se tornaram a segunda maior audiência do Brasil, ficando atrás apenas (e por enquanto) da Rede Globo, o comércio de música via streaming substituiu por completo os meios físicos e vem apresentando crescimento galopante na casa dos 30% ao ano desde 2016, quando deu um salto de nada menos que 60,4% no Brasil com relação ao ano anterior. Tendo alcançado em 2020 uma receita de USD

23.1 bilhões no mundo, dos quais o streaming é responsável por 61%, dúvida não há quanto à atratividade do investimento em direitos no ramo da música.

Em se comparado os padrões de consumo de música de hoje e de uma década atrás, é impressionante o efeito disruptivo da tecnologia. Serviços como Spotify e Apple Music não apenas venceram a batalha contra a distribuição ilegal como romperam as fronteiras de acesso à música: com um único “clique” podem ser disponibilizadas simultaneamente para 4 bilhões de consumidores.

E já se vê no horizonte a segunda onda disruptiva. Novas tecnologias acenam para outra revolução na forma com que os negócios de música são feitos em meio digital, aproximando ainda mais os detentores de direitos de seu público e facilitando acesso a produtos que vão além da música digital. Essa revolução é concebida a partir da aplicação da tecnologia blockchain ao comércio digital de bens e direitos de propriedade intelectual, conhecida por NFTs.

Os NFTs permitem fazer negócios sem precedentes na música e, melhor, sem intermediários – que brotam como praga na lavoura nessa indústria. Assim como o bitcoin condenou a figura do “middle man”, é a vez do NFT aproximar o artista de seu público e permitir monetizar todo tipo de trabalho ou bem onde quer que haja um sinal de internet.

Tal feito era esperado das DSPs (digital service providers), como o Spotify, mas que foram rapidamente monopolizadas por gravadoras, grandes corporações e “distribuidoras digitais”, sem que o artista tenha obtido sucesso em disponibilizar seu acervo musical diretamente através dessas plataformas.

E há outros projetos em andamento que se utilizam das novas tecnologias para impulsionar os rendimentos da música, que já atingem até mesmo os direitos conexos de intérprete. A tecnologia muito em breve permitirá que se identifique os (inúmeros) usos não autorizados de composições na internet e permitirá ao detentor de direitos transformar tais violações em ativos recebíveis.

A iniciativa dos fundos não está livre de riscos e traz o temor eterno da perda de controle do legado pelo artista, que, pela lei brasileira, possui um direito moral indissociável de sua obra. Por outro lado, pode ter várias vantagens. Afinal, o mercado brasileiro ainda engatinha em termos de valorização de ativos em música e boa parte dos grandes artistas ainda fazem uma gestão “caseira” de seu legado, sem planejamento sucessório e com risco de deterioração do patrimônio após a transição para os herdeiros.

Fato é que a maior parte de nossos artistas consagrados encontram dificuldades para migrar para o mercado digital e poucos se veem capazes de, sozinhos, surfar na onda das novas tecnologias. Um fundo de capitais que invista no catálogo como ativo pode trazer, para além de liquidez imediata, a oportunidade de impulsionar sua obra em um ambiente onde novos negócios e que novas plataformas e oportunidades aparecem quase diariamente.

Se para o fundo parece um ótimo negócio, para o artista abre-se uma opção para transformar seu legado em ativo negociável no mercado de capitais, o que já é uma realidade mundial – o mundo digital não comporta soluções caseiras.

Essa janela de oportunidades tende a gerar tensão entre compositores e as editoras que

administram os direitos através de contratos de licença mascarados de “cessão de direitos” – nos quais não há qualquer remuneração pela cessão, mas tão somente o royalty do licenciamento e que por isso já foram rescindidos em várias instâncias pelo Judiciário. Essas disputas, aliadas à farta gama de possibilidades comerciais que estão sendo criadas a partir das novas tecnologias, seguirão atraindo investimentos e prometem reaquecer o mercado da música.

Considerados tanto os riscos como os benefícios possíveis trazidos por essa nova forma de se operar ativos no mercado da música, abre-se uma janela para a transformação, também, do formato de gestão do patrimônio adotado pelos artistas. Para estes, a mudança pode ser potencializada quando transportada para a esfera pessoal, substituindo a gestão “caseira”, tão comum atualmente, por uma organização estratégica do patrimônio e da sucessão, evitando, em última análise, a dilapidação dos recursos gerados ao longo de sua vida.

Conheça os profissionais



André Luiz da Silva Gomes

Tributário, Organização Patrimonial e Sucessória, Timberland.
andre.gomes@soutocorrea.com

[Ver perfil completo](#)



Carlos Fernando Souto

Administrativo e Regulatório, Compliance, Consumidor e Product Liability, Contratos, Energia, Organização Patrimonial e Sucessória, Reestruturação e Insolvência, Resolução de Conflitos, Saneamento Básico, Societário.
carlos.souto@soutocorrea.com

[Ver perfil completo](#)



Cássio Monteiro Rodrigues

Entretenimento e Mídia, Propriedade Intelectual, Organização Patrimonial e Sucessória.
cassio.rodrigues@soutocorrea.com

[Ver perfil completo](#)



Clarissa Yokomizo

Societário, Energia, Mercado de Capitais, Organização Patrimonial e Sucessória.
clarissa.yokomizo@soutocorrea.com

[Ver perfil completo](#)



Daniel Alt da Silva

Organização Patrimonial e Sucessória.
daniel.alt@soutocorrea.com

[Ver perfil completo](#)

Conheça os profissionais



Daniela Russowsky Raad

Arbitragem e Mediação, Organização Patrimonial e Sucessória, Resolução de Conflitos.

daniela.raad@soutocorrea.com

[Ver perfil completo](#)



Fábio Machado Baldissera

Imobiliário, Organização Patrimonial e Sucessória, Societário, Timberland.

fabio.baldissera@soutocorrea.com

[Ver perfil completo](#)



Felipe Tremarin

Imobiliário, Organização Patrimonial e Sucessória, Societário, Timberland.

felipe.tremarin@soutocorrea.com

[Ver perfil completo](#)



Frederico Hilzendeger

Organização Patrimonial e Sucessória, Tributário.

frederico.hilzendeger@soutocorrea.com

[Ver perfil completo](#)



Gabriel Najfeld Stanton

Organização Patrimonial e Sucessória, Startup Hub, Tributário.

gabriel.stanton@soutocorrea.com

[Ver perfil completo](#)

Conheça os profissionais



Jorge Cesa Ferreira da Silva

Arbitragem e Mediação, Consumidor e Product Liability, Contratos, Imobiliário, Organização Patrimonial e Sucessória, Proteção de Dados, Resolução de Conflitos, Societário.
jorge.cesa@soutocorrea.com

[Ver perfil completo](#)



Leticia Provedel

Propriedade Intelectual, Contratos, Entretenimento e Mídia, Resolução de Conflitos
leticia.provedel@soutocorrea.com.br

[Ver perfil completo](#)



Ricardo Quass Duarte

Arbitragem e Mediação, Consumidor e Product Liability, Organização Patrimonial e Sucessória, Resolução de Conflitos.
ricardo.quass@soutocorrea.com.br

[Ver perfil completo](#)



Stephanie Vieira Goularte

Consumidor e Product Liability, Organização Patrimonial e Sucessória, Proteção de Dados, Resolução de Conflitos.
stephanie.goularte@soutocorrea.com

[Ver perfil completo](#)

São Paulo SP

**Av. Pres. Juscelino Kubitschek, 2041,
Torre D, 8° andar, Complexo JK
CEP 04543-011
Fone + 55 11 3530 8400**

Rio de Janeiro RJ

**Rua Visconde de Pirajá, 250, 7° andar
Bairro Ipanema – CEP 22410-000
Fone + 55 21 3590 6901**

Porto Alegre RS

**Av. Carlos Gomes, 700, 13° andar
Ed. Platinum Tower, CEP 90480-000
Fone + 55 51 3018 0500**

Brasília DF

**SHIS, QL 08, Cj. 02, Casa 01
Lago Sul, CEP 71620-225
Fone + 55 61 3574 7808**