



# **FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO**

**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU***

**DIREITO CIVIL**

**TONY VALÉRIO DOS SANTOS FIGUEIREDO**

**CASAMENTO: PLANEJAMENTO PATRIMONIAL FAMILIAR E SUCESSÓRIO**

Salvador

2018

**TONY VALÉRIO DOS SANTOS FIGUEIREDO**

## **CASAMENTO: PLANEJAMENTO PATRIMONIAL FAMILIAR E SUCESSÓRIO**

Monografia apresentada à Faculdade Baiana de Direito e Gestão como requisito parcial para a obtenção de grau de Especialista em Direito Civil.

Salvador

2018

**TONY VALÉRIO DOS SANTOS FIGUEIREDO**

## **CASAMENTO: PLANEJAMENTO PATRIMONIAL FAMILIAR E SUCESSÓRIO**

Monografia aprovada como requisito para obtenção do grau de Especialista em Direito Processual Civil, pela seguinte banca examinadora:

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Salvador, \_\_\_\_ / \_\_\_\_ / 2018

## RESUMO

O presente trabalho tem o escopo de demonstrar a necessidade do planejamento patrimonial familiar e sucessório no casamento. Nesse contexto, imprescindível se apresenta a análise dos instrumentos jurídicos disponibilizados pela atual legislação que regula a matéria. Na medida em que o casamento produz vários efeitos de ordem patrimonial, inerentes ao sustento do lar e à responsabilidade no atendimento dos encargos familiares, o planejamento patrimonial familiar se apresenta indubitavelmente importante para o sucesso econômico do casal. Se afigura importante a escolha do regime de bens mais adequado às pretensões dos nubentes, para fim de se realizar com acerto o plano patrimonial familiar. Além disso, o presente estudo buscou demonstrar a necessidade em funcionalizar o direito sucessório, com base nos princípios constitucionais da autonomia e da solidariedade, visando operar a transferência e a manutenção organizada e estável do patrimônio do autor da herança em favor dos seus sucessores. O grau de complexidade de um planejamento sucessório pode ser maior ou menor, conforme as variáveis do caso concreto. Por isso, questões que dizem respeito à qualificação da pessoa, levantamento do patrimônio, objetivos a serem alcançados e veracidade das informações se afiguram como requisitos para o estabelecimento do plano sucessório. Por fim, demonstrando o descompasso entre o direito das sucessões e a sociedade contemporânea, o estudo elencou instrumentos que podem ser aplicados em um planejamento sucessório, viabilizando negócios jurídicos *inter vivos* ou *mortis causa*.

**Palavras chaves:** Planejamento patrimonial familiar e sucessório. Casamento. Regime de bens. Negócios jurídicos *inter vivos* e *mortis causa*.

## ABSTRACT

The present work has the scope to demonstrate the necessity of family and succession planning in marriage. In this context, it is essential to analyze the legal instruments provided by the current legislation that regulates the matter. Insofar as marriage produces several patrimonial effects, inherent to the sustenance of the home and the responsibility in the fulfillment of the family expenses, family patrimonial planning is undoubtedly important for the economic success of the couple. It seems important to choose the regime of assets more appropriate to the claims of the spouses, in order to correctly realize the family patrimonial plan. In addition, the present study sought to demonstrate the need to functionalize inheritance law, based on the constitutional principles of autonomy and solidarity, aiming to operate the transfer and the organized and stable maintenance of the assets of the disposer in favor of their successors. The degree of complexity of a succession planning may be greater or smaller, depending on the variables of the concrete case. Therefore, questions that relate to the qualification of the person, survey of the assets, objectives to be achieved and veracity of information appear as requirements for the establishment of the succession plan. Finally, showing the mismatch between the law of succession and contemporary society, the study lists instruments that can be applied in a succession planning, enabling *inter vivos* business deals or *mortis causa*.

**Keywords:** Family and succession planning. Marriage. Marital property systems. Legal business *inter vivos* and *mortis causa*.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	7
<b>2. CASAMENTO</b> .....	9
2.1. Generalidades. Natureza Jurídica. Aspectos pessoais, sociais e patrimoniais ..	10
<b>3. REGIME DE BENS</b> .....	12
3.1 Disposições Gerais .....	13
3.2 Pacto Antenupcial .....	16
3.3 Da necessidade de autorização do cônjuge para a prática de atos jurídico.....	19
3.4 Regimes de bens existentes no atual ordenamento jurídico.....	20
3.4.1 Regime de comunhão parcial de bens.....	22
3.4.2 Regime de Comunhão Universal de bens.....	24
3.4.3 Regime de Participação Final nos Aquestos.....	26
3.4.4 Regime de Separação de Bens.....	29
3.5 Da vocação hereditária.....	32
<b>4. PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO PATRIMONIAL</b> .....	<b>35</b>
4.1. Objetivos, limites do planejamento sucessório e a função da legitima.....	36
4.2. Alguns instrumentos jurídicos existentes no atual ordenamento jurídico.....	38
4.2.1. Testamento.....	38
4.2.2. Patilha em vida e doação.....	42
4.2.3. Usufruto.....	46
4.2.4. Fideicomisso e codicilo.....	47
4.2.5. Bem de família.....	49
4.2.6. Planos de previdência complementar privada.....	51
4.2.7. Contratos de seguro (Seguro de Vida).....	55
4.2.8. Conta conjunta.....	57
4.2.9. Trust.....	59
4.2.10. Holding patrimonial .....	61
4.2.11. Acordo de acionistas.....	64
<b>5.CONCLUSÃO</b> .....	<b>65</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>68</b>

## 1. INTRODUÇÃO

No contexto da eficácia do casamento à luz do planejamento patrimonial familiar e sucessório, revela-se imprescindível a análise dos instrumentos jurídicos disponibilizados pela atual legislação que regula a matéria, ainda que, relativamente ao Direito sucessório, o Legislador do CC/02 tenha, de certa forma, atuado em descompasso perante a contemporaneidade.

Com efeito, a constituição de uma família através do instituto do casamento deflagra a produção de vários efeitos patrimoniais inerentes ao sustento do lar, à responsabilidade no atendimento dos encargos da família, a educação e manutenção dos filhos menores e maiores incapazes, dentre outros.

Na referida configuração societária, o casal assume, em conjunto, o encargo de proporcionar o necessário, sob a ótica material, à constituição e a manutenção da sociedade conjugal, de maneira a envolver ambos com os compromissos das despesas correspondentes.

Nesse contexto, o planejamento patrimonial familiar se afigura um procedimento indubitavelmente importante para o sucesso econômico e patrimonial do casal. Em verdade, o planejamento ilustrado neste trabalho, a rigor, deve começar bem antes do casamento, utilizando para tanto a universalidade de instrumentos jurídicos pertinentes.

Atualmente, sem embargo das justificativas de ordem pessoal, afetiva, moral e espiritual, através de uma “associação financeira” (Pereira, 1997, p. 80) consubstanciada no casamento, as pessoas também buscam a auto-realização material e a independência financeira através de atividades de natureza econômica, vislumbrando, conseqüentemente, uma melhor qualidade de vida e bem-estar dos seus membros.

O esforço comum dos componentes da sociedade conjugal, aliado à mútua colaboração dos mesmos visa, dentre outros aspectos, a constituição de um patrimônio. “Essa massa de bens advindos do casamento reside na união afetiva do casal e na comunidade de seus esforços dirigidos para um único objetivo, representado pelo crescimento econômico de sua sociedade afetiva” (Madaleno, 2005, p. 167).

Por isso é que todos esses aspectos e novos arranjos familiares fomentam a necessidade de se buscar ferramentas jurídicas que possam acomodar e harmonizar os interesses patrimoniais, bem como as nuances inerentes à convivência dos integrantes do casamento, especialmente se deparados com a possibilidade de dissolução, muitas vezes rápida, dos matrimônios.

Nesse diapasão o Código Civil de 2002 precisou regulamentar o Direito Patrimonial de Família, notadamente no seguimento da estipulação de regras específicas concernentes à formação e a gestão do patrimônio, tutelando as relações patrimoniais entre os cônjuges, e entre terceiros e a sociedade conjugal.

O trabalho demonstrará que a complexidade da relação matrimonial ensejou a regulamentação que abrange a propriedade dos bens dos cônjuges, a administração, a fruição e a disponibilidade dos mesmos, além das bases de liquidação do regime de bens firmado no casamento. Todo o complexo de regras e princípios que orientam a administração, a disposição e o destino dos bens integram o regramento do direito patrimonial.

Além disso, oportunamente cuidará ser demonstrado que o planejamento sucessório patrimonial pressupõe a utilização de diversos instrumentos jurídicos que possam garantir a transmissão de um patrimônio para os herdeiros de maneira eficaz e eficiente, atingindo os objetivos desejados a um custo menor e de forma menos traumática e mais rápida.

É certo que o vigente Código Civil brasileiro pouco avançou na parte do livro do direito das sucessões. No particular, a norma em comento reflete instrumentos que não se coadunam com a necessidade da sociedade contemporânea, pois “não atende aos anseios finais dos indivíduos, detenham eles vastos patrimônios ou não” (Gaya, 2012, p. 124)

Nesse contexto, é de fundamental importância incorporar a análise dessas questões controversas na arquitetura de processos de planejamento sucessório patrimonial e na escolha dos instrumentos jurídicos em cada caso.

Embora o planejamento sucessório, como é próprio do direito das sucessões, seja destinado a pessoas físicas, este trabalho também abordará instrumentos típicos do direito societário, os quais podem ser utilizados a depender do caso concreto.

Mesmo com todas as dificuldades operacionais, esse trabalho tem o condão de demonstrar que a relevância do planejamento sucessório se justifica por vários aspectos no casamento: transformação das relações e seus desdobramentos jurídicos, valorização e maior fruição do patrimônio, economia com os encargos fiscais, autonomia do autor da herança, maior celeridade e, muitas vezes, menor desgaste emocional no processo sucessório, prevenção de litígios e menor perspectiva de dilapidação patrimonial.

Esse tema, portanto, mostra-se relevante para os profissionais da área do Direito, considerando a necessidade de conhecimento das ferramentas de atuação na área do direito das sucessões, com a perspectiva de que além dos aspectos objetivos do sistema, o planejamento para funcionar dever-se-á fundar em princípios constitucionais da autonomia e da solidariedade familiar.

O assunto também interessa diretamente a sociedade brasileira, considerando que para todas as famílias, ainda que com a consolidação de um patrimônio modesto, é importante saber e planejar como se dará a destinação do mesmo, após a morte de seus proprietários.

Por fim, faz-se necessário esclarecer que a despeito da recente decisão do STF a respeito da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do CC/02, equiparando os efeitos do casamento à união estável, o presente estudo preferiu concentrar a sua dissertação apenas em relação ao primeiro. É que, não fosse somente a modulação estabelecida pelo STF na hipótese, não podemos deixar de considerar que existe uma parte da Doutrina que atualmente adverte que a equiparação total entre os institutos corresponde apenas às normas de solidariedade, eis que em face das normas de formalidade a isonomia seria apenas parcial.

## **2. CASAMENTO**

Muito se discute sobre o casamento em si e sua natureza jurídica. O estudo sobre o assunto estimula tradicionalmente a ocorrência de muitas opiniões doutrinárias.

No Brasil, duas definições sobre casamento são consideradas como clássicas. De acordo com Lafayette Rodrigues Pereira ((1945, p. 34), “o casamento é um ato

solene pelo qual duas pessoas de sexo diferente se unem para sempre, sob promessa recíproca de fidelidade no amor e da mais estreita comunhão de vida”

A segunda, da lavra de Clovis Beviláqua (1950, p. 46), assevera “ser um casamento um contrato bilateral solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissoluvelmente, legalizando por ele suas relações sexuais, estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses, e comprometendo-se a criar e a educar a prole, que de ambos nascer”.

Sem deixar de considerar o valor dogmático e caráter histórico das conceituações acima, o certo é que o instituto do casamento, em tempos atuais, concebe uma realidade fática não contemplada pelos ilustres juristas acima mencionados.

Atualmente, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2015, p.118-119), asseverando que o instituto “afigura-se como uma especial modalidade de contrato, qualificada pelo Direito de Família”, definem o casamento como sendo um “contrato especial de Direito de Família, por meio do qual os cônjuges formam uma comunidade de afeto e existência, mediante a instituição de direitos e deveres, recíprocos e em face dos filhos, permitindo, assim, a realização de seus projetos de vida”

## **2.1. GENERALIDADES. NATUREZA JURÍDICA. ASPECTOS PESSOAIS, SOCIAIS E PATRIMONIAIS.**

A união matrimonial decorre de um pacto de vontades através de um envolvimento afetivo que gera o desejo de constituir uma família, apto a assimilar sentimentos, esperanças e valores, permitindo que os agentes realizem seus projetos de felicidade.

De igual sorte que a polêmica da questão conceitual do casamento, respeito da sua natureza jurídica não há um consenso na nossa melhor doutrina nacional.

A concepção clássica doutrinária sempre considerou o casamento um contrato. Nesse contexto, de acordo com Washington de Barros Monteiro (1945, p.34) “ seria o casamento “ uma grande instituição social, que de fato nasce da vontade dos contraentes, mas que, da imutável autoridade da Lei, recebe sua forma, suas

normas e seus efeitos. A vontade individual é livre para fazer surgir a relação, mas não pode alterar a disciplina estatuída pela Lei”.

Lafayette Rodrigues (1945, p. 34), já demonstrando contrariedade à corrente contratualista, ponderou que o casamento, “ atenta a sua natureza íntima, não é um contrato, antes difere dele profundamente, em sua constituição, no seu modo de ser, na duração e alcance de seus efeitos”.

Considerando a existência das duas correntes acima, sobre a natureza do casamento surgiu um terceiro entendimento, admitindo o mesmo como sendo de natureza eclética ou mista, complexa, podendo ser levado em conta tanto como contrato ou instituição.

Carvalho Santos (1961, p. 10-11), nessa linha de entendimento, afirma ser o casamento “um contrato todo especial, que muito se distingue dos demais contratos meramente patrimoniais. Porque, enquanto estes só giram em torno do interesse econômico, o casamento se prende a elevados interesses morais e pessoais e de tal forma que, uma vez ultimado o contrato, produz ele efeitos desde logo, que não mais podem desaparecer, subsistindo sempre e sempre como que para mais lhe realçar o valor”.

Sem embargo da liberdade inerente ao desejo de assumir o compromisso matrimonial, é certo que o instituto do casamento sujeita os contratantes aos efeitos jurídicos que ocorrem independentemente da vontade das partes.

Com a celebração da avença decorrem diversas ocorrências projetadas na vida social do casal, nas suas relações econômicas, nos deveres a serem cumpridos por ambos, bem como nas suas relações com seus filhos. Deste modo, do sistema normativo, restam propagadas consequências de ordem social, pessoal e patrimonial.

Do ponto de vista social, inicialmente o casamento proporciona a criação da família, considerada como o primeiro efeito decorrente do matrimônio. De outro lado modifica o estado civil, a ponto de conceber a emancipação do cônjuge menor de idade, tornando-o plenamente capaz.

Além disso, também como fator de identificação social, o casamento tem o condão de firmar o vínculo de afinidade entre cada consorte e os parentes do outro, com a configuração do estado de casado.

Os efeitos pessoais do casamento nascem automaticamente com a mudança do estado civil. Fica configurada a união de duas pessoas com perspectiva de vida

em comum ou, como bem define o art. 1.565 do CC/2002: “homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família”.

No prisma de Madaleno (2008, p. 527), “do ponto de vista patrimonial, durante a vida conjugal, o casal faz frente às necessidades financeiras para sustento do lar”. Conseqüentemente, necessário se faz que se organizem essas relações patrimoniais, decorrentes das questões pecuniárias entre os cônjuges, as quais configuram uma “uma comunidade de interesses pecuniários” (Madaleno, 2008, p. 527) denominada regime de bens.

### **3. REGIME DE BENS**

O regime de bens é uma das conseqüências jurídicas do casamento. Nessa configuração se constitui o “conjunto de normas que disciplina a relação jurídico-patrimonial entre os cônjuges, ou, simplesmente, o estatuto patrimonial do casamento” (Gagliano e Pamplona Filho, 2015, p. 118-119).

Para Venosa (2007, p. 304), “Regime de bens constitui a modalidade de sistema jurídico que rege as relações patrimoniais derivadas do casamento. Esse sistema regula precipuamente a propriedade e a administração dos bens trazidos antes do casamento e os adquiridos posteriormente pelos cônjuges. Há questões secundárias que também versam sobre o direito patrimonial no casamento que podem derivar do regime de bens, como o dever de alimentos à prole e o usufruto de seus bens, da mesma forma que importantes reflexos no direito sucessório” (2007, p. 304).

Com efeito, no pensar de Taquini (1995 .p.6) ), “o regime de bens deve conter normas sobre a propriedade do acervo trazido para o casamento *ou para a união estável*, e tratar do destino destes bens depois da sua constituição, identificando os proprietários dos bens adquiridos durante o matrimônio ou na constância da relação estável, sua administração e gozo, a sua disposição e como se finaliza o regime e o destino dos bens, tudo com vistas às relações conjugais ou de convivência fática, passando pelos cuidados e interesses dos filhos, quando existentes, da família e dos terceiros que contratam com o casal, ou individualmente com um dos integrantes da sociedade afetiva”

O estudo da regulamentação de bens diagnosticado neste trabalho tem o condão de justificar a necessidade de um planejamento patrimonial familiar, a ponto de permitir, por parte dos interessados uma melhor compreensão dos temas referentes à propriedade e a administração dos cônjuges sobre os bens adquiridos em período anterior ao matrimônio e os bens havidos durante a constância do casamento, principalmente em face da comunicabilidade ou da incomunicabilidade desse patrimônio.

### **3.1 Disposições Gerais**

A existência de um regime de bens no casamento é, pois, indispensável. Impossível a relação matrimonial ter seu desenvolvimento sem tal regra. O “estatuto patrimonial dos cônjuges” (GOMES, 1984, p. 1163) abrange a propriedade de seus bens, a administração, o uso e a disponibilidade desse patrimônio, além de critérios de liquidação do regime patrimonial, o qual se estabelece a partir da constituição da família fundada no casamento.

O regime de bens constitui a norma referente aos interesses econômicos dos cônjuges, seja nas relações entre os mesmos, entre eles e terceiros, ou entre qualquer um dos dois e terceiros. “Regula especialmente o domínio e a administração de ambos ou de cada um sobre os bens anteriores e os adquiridos na constância da união conjugal” (GONÇALVES, 2015, p. 445)

O regramento concernente ao Direito Patrimonial nas relações familiares se inicia no Título II, na estrutura do Livro IV, da Parte Especial, do Código Civil de 2002. Tal Diploma Legal, em consonância com os princípios constitucionais da nossa Carta Magna de 1988, manteve os regimes de comunhão parcial, comunhão universal e separação de bens, introduzindo ainda o regime de participação final nos aquestos.

A Legislação Substantiva de 2002, para apontar algumas modificações significativas, extinguiu o regime dotal, conferiu maior liberdade aos cônjuges em determinados casos para a prática de atos e negócios jurídicos, sem a necessidade da outorga do outro cônjuge, permitiu, de maneira circunstanciada, a alteração do regime de bens durante o casamento, como também passou a prever os casos em

que os nubentes não tem liberdade para escolher regime de bens, impondo-se, na hipótese, o regime obrigatório de separação de bens.

No seu artigo 1639, o Código Civil de 2002, como regra geral, adota a liberdade de escolha pelos cônjuges do regime patrimonial do casamento: “É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver”.

Vale registrar, entretanto, que a liberdade de escolha não pode atentar contra princípios de ordem pública, bem assim da essência e da natureza do casamento. Tanto é verdade que o art. 1.655 do CC/02 estabelece que “ é nula a convenção ou clausula dela que contravenha disposição absoluta de lei”

Uma das mais significativas novidades sobre o regime de bens no CC/2002 diz respeito a possibilidade de sua mudança. Tal circunstância, inclusive, já era verificada em outras legislações estrangeiras, na forma indicada por Antunes Varela (1999, v.1, p.432) nos seguintes termos: “Diferente é a orientação perfilhada noutras legislações europeias (designadamente a alemã e a espanhola) e americanas, com o fundamento de que só a livre modificação das convenções permite a correção do erro que os contraentes tenham cometido na escolha do seu regime de bens ou a adaptação do regime inicial às circunstâncias, tantas vezes imprescindíveis, posteriores à celebração do casamento”

Orlando Gomes (1999, p. 174), crítico que era a respeito da imutabilidade do regime de bens, mesmo antes da entrada em vigor do CC/02, já pugnava pela alterabilidade dos regimes: “O direito de Família aplicado, isto é, o que disciplina as relações patrimoniais entre os cônjuges, não tem o cunho institucional do direito de Família puro. Tais relações se estabelecem mediante o pacto pelo qual tem os nubentes a liberdade de estipular o que lhes aprouver. A própria lei põe a sua escolha diversos regimes matrimoniais e não impede que combinem disposições próprias de cada qual. Porque proibir que modifiquem cláusulas do contrato que celebraram, mesmo quando o acordo de vontades é presumido pela Lei? Que mal há na decisão de cônjuges casados pelo regime de separação de substituírem-no pelo da comunhão?”

Em verdade, como leciona Paulo Lôbo ( 2008, p. 295), “a imutabilidade tradicional do regime de bens repousava em três argumentos: a) o contrato de

casamento era concebido como um pacto de família, que não podia permitir sua modificação por vontade dos cônjuges; b) a imutabilidade protegia o cônjuge contra pressões do outro; c) terceiro poderia ser lesado pela modificação do regime”

A possibilidade de admissão da mudança do regime de bens restou inserta no § 2º do artigo 1.639 do CC/02 – revogação do princípio da imutabilidade -, “mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros”.

Em verdade, a liberdade de alteração não se apresenta de maneira irrestrita e em caráter potestativo. Somente através de uma autorização judicial poderá ocorrer a mudança do regime de bens.

Nas lições de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2015, p. 118-119), sobre o dispositivo acima mencionado algumas conclusões importantes foram ensinadas:

“a) a alteração do regime não pode se dar pela via administrativa, em cartório, exigindo, pois, a instauração de procedimento judicial;

b) esse procedimento judicial será de jurisdição voluntária, uma vez que o pedido conjunto, não há lide, afigurando-se, assim, juridicamente impossível um pedido de mudança formulado em ação judicial proposta por um dos cônjuges em face do outro;

c) o pedido conjunto deverá ser motivado, a fim de que a autoridade judiciária possa analisar a razoabilidade do pleito e dos fundamentos invocados;

d) a mudança do regime de bens, que se dará por sentença, não poderá afrontar direitos de terceiros, razão porque é recomendável que o juiz determine a publicação de edital, imprimindo, assim, a mais ampla publicidade;

e) o juízo competente, em nosso sentir, não deverá ser o da Vara de Registros Públicos, mas, sim, aquele com competência em direito de Família, uma vez que a mudança fundamenta-se na situação matrimonial dos interessados”.

Ainda acerca da autonomia para a escolha do regime de bens, vale dizer que a mesma não é absoluta, considerando, a título ilustrativo, que não se aplica às pessoas maiores de sessenta anos.

De igual sorte, não podem escolher o regime de bens aquelas pessoas que contraírem casamento com inobservância das causas suspensivas da sua

celebração, como também aquelas que dependem, para casar, de suprimento judicial, as quais devem se sujeitar, em caráter obrigatório, às regras do regime de separação de bens, na forma preconizada pelo artigo 1.641 do CC/2002

Registre-se, porque oportuno, que mesmo silenciem os cônjuges a respeito do tema, a legislação supre a correspondente inércia, a ponto de definir o regime patrimonial do casamento como sendo o de comunhão parcial de bens.

Fora a hipótese de adoção do regime da comunhão parcial, que a Lei presume ser o escolhido pelas partes quando estas nada convencionam, a seleção de qualquer outro regime depende de ajuste entre os nubentes, cujo procedimento deverá utilizar a celebração de um pacto antenupcial.

Nesse sentido, na razão de Paulo Lôbo (2007, p. 292) “a liberdade de estruturação do regime de bens, reconhecida em favor dos nubentes, é total, não tendo a Lei imposto qualquer tipo de restrição à contenção da escolha, daí a possibilidade de fundir tipos de regimes, de criação de outro regime não previsto na lei, desde que não constitua expropriação disfarçada de bens por um dos nubentes contra o outro, ameaça ao crédito de terceiro ou contrariedade aos bons costumes”

O princípio da liberdade dos pactos antenupciais encontra obstáculo apenas na hipótese de regime de separação de bens, levando em conta para tanto a precaução ou aplicação de sanção aos nubentes, não sendo permitido em tal circunstância a escolha de outro regime de bens.

Em tempos atuais, a melhor adequação do regime patrimonial escolhido na gestão casamento visa assegurar o mínimo de conciliação de interesses no cotidiano do casal, bem assim garantir adequadamente a autonomia dos cônjuges, proporcionando a igualdade material entre os titulares do direito.

Com o estabelecimento do pacto antenupcial, o objetivo é adotar um ajuste entre sujeitos iguais, que manifestam o compromisso de assumir juntos e de maneira solidária todas as nuances inerentes ao casamento, incluindo aspectos de natureza material e moral.

### **3.2 Pacto Antenupcial**

O pacto antenupcial consiste na formalização solene, avençada entre os nubentes e perante um Tabelião de Notas, estabelecendo a adoção de um dos regimes de bens previstos em lei ou ainda de um regime misto, com regras aplicáveis a vários regimes, desde que compatíveis.

Decerto, conforme Madaleno (2008, p. 528) no pacto “antenupcial o Direito de Família permite exercer livremente a autonomia de vontade, podendo os nubentes contratarem acerca do regime que melhor entendam deva dispor sobre as relações patrimoniais de seu casamento, constituindo-se em verdadeira exceção à regra da indisponibilidade dos direitos de família, cujos preceitos são compostos de normas cogentes e, portanto, insuscetíveis de serem derogadas pela convenção entre particulares”.

De acordo com Paulo Lôbo (2008, p. 307), “o pacto nupcial é o negócio jurídico bilateral de direito de família mediante o qual os nubentes têm autonomia para estruturarem, antes do casamento, o regime de bens distinto do regime de comunhão parcial. A autonomia diz respeito não apenas à escolha do regime distinto, dentre os previstos em lei, mas o modo como serão reguladas as relações patrimoniais, após o casamento, com liberdade, desde que não se pretenda fraudar a lei ou contra legítimos interesses de terceiros. Podem os nubentes fundir tipos de regimes, modificar regimes previstos em lei, ou criar tipo de regime novo”

É válido o pacto antenupcial quando feito por sujeito capaz de contrair núpcias ou maior de dezesseis anos, com aprovação de seu representante legal (pais ou tutor). O conteúdo do documento deve ser lícito, não podendo constituir qualquer espécie de violação legal ou a norma cogente. Assim preceitua o artigo 1.655 do CC/02: “ é nula a convenção ou clausula que contravenha disposição absoluta de lei”

Segundo o ensinamento de Washington de Barros Monteiro (1960, p.193-194)” disposições absolutas de lei são as de ordem pública, as rigorosamente obrigatórias, que tem caráter proibitivo e cuja aplicação não pode ser afastada ou excluída pelas partes. O Código não se refere às cláusulas ofensivas dos bons costumes, mas é fora de dúvida que a defesa da ordem pública, a defesa dos interesses gerais da sociedade, abrange também a dos costumes. Em tais condições, tornam-se

inadmissíveis estipulações antenupciais que alterem a ordem da vocação hereditária, que excluam da sucessão os herdeiros, que estabeleçam pactos sucessórios aquisitivos ou renunciativos”.

Além disso, o conteúdo do escrito (pacto) não poderá conter vícios de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra terceiros.

Do ponto de vista de sua eficácia, o regime escolhido começará a produzir efeitos a partir do casamento. Ou seja, o pactuado não proporcionará consequências se houver revogação – que poderá ser tácita se não for incluído no procedimento de habilitação - ou desistência do casamento por parte de qualquer dos nubentes.

A ineficácia do pacto antenupcial será também observada se antes do casamento falecer qualquer dos nubentes, se tornarem absolutamente incapazes ou incorrerem em qualquer situação que tipifique o impedimento matrimonial.

Formalmente, o pacto antenupcial poderá admitir a representação por procurador, devendo ser exigido para tanto o reconhecimento da firma na hipótese de documento particular.

De acordo com a previsão do artigo 1.657 do CC/2002, o pacto antenupcial deve ser registrado no Cartório de Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges, a fim de que possa produzir efeitos *erga omnes*.

A eficácia perante terceiros, concernente ao registro imobiliário, apenas atinge os bens imóveis. Relativamente aos bens móveis, a eficácia está correlacionada à existência do pacto antenupcial e ao registro do casamento.

De outra sorte, a produção de efeitos do pacto celebrado por menor, na forma preconizada pelo artigo 1.654 do CC/2002, fica condicionada à aprovação do representante legal, salvo na circunstância de se tratar de regime obrigatório de separação de bens.

O certo é que os menores podem ser partes no negócio jurídico antenupcial. Porém, existe para tanto a necessidade imperiosa de aprovação por parte de seus pais ou tutor. Estes últimos, inclusive, devem cancelar a aprovação no instrumento público correspondente, devidamente acolhida pelo Notário correspondente.

Com a introdução do regime de participação final nos aquestos, os nubentes poderão estabelecer que os bens imóveis particulares sejam livremente alienáveis

pelo respectivo proprietário, sem a necessidade de autorização do outro cônjuge. Tal permissão não atinge os bens comuns, que podem existir neste regime, de acordo com o pacto antenupcial.

Por fim, na hipótese de vício implementado em qualquer cláusula, não haverá contaminação de todo o conteúdo do ajuste, mantendo-se as demais disposições que não contrariem a ordem pública.

### **3.3 Da necessidade de autorização do cônjuge para a prática de atos jurídicos**

Com a exceção do regime da separação absoluta - fixada de maneira expressa no Código Civil/2002 – o artigo 1.647 do CC/2002 especifica os atos que nenhum dos cônjuges poderá praticar sem a autorização do outro.

A alienação ou o fomento de gravame de natureza real sobre bens imóveis é o primeiro exemplo da situação acima abordada. Tal situação consiste, em verdade, apenas na falta de mera legitimação, não havendo se falar na hipótese em qualquer espécie de incapacidade.

Tal exigência se justifica para proporcionar segurança aos bens de família, assegurando, inclusive, garantia correspondente à prole do casal. Não se apresenta razoável, no particular, sob pena de ofensa ao princípio da confiança recíproca, que o outro cônjuge não seja ouvido a respeito das transações que porventura implementem a alienação do patrimônio, incluindo nesse contexto toda e qualquer forma de transmissão do bem, como consignação em pagamento, permuta, doação, etc.

A autorização acima analisada também deve ser buscada em face do compromisso de compra e venda, considerando a situação de que através desta ferramenta jurídica poder-se-á outorgar a transferência do domínio mediante o instituto da adjudicação compulsória, cuja perspectiva encontra-se prevista no artigo 1.418 do CC/2002.

Também para postular em juízo sobre bens imóveis e os direitos correspondentes, na qualidade de Autor ou Réu, o cônjuge necessita da autorização expressa de seu companheiro. É que, em situações que tais, ao final da demanda, a

prestação jurisdicional poderá impor uma decisão que imponha a perda da propriedade em discussão, efeitos estes semelhantes àqueles produzidos pela alienação direta do bem.

Buscando evitar também possível comprometimento do patrimônio do casal, a autorização do cônjuge também se apresenta necessária para as hipóteses de aval e fiança. Decerto, a inexistência de autorização do cônjuge em situações que tais poderá implicar na ineficácia total da respectiva garantia.

A doação de bens móveis comuns ao casal, não sendo remuneratória, ou daquelas que possam vir a integrar futura meação, também enseja a autorização do outro cônjuge. A doação de bens do casal praticada por um dos cônjuges permite apenas aquela de natureza remuneratória, pois representa pagamento prestado pelo donatário.

A regulamentação da doação de bens materiais pelo cônjuge, segundo Paulo Lôbo (2008, p. 259-260), impõe “a outorga do outro cônjuge para a doação de bens comuns, sejam móveis ou imóveis, inclusive de pequeno valor. Por consequência, pode o cônjuge, sem autorização do outro, doar seus bens particulares que convivem com os comuns nos regimes de comunhão parcial, universal e de participação de aquestos. A menção aos bens que possam integrar futura meação toca ao regime de participação final nos aquestos. Fica excluída, em qualquer regime, a necessidade de autorização conjugal para a doação remuneratória”

Por fim, além das restrições acima mencionadas, todas inseridas no artigo 1.647 do CC/2002, na hipótese de casamento pelo regime da comunhão universal de bens, existe a proibição de cônjuges contratarem sociedade entre si ou com terceiros, sem embargo da irrisignação social a respeito da regra, manifestada através do PL n. 699/2011 encaminhado ao Congresso Nacional.

### **3.4 - Regimes de bens existentes no atual ordenamento jurídico**

Levando em conta as consequências de ordem social, ética e financeira decorrentes do casamento, indiscutivelmente o regime de bens se apresenta como sendo um aspecto fundamental nas regras do Direito de Família.

No ensejo da constituição de uma família, a aproximação de pessoas também deve fomentar a submissão delas às regras do ordenamento jurídico patrimonial familiar, desenvolvidas pelo Estado não somente diante da com a perspectiva de

proteção do casamento (sem mensurar a união estável que não faz parte desse trabalho), mas também com o intuito de desencorajar a concepção de uniões inseguras formalmente e, por isso, de mera conveniência.

As regras de ordem patrimonial no casamento “mostram-se relevantes para a definição da titularidade dos bens e do custeio das despesas familiares; dos critérios para uso, gozo e disponibilidade do acervo comum ou particular de cada consorte” (Maluf, 2016, p. 238).

Na hipótese em que não exista convenção entre os nubentes, “ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial”(CC/2002).

Tal premissa encontra-se consagrada expressamente no artigo 1.640 do nosso Código Substantivo de 2002. No parágrafo único do referido artigo está prevista a disposição de que “poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que o Código regula. Quanto à forma, reduzir-se-á a termo a opção pela comunhão parcial, fazendo-se o pacto antenupcial por escritura pública, nas demais escolhas”

Como já manifestado nesse trabalho, mediante a instrumentalização de um pacto antenupcial, podem as partes “contratarem acerca do regime que melhor entendam deva dispor sobre as relações patrimoniais de seu casamento, constituindo-se em verdadeira exceção à regra da indisponibilidade dos direitos de família, cujos preceitos são compostos de normas cogentes e, portanto, insuscetíveis de serem derogadas pela convenção entre particulares (Madaleno, 2008, p. 528).

Destarte, mediante o permissivo legal outorgado àqueles que pretendem constituir o casamento, de poder administrar, dispor e fruir de seus patrimônios, sejam particulares ou comuns, várias ferramentas jurídicas encontram-se disponíveis para a respectiva organização conjugal.

O CC/02, a respeito do tema em análise, disciplina a comunhão parcial nos artigos 1.658 a 1666. A comunhão universal encontra-se regulada entre os artigos 1667 a 1671. A participação final nos aquestos tem seu regramento entre os artigos 1672 e 1686. Finalmente, a separação de bens encontra-se regulada pelos artigos 1.687 e 1688.

### 3.4.1 – Regime de Comunhão Parcial de bens

A concepção básica do regime em apreço cinge-se ao fato de que os bens adquiridos após o casamento, ou seja, os aquestos, constituem o patrimônio comum do casal. Aqueles bens porventura adquiridos em período anterior à união são guardados por cada esposo.

Até a entrada em vigor da denominada Lei do Divórcio – Lei. nº 6.515/1977 -, o regime patrimonial supletivo era o da comunhão universal de bens. A partir de então, o regime da comunhão parcial passou a ser aquele que o legislador passou a consagrar como supletivo, sendo, portanto, necessária para sua implementação apenas a redução a termo no próprio assento de casamento quando da habilitação.

A regra acima encontra-se expressamente disposta no artigo 1.640 do CC/2002, na medida em que “não havendo convenção, ou sendo nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens dos cônjuges, o regime da comunhão parcial de bens”. Tratam-se regras previstas no 1.658 (CC/2002), em que o legislador, na inércia dos nubentes, faz uma escolha *a priori* da forma de divisão patrimonial presumidamente mais equilibrada e justa.

Nas palavras de Gagliano e Pamplona ((2011, p. 323), “esse regime guarda mais congruência e equilíbrio com a perspectiva patrimonial dos consortes, na medida em que estabelece uma separação patrimonial entre os bens amealhados no passado e uma fusão dos bens futuros, adquiridos onerosamente por um ou ambos os cônjuges”

Define-se o regime da comunhão parcial de bens como aquele em que “há, em regra, a comunicabilidade dos bens adquiridos a título oneroso na constância do matrimônio, por um ou ambos os cônjuges, preservando-se, assim, como patrimônio pessoal e exclusivo de cada um, os bens adquiridos por causa anterior ou recebidos a título gratuito a qualquer tempo” (Gagliano e Pamplona, 2015, p. 343).

De acordo com Paulo Lôbo (2008, p. 314), “o que singulariza o regime, considerado por muitos o mais equitativo, é a separação e a convivência entre dois tipos de bens: os comunicáveis, ou comuns, e os não comunicáveis, ou particulares.

Resultam três massas patrimoniais distintas, cada uma com seus respectivos ativos e passivos: duas particulares e uma comum. A linha divisória é traçada na data do casamento, ou seja, de sua celebração e não o registro. Até o casamento, os bens adquiridos pelos cônjuges permanecem particulares, inclusive os adquiridos posteriormente, com valores derivados de suas alienações. Após o casamento os bens se comunicam”

Como se percebe, a comunicabilidade desse regime é relativa, consagrando-se a teor do artigo 1.660, do Código Civil de 2002, no seguinte contexto:

(a) os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges;

(b) os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior;

(c) os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges;

(d) as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge;

(e) os frutos de bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão. Já o legislador, em seu artigo 1.662, do Código Civil de 2002, presume terem sido adquiridos durante a vigência do casamento os bens móveis, ressalvada a possibilidade de prova em contrário.

Por outro lado, excluem-se, a teor dos artigos 1.659 e 1.661, do Código Civil de 2002:

(a) os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar;

(b) os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares;

(c) as obrigações anteriores ao casamento;

(d) as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal;

(e) os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão;

- (f) os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge;
- (g) as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes;
- (h) os bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento.

Os bens que não se comunicam ficam conservados com aquele cônjuge que o possuía antes de casar. A comunhão apenas e tão somente se consagra relativamente ao patrimônio adquirido no curso da relação matrimonial.

Por isso é que são considerados particulares os bens que as pessoas possuíam antes do casamento. De igual sorte, seguindo a mesma regra, aqueles débitos anteriores à relação matrimonial não podem ser objeto de comunicabilidade.

Relativamente à administração do patrimônio, o artigo 1.663 do CC/02 estabelece que a gestão do patrimônio comum compete a qualquer dos cônjuges. As dívidas contraídas nessa administração obrigam os bens comuns e os particulares do cônjuge que os administra, e os do outro na razão do proveito auferido (art. 1.663, § 1º).

Aqueles bens de natureza exclusiva serão de responsabilidade do cônjuge proprietário, a teor dos artigos 1.664 e 1.665 do Código Civil de 2002, sem embargo da possibilidade de disposição diversa por pacto antenupcial. Nesse contexto, a administração ou a alienação dos bens particulares somente podem ser ultimadas com a autorização de ambos os cônjuges, ressalvados os interesses de terceiros.

Dispõe ainda o artigo 1.666 do CC/2002 que “as dívidas, contraídas por qualquer dos cônjuges na administração de seus bens particulares e em benefícios destes, não obrigam os comuns”, o que aperfeiçoa indiscutivelmente o sistema anterior regrado pelo artigo 274 do Código Civil de 1916.

Já os bens comuns, por pertencerem a ambos os cônjuges, devem ser administrados de comum acordo, seja por ambos, seja por um ou por outro, respeitados os limites legais (outorga marital, uxória, etc.).

### **3.4.2 – Regime de Comunhão Universal de bens**

Antes da adoção do regime de bens supletivo atual, a comunhão universal era o regime de bens adotado pelo legislador como tal. O “seu princípio básico determina, salvo exceções legais, uma fusão do patrimônio anterior aos cônjuges e, bem assim, a comunicabilidade dos bens havidos a título gratuito ou oneroso, no curso do casamento, incluindo-se as obrigações assumidas” (Gagliano e Pamplona, 2015, p. 360)

À época em que a comunhão universal figurava como instituo legal supletivo, a sua formalização se dava apenas com a redução a termo no próprio assento de casamento quando da habilitação.

Por força da existência atual de diversas relações conjugais reguladas ainda por tal regime, a matéria em abordagem guarda ainda especial relevância. Todavia, ainda que não seja uma opção regular de escolha daqueles que pretendem em dias atuais casar, o certo é que tal opção, quando desejada, deve ser materializada mediante a lavratura de pacto antenupcial.

O artigo 1.667 estabelece: “o regime da comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, com exceções do artigo seguinte”.

O certo é que o regime de comunhão universal se caracteriza pela quase total comunhão dos bens adquiridos antes ou após o casamento. O casamento torna comuns os bens particulares de cada cônjuge. Aquele patrimônio adquirido por mera liberalidade de terceiros, em doação ou sucessão, também se tornam comuns, salvo se onerados com cláusula de incomunicabilidade.

Todavia, o passivo dos cônjuges na comunhão universal não se comunica integralmente. Dívidas anteriores à união não integram a comunhão. As dívidas contraídas licitamente após o casamento por qualquer dos cônjuges, compromete o patrimônio comum.

Em verdade, a contribuição efetiva para a formação do acervo patrimonial não foi objeto de preocupação do legislador nesse regime jurídico, haja vista tê-lo pensado para o caso, antigamente comum, do homem trabalhador e sustentador da casa e da mulher ‘do lar’.

Observa-se, contudo, não ser absoluta essa presunção legal, eis que o Código Civil, em seus artigos 1.668 e 1.659, elencou hipóteses de incomunicabilidade dos bens, quando forem:

(a) os bens doados ou gravados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar;

(b) os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva;

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

(d) as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com cláusula de incomunicabilidade;

(e) os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão; (vi) os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge; e

(f) as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes

Registre-se que aqueles frutos decorrentes dos bens incomunicáveis, quando percebidos ou vencidos, devem ser objeto de comunicação. Tanto é verdade que assim dispõe o art. 1.669 do CC/02: “A incomunicabilidade dos bens enumerados no artigo antecedente não se estende aos frutos, quando se percebam ou vençam durante o casamento”. Destarte, não obstante a incomunicabilidade de tais bens, aquilo que for inerente aos rendimentos dos mesmos se comunicam.

Em relação à administração de bens, aplica-se ao regime da comunhão universal as regras do regime da comunhão parcial, apenas quanto aos bens comuns. *Mutatis mutandis*, os artigos 1663 a 1666 do CC/2002, referentes ao regime da comunhão parcial, aplicam-se ao regime da comunhão universal.

### **3.4.3 – Regime de Participação Final nos Aquestos**

O regime da participação final nos aquestos, segundo Paulo Lôbo (2008, p. 331). “é inovação do Código Civil de 2002, que suprimiu o regime dotal, tornando superado com o desaparecimento da família patriarcal. É regime sem qualquer tradição na experiência brasileira, dotado de certa complexidade, por agregar

elementos da comunhão parcial, separação absoluta e apuração contábil de passivo e ativo”

Oportuno destacar, com a intenção de melhor compreender o conteúdo, que “aquestos, etimologicamente, significa bens adquiridos; no direito de família, bens adquiridos na constância do matrimônio” (Paulo Lôbo, 2011, p. 359,).

De acordo com Silvio Venosa (2007, p. 360), “é muito provável que esse regime não se adapte ao gosto de nossa sociedade. Por si só verifica-se que se trata de estrutura complexa, disciplinada por nada menos do que 15 artigos, com inúmeras particularidades. Não se destina, evidentemente, à maioria da população brasileira, de baixa renda e de pouca cultura. Não bastasse isso, embora não seja dado ao jurista raciocinar sobre fraudes, esse regime ficará sujeito a vicissitudes e abrirá vasto campo ao cônjuge de má fé”

Dispõe o artigo 1.672 do CC/02: “No regime de participação final nos aquestos, cada cônjuge possui patrimônio próprio, consoante disposto no artigo seguinte, e lhe cabe, à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento”.

O regime se caracteriza pela existência de dois patrimônios próprios de cada cônjuge, mesmo na constância do casamento, a teor do artigo 1.673, do Código Civil de 2002. Todavia, à época da dissolução conjugal, todos os bens adquiridos onerosamente durante o matrimônio pelos cônjuges serão partilhados à metade pelo casal, com base no artigo 1.672, do Código Civil de 2002

Quanto à sua natureza jurídica, esclarece Carlos Alberto Dabus Maluf (2016. p. 255) “é um regime híbrido, que segue os princípios da separação de bens na constância do casamento e da comunhão parcial na dissolução da sociedade conjugal. Caracteriza-se dessa forma pela existência de dois patrimônios distintos, incomunicáveis durante o casamento e comunicáveis na dissolução deste se adquiridos onerosamente”

Na realidade, enquanto perdurar a relação matrimonial trata-se de um verdadeiro regime de separação de bens, de forma a proporcionar a cada cônjuge a exclusiva administração de seu patrimônio pessoal, com a incorporação daqueles que possuía antes do casamento e daqueles porventura adquiridos ao longo do

casamento, podendo livremente dispor dos móveis e depender da autorização do outro na hipótese dos imóveis.

Nesse contexto, expressa o artigo 1.673: “integram o patrimônio próprio dos bens que cada cônjuge possuía ao casar e os por ele adquiridos, a qualquer título, na constância do casamento; Parágrafo único: A administração desses bens é exclusiva de cada cônjuge, que os poderá livremente alienar, se forem móveis”.

Portanto, a administração de bens é exclusiva do seu titular – cônjuge. Existe nesse regime a característica de liberdade relativa para disposição de bens componentes do acervo patrimonial próprio, podendo aliená-los sem restrições, se forem bens móveis.

Em interpretação a contrário senso, se forem bens imóveis, necessária será a outorga marital ou uxória para aliená-los. Essa outorga também se faz indispensável para a doação do bem imóvel, podendo, em sua inobservância, o cônjuge prejudicado, ou seus herdeiros, à época da dissolução conjugal, reivindicá-lo ou recuperar o seu valor equivalente, a teor do artigo 1.675, do Código Civil de 2002.

Ressalta-se que é possível, por meio de cláusula no pacto antenupcial, a convenção expressa e livre no sentido de dispensar essa outorga para a disposição dos bens imóveis particulares.

Na ocasião da dissolução conjugal, preceitua o CC/02, em seu artigo 1.674, que, excluindo-se da soma dos patrimônios próprios, haverá a apuração dos bens amealhados por cada cônjuge da seguinte forma:

- (a) os bens anteriores ao casamento e os que em seu lugar se sub-rogam;
- (b) os que sobrevieram a cada cônjuge por sucessão ou liberalidade;
- (c) as dívidas relativas a esses bens, havendo presunção relativa de aquisição durante o casamento quanto aos bens móveis.

Com relação ao passivo, configura responsabilidade de cada cônjuge aquele quantitativo contraído no curso do casamento. Sobre o assunto, o artigo 1.678 do CC/2002 estabelece que “se um dos cônjuges solveu uma dívida do outro com bens do seu patrimônio, o valor do pagamento deve ser atualizado e imputado, na data da dissolução, à meação do outro cônjuge”, observando o limite da meação

De acordo com o quanto dispõe o artigo 1.667 do CC/02, dívidas contraídas em data posterior à dissolução darão somente atinge o cônjuge que a contraiu, aplicando-se no particular as regras as regras da separação de bens, ressalvado o caso de comprovado benefício comum pela situação originária da dívida

Na partilha dos bens, calcula-se o montante dos aquestos à data da cessação da convivência. Sobre o assunto o artigo 1.683 estabelece que “na dissolução do regime de bens por separação judicial ou divórcio, verificar-se-á o montante dos aquestos à data em que cessou a convivência”.

Se não for possível ou conveniente, de acordo com o preceito do artigo 1.684 do CC/02, “a divisão de todos os bens em natureza, calcular-se á o valor de alguns ou de todos para reposição em dinheiro ao cônjuge não proprietário. Parágrafo único: não se podendo realizar a reposição em dinheiro, serão avaliados e mediante autorização judicial, alienados tantos bens quantos bastarem”.

Por fim, o artigo 1.686 encerra o capítulo asseverando que as dívidas de um dos cônjuges, quando superiores à sua meação, não obrigam o outro, ou a seus herdeiros. De certa maneira, o Código nesse caso aplica a regra da força da herança, determinando, de igual sorte do quanto prevê o artigo 1.792 do CC/02, o impedimento de que a conduta ruinosa do cônjuge possa prejudicar toda a entidade familiar para além de sua existência, cumprindo ressaltar a necessidade de que os herdeiros e o cônjuge sobrevivente façam prova do excesso.

Com efeito, o planejamento familiar proposto à luz do regime em discussão tem se apresentado bastante confuso e complexo, desencorajando substancialmente os interessados, de forma que, na prática, indiscutivelmente o regime da comunhão parcial tem se mostrado mais vantajoso, especialmente na relação travada com terceiros.

#### **3.4.4 – Regime de Separação de Bens**

O regime em estudo se caracteriza pela completa separação do acervo patrimonial de ambos os cônjuges, tornando-os incomunicáveis. A característica deste regime, pois, é a completa distinção de patrimônios dos dois cônjuges, não se comunicando os frutos e aquisições dos mesmos, de forma a cada qual permanecer na propriedade, posse e administração do patrimônio.

O 1.687 do CC/02 expressamente assim estabelece: “cada cônjuge conserva em seu patrimônio pessoal os bens que possuía antes do casamento, sendo também comunicáveis os bens que cada um deles vier a adquirir na constância do casamento”.

Na convenção desse regime, o instituto do casamento não promove repercussão no contexto patrimonial dos cônjuges, levando em conta que todos os bens presentes e futuros, frutos e rendimentos, são comunicáveis. “Cada um dos cônjuges conserva a posse e a propriedade dos bens que trazer para o casamento, bem como dos que forem a eles sub-rogados, e dos que cada um adquirir a qualquer título na constância do matrimônio, atendidas as condições do pacto antenupcial” (Pereira, 2006, p. 237)

De acordo com a lição de Carlos Roberto Gonçalves (2015, p. 499), no regime da separação absoluta “os cônjuges unem suas vidas e seu patrimônio, mas ajustam, por meio do pacto antenupcial, a separação no campo do patrimônio. Embora sejam marido e mulher, cada qual continua dono do que lhe pertencia e se torna proprietário exclusivo dos bens que vier a adquirir, recebendo sozinho as rendas produzidas por uns e outros desses bens”

Excepcionalmente, na medida em que consiga um dos cônjuges demonstrar colaboração econômica direta na aquisição de determinado patrimônio do outro, é possível admitir o direito a indenização respectiva ou até mesmo uma divisão proporcional, com o arrimo no princípio constitucional que veda a possibilidade do enriquecimento sem causa.

Paulo Lobo (2007, p. 332) assim reconhece a possibilidade acima: “malgrado a sua natureza, tem-se como compatível com o regime de separação a eventualidade de condomínio de cônjuges sobre determinados bens, que tenham sido adquiridos com a participação efetiva de ambos, nos limites e proporção correspondentes, ou em decorrência de doações ou legados conjuntos. Essa circunstância, dado seu caráter de excepcionalidade, não desfigura o regime, pois os bens assim adquiridos submetem-se à incidência das regras aplicáveis aos demais regimes matrimoniais de bens”.

Importante ressaltar que não se pode confundir o condomínio convencional sobre bens, ocasionado por liberalidade do casal em uma compra conjunta, com

eventual comunicabilidade de acervos patrimoniais em razão de regime de bens. Para tanto se faz necessária a lavratura de pacto antenupcial para haver a escolha por esse regime específico.

O legislador, ao dispor suas regras, determinou a existência do regime da separação legal, prevista no artigo 1.641, e da separação convencional, quando as partes assim convencionam em pacto antenupcial.

Como explicita Maluf (2016, P. 235) “com a entrada em vigor do Código Civil atual, possibilitou-se a livre alienação de imóveis, dentro outros atos atinentes a direitos reais, assim como a prestação de fiança e aval, independentemente de outorga uxória, se adotado o regime da separação absoluta, por convenção ou por força de lei, nos termos do artigo 1.647. (...) Também no caso de aquisição de bens em nome de apenas um dos cônjuges, com recursos pertencentes também ao outro, existirá a comunhão, uma vez que não se poderá alegar aquisição gratuita dos referidos bens, salvo, entretanto, se o bem em questão for de pequeno valor, uma vez que a doação exige a forma escrita, pública ou particular, mesmo que verse sobre bens móveis que não tenham valor significativo”

Frise-se que, quanto à aquisição de bens em nome próprio com aporte de recursos conjunto de seu cônjuge, necessária se faz a prova do esforço comum na hora da partilha, em razão da presunção legal de incomunicabilidade.

Em relação às dívidas contraídas por cada um, seja na constância do casamento, seja posterior à dissolução, da mesma forma impõe-se sua incomunicabilidade, sendo, portanto, de responsabilidade do contraente

De igual sorte que no regime da participação final nos aquestos, a administração dos bens é de responsabilidade de seu proprietário, qualquer que seja o cônjuge, sendo-lhe lícita a administração integral do seu patrimônio sem a ingerência da outra parte.

É permitido, também, a constituição de seu consorte como procurador para administrar e dispor de seus bens, ficando-o obrigado a prestar contas, sob pena de ter de restituí-los

Por último, vale salientar que existem hipóteses em que o cônjuge esteja impedido de dispor de seu patrimônio (interdição, ausência, etc.). Nessas situações, dispôs o artigo 1.651 do CC/02 que caberá ao outro consorte:

(a) gerir os bens comuns e particulares do outro;

(b) alienar os bens móveis comuns; e

(c) alienar os imóveis comuns e os móveis ou imóveis do outro, mediante autorização judicial

A separação total de bens não retira as obrigações decorrentes das relações jurídicas estabelecidas em benefício da família. Cada cônjuge deve suportar as obrigações por ele contraídas, com ressalva daquelas transferidas em favor do casal, nos termos do quanto prescreve o artigo 1.688 do CC/02: Ambos os cônjuges são obrigados a contribuir para as despesas do casal na proporção dos rendimentos de seu trabalho e de seus bens, salvo estipulação em contrário no pacto antenupcial”.

Levando em conta das as nuances acima, cumpre pontificar as assertivas de Madaleno (2006, p. 606) sobre o regime: “Em razão da igualdade jurídica do homem e da mulher, a separação de bens sinaliza-se como regime das futuras uniões conjugais ou estáveis, por permitir a cada um dos cônjuges ou conviventes concorrer com suas economias pessoais no atendimento dos encargos da vida afetiva, mantendo intacto os seus bens ou suas fortunas no caso de separação. Especialmente quando se habilitam para um novo casamento, quando paira um temor de arcarem com novos prejuízos, não desejando repetir a custosa partilha de experiência vivida na anterior separação e que já lhes tomou significativa parcela de bens”.

O certo é que como o estudo dos regimes patrimoniais do casamento atualmente existentes no ordenamento jurídico brasileiro é de suma importância para o planejamento familiar, na medida em que todas as questões controvertidas no Direito de Sucessões, a seguir abordadas, passam impreterivelmente pelas regras do regime próprio do caso em mãos, seja para julgar, opinar, dar parecer, defender ou fazer um planejamento sucessório.

### **3.5 –Da vocação Hereditária.**

Quando do falecimento do *de cujus*, o objeto hereditário passa a ser encaminhado a certas pessoas. A ordem legal preferencial estabelecida para a sucessão se denomina vocação hereditária.

Segundo o conceito ensinado por Itabaiana Oliveira (1936,pg. 155), “ a ordem de vocação hereditária, pedra angular da sucessão legítima, tem passado, desde a legislação dos romanos, por fases diversas, atenta à sua magna importância, por dizer respeito, intimamente, aos laços de família”

Na medida em que os herdeiros se distribuam em classes, “ dependendo a organização dessas classes dos laços de família, como toda a sucessão legítima, exceção feita ao fisco, esses laços são reduzidos ao vínculo do casamento e do parentesco, aos quais devemos atender para a coordenação preferencial dos grupos sucessíveis” (Itabaiana de Oliveira, 1936, p.155)

De acordo com a regra consagrada pelo artigo 1.798 do CC/02, tem legitimidade para suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. Tal disposição, cumpre registrar, pode ser aplicada tanto à sucessão efetivada por testamento, quanto aquela Laegítima.

Precisamente na forma estabelecida pelo artigo 1.829 do CC//02, a sucessão legítima obedece a seguinte ordem:

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

II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III – ao cônjuge sobrevivente;

IV – aos colaterais”.

O procedimento sucessório que não obedecer a ordem preferencial acima é considerada irregular. É que, as regras legais concernentes à vocação hereditária são de ordem pública, pois protegem interesses de natureza familiar, social e até mesmo política, todas elas produzindo efeitos perante o Estado.

A legislação em comento privilegia a classe dos dependentes, tanto pela proteção da continuidade da vida, quanto pela presunção de que que tal premissa corresponda à efetiva vontade do autor da herança.

Nesse diapasão, de acordo com o quanto estipula o artigo 1.834 do CC/02, “os descendentes da mesma classe têm os mesmos direitos à sucessão de seus ascendentes”. Tal princípio da igualdade dos filhos é reiterado pelo artigo 1.596 do CC/02, quando então dispõe que “os filhos, havidos ou não na relação de

casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”

Já com relação ao cônjuge, o CC/02, no seu artigo 1.846, trouxe substancial modificação a respeito da sua vocação hereditária, na medida em que passou a considerá-lo como herdeiro necessário, concorrendo com os descendentes e ascendentes. Porém, ainda que tenha passado a condição de herdeiro necessário, o cônjuge sobrevivente continua ainda em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária.

Na falta de descendentes, o cônjuge sobrevivente concorre com os ascendentes. Como herdeiro necessário, tem direito à legítima, bem assim o direito real de habitação, independente do regime de bens da relação matrimonial.

O cônjuge sobrevivente poderá concorrer com os descendentes: a) quando casado no regime de separação convencional; b) quando casado no regime de comunhão parcial e o de cujus possuía bens particulares; c) quando casa no regime de participação final dos aquestos.

De outra sorte, o cônjuge deixa de herdar em concorrência com os descendentes: a) se judicialmente separado do de cujus; b) quando separado de fato há mais de dois anos, não provar que a convivência se tornou insuportável sem sua culpa; c) se casado pelo regime da comunhão universal de bens; d) se casado pelo regime da separação obrigatória de bens; e) se casado pelo regime da comunhão parcial de bens, o autor da herança não houver deixado bens particulares.

Ainda sobre a concorrência do cônjuge sobrevivente, o artigo 1.832 do CC/02 estabelece que “em concorrência com os descendentes (art. 1.829,I), caberá ao cônjuge quinhão igual aos do que sucederem por cabeça, não podendo a sua cota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer”.

Somente na hipótese em que exista herdeiros da classe dos descendentes é que são chamados à sucessão os ascendentes, em possível concorrência com o cônjuge sobrevivente art. 1.836 do CC/02).

Na falta de ascendentes, na forma do artigo 1.838 do CC/02, a herança de pessoa que tenha falecido enquanto casada ou separada de fato há mais de dois anos será reconhecida em favor do cônjuge sobrevivente, na medida em que ocupe ele sozinho a terceira classe da sucessão hereditária.

#### 4. PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO PATRIMONIAL

O direito das sucessões trata uma questão muito delicada para as pessoas, pois aborda na sua essência a finitude da pessoa humana. O enfrentamento do tema exige, para a maioria dos seres humanos, um esforço substancial, pois desperta a consciência de que um dia a morte acontecerá (certeza), muito embora sem o conhecimento do exato momento do fim (incerteza).

Com efeito, o atual sistema sucessório nacional confere pouca autonomia ao planejamento sucessório, considerando para tanto que os instrumentos fornecidos no particular pelo Livro V do CC/02 se apresentam insuficientes para atender a demanda da sociedade.

A legislação brasileira sucessória está extremamente engessada, distante da real necessidade da demanda, especialmente das funções patrimoniais, as quais dispõe de poucas alternativas para desempenhar a própria autonomia.

Nesse contexto é que se demonstra a importância do planejamento sucessório, o qual na sua essência atende à procura por organização, propiciando que as pessoas enfrentem a dificuldade humana em lidar com a morte. A demanda crescente por maiores informações na seara do direito sucessório, principalmente no que diz respeito aos aspectos patrimoniais, é fato.

O planejamento sucessório consubstancia um instrumento jurídico que proporciona o desenvolvimento de uma estratégia que visa transmitir, de maneira eficiente, o patrimônio de uma pessoa após o seu falecimento. Com efeito, tal plano de ideias é executado em vida, muito embora seus efeitos se consagrem com a morte.

A estrutura do planejamento sucessório aborda várias áreas do direito, incluindo o próprio direito sucessório, direito de família, dos contratos, empresarial, tributário, do direito privado e até internacional, pois, com referência a este último, levando em conta o mundo globalizado, se apresenta mais fácil a observância de discussão sucessória de patrimônio deixado no exterior.

O objetivo do direito sucessório é “planificar a transferência do patrimônio pessoal de uma forma racional e segura, respeitados os comandos da legislação vigente” (Madaleno, 2014, p. 12). O projeto deve configurar uma atividade

“preventiva com objetivo de adotar procedimentos, ainda em vida do titular da herança, com relação ao destino de seus bens após a morte” (Teixeira, 2005, p. 6).

Todavia, importante destacar o preconceito ainda sofrido com o direito sucessório, diante das alegações equivocadas de que ele somente teria utilidade para grandes fortunas, quanto para fraudar a legítima ou a carga tributária da transmissão. Em verdade, ao contrário do quanto se alega, o planejamento se afigura conveniente também para pequenos ou médios patrimônios. Sempre deve ser constituído, para sua eficácia absoluta, dentro dos parâmetros e limites da Lei.

Decerto, a estruturação do planejamento sucessório tem enfrentado dificuldades diversas, não somente em decorrência da pouca autonomia do autor da herança diante dos limites do direito sucessório, mas também em face da questão da legislação no tempo – plano atual, com efeitos futuros -, na eminência de influência de legislação superveniente.

Contudo, mesmo com todas as dificuldades operacionais, a relevância do planejamento sucessório se justifica por vários aspectos no casamento: transformação das relações e seus desdobramentos jurídicos, valorização e maior fruição do patrimônio, economia com os encargos fiscais, autonomia do autor da herança, maior celeridade, muitas vezes, menor desgaste emocional no processo sucessório, prevenção de litígios e menor perspectiva de dilapidação patrimonial.

São diversas, portanto, as vantagens do planejamento sucessório, mesmo considerando a falta de melhor amparo da legislação sucessória, a qual efetivamente, repita-se, não atende a demanda, no particular. Mesmo assim, com a utilização das ferramentas jurídicas a seguir abordadas, utilizadas com o fundamento no princípio da autonomia e da solidariedade familiar, o planejamento sucessório em muito se justifica beneficentemente.

#### **4.1. Objetivos, limites do planejamento sucessório e a função da legítima**

A conceituação do planejamento, conforme acima já abordado, guarda sintonia com a necessidade de conhecimento do instituto jurídico da partilha de bens, a fim de melhor compreender as premissas da distribuição volitiva do patrimônio próprio para os herdeiros legais antes do advento morte.

Segundo Clóvis Bevilacqua (1997, P. 245), partilha sucessória corresponde “a divisão dos bens da herança segundo o direito hereditário dos que sucedem, e a conseqüente e imediata adjudicação dos quocientes assim obtidos aos diferentes herdeiros”

Correspondendo a uma fase do procedimento de inventário, na partilha de bens resta identificado o quinhão de herdeiro beneficiado por herança, de maneira a promover sua efetiva transferência aos respectivos titulares, a teor do quanto prescrito pelo artigo 2.017 do CC/02: “No partilhar dos bens, observar-se-á, quanto ao seu valor, natureza e qualidade, a maior igualdade possível”.

De acordo com Cahali (2002, p. 476), a partilha, que tem natureza jurídica declaratória e é transmitida no momento da morte, “representa (...) a repartição, divisão ou distribuição das relações jurídicas deixadas pelo falecido entre os diferentes herdeiros, na proporção dos respectivos direitos hereditários”.

De outra sorte, o conhecimento acerca do instituto da legítima também se afigura imprescindível para o contexto do plano sucessório familiar. Com efeito, a legítima surge, como opção legislativa do estado, para garantir a propriedade e para manter o patrimônio na família.

A propósito, sobre a sucessão legítima, cumpre lembrar o ensinamento de Cahali (2003, p. 57): “Por sua vez, a sucessão, no direito brasileiro, obedece ao sistema da divisão necessária, pelo qual a vontade do autor da herança não pode afastar certos herdeiros – herdeiros necessários – entre os quais deve ser partilhada, no mínimo, metade da herança, em quotas ideais. Herdeiro necessário, assim, é o parente com direito a uma parcela mínima de 50% do acervo, da qual não pode ser privado por disposição de última vontade, representando a sua existência a uma limitação à liberdade de testar”.

Críticas à parte sobre a permanência da sucessão legítima em nossa legislação, imposta como regra no contexto do direito sucessório, o certo é que o planejamento sucessório patrimonial deve, sob pena de ineficácia, observar as regras do direito pertinentes.

Com a compreensão dos institutos da partilha de bens e da legítima, e diante da opção do autor da herança em decidir antecipadamente a respeito do destino de seu patrimônio acumulado durante toda sua vida, com perspectiva de distribuição patrimonial aos herdeiros após sua morte, o planejamento sucessório se apresenta com intenção inicial de evitar o desgastante temporal, financeiro e emocional do

processo de inventário, que poderia implicar em conflitos entre os herdeiros e a deterioração do acervo patrimonial.

Com a opção de construção do plano sucessório patrimonial, será proporcionado, a partir de então, o diálogo entre o Direito e a Economia, à luz da análise econômica do Direito, com a compreensão detalhada dos institutos jurídicos utilizados e envolvidos com a dinâmica do mercado.

Dessa forma, o planejamento sucessório reivindica a adoção antecipada de estratégias que visem a inexistência de conflitos de interesses dos herdeiros que receberão o acervo patrimonial do inventariado.

Objetivamente, várias são as justificativas para a implementação do plano de sucessão patrimonial, dentre as quais, em apertado esforço de síntese, poderíamos citar: (a) a destinação racional e a preservação de bens; (b) a preservação da atividade empresarial familiar; (c) a liberação rápida de recursos e ativos; (d) a prevenção de discussões sucessórias e de disputa pela herança; e (e) a proteção de herdeiros ou terceiros.

Vários também são os obstáculos e limites a serem enfrentados pelo inventariado, a saber, também em síntese: (a) o direito do herdeiro necessário; (b) as modificações familiares; (c) as alterações legislativas ou interpretativas do Direito Sucessório, Familiar e Tributário; e (e) as modificações.

Mas a utilização dos instrumentos jurídicos a seguir abordados, constituídos com base nos princípios constitucionais da autonomia e da solidariedade familiar, poderão proporcionar a construção de um consistente plano sucessório com vertentes vertical (descendentes e ascendentes) e horizontal (cônjuges e companheiros).

## **4.2. Alguns Instrumentos jurídicos existentes no atual ordenamento jurídico**

Para a efetivação do planejamento sucessório patrimonial com observância de seus objetivos e limites, analisam-se a seguir alguns instrumentos jurídicos existentes no atual ordenamento jurídico

### **4.2.1. Testamento**

No postulado de Paulo Nader (2016, p. 230), o instituto do testamento se encontra conceituado como sendo a “modalidade de negócio jurídico unilateral,

personalíssimo, formal, revogável, *mortis causa*, cujo objeto é a destinação de bens, para pessoas físicas ou jurídicas, respeitada a quota dos herdeiros necessários, ou disposição de natureza não econômica, expressamente admitida em lei”

Concebido de forma unilateral, sem necessidade de outras manifestações volitivas para se conferir efeitos no mundo jurídico, o testamento é prática personalíssima, privativa do autor da herança, nos termos do artigo 1.858 do CC/02, que assim dispõe: “ o testamento é ato personalíssimo, podendo ser mudado a qualquer tempo”

Por ser personalíssimo, na lição de Pontes de Miranda (1930, p. 55), “não pode ser feito por procurador; nem delegada a outrem a instituição; nem, sequer, deixado ao arbítrio do herdeiro, ou de outrem, o valor do legado; nem cometida a terceiro a designação da identidade do herdeiro ou legatário; ou atribuída à vontade de outrem a eficácia ou ineficácia da disposição; ou afastada da imediata escolha do testador, como a instituição disjuntiva que se não pudesse tomar verdadeiramente copulativa, ou condicional para um ou ambos”.

A formalidade do testamento se justifica por exigência do próprio ordenamento jurídico. Só terá validade, por isso, se observadas todas as ordens prescritas em lei. É proibido, na forma do artigo 1.868 do CC/02 o testamento conjuntivo, feito por duas ou mais pessoas. Também é vedado por lei aquele testamento correspectivo, em contribuição a outras correspondentes, eis que poderia comprometer a sua revogabilidade.

É revogável, por sua própria natureza, pois que a vontade do testador pode ser volúvel e mudar a qualquer tempo, independente de justificativa. O poder de revogação, no todo ou em parte, é irrenunciável, levando em conta, inclusive, que a revogabilidade constitui princípio de ordem pública. A exceção a essa regra, entretanto, está prevista no art. 1.609 do CC/02, quando que por força do declarado, o testador tenha reconhecido um filho havido fora do casamento.

É ato causa mortis, pois seus efeitos apenas se produzem após a morte do declarante, ou seja, com a abertura da sucessão, que é requisito primordial para se cumprirem os fatos jurídicos nele previstos.

A propósito, segundo Carlos Maximiliano (1942, p. 354), “as seguintes diferenças extremam as linhas limítrofes entre atos jurídicos praticados pelos vivos e aqueles de última vontade: (a) o menor, que haja completado dezesseis anos, realiza este, não aqueles; (b) os primeiros são mais ou menos livres quanto aos

requisitos externos; o segundo obedece formas rigorosas e mais complicadas; (c) o de última vontade pode referir-se a bens futuros; os outros não; (d) atos entre vivos exigem registro, para valerem contra terceiros; o causa mortis, não: o seu registro tem outra finalidade”

A respeito da capacidade testamentária ativa, o artigo 1.860 do CC/02 dispõe que que podem fazê-lo aqueles com discernimento para tanto, abrindo a possibilidade para os maiores de dezesseis anos. A regra é a capacidade para testar; a incapacidade é a exceção.

Em relação aos incapazes, o artigo logo acima aludido enseja sua interpretação em conjunto com o Estatuto da Pessoa com Deficiência, que, em seu artigo 123, II, reformulou a Teoria da Incapacidade no Direito Civil.

Nas referências de Luiz Guilherme Loureiro (2006, p. 1084) sobre o tema: “a ausência de interdição não impede que os interessados possam comprovar que, no momento da feitura do testamento, o testador não era capaz de exprimir sua vontade livre e consciente por enfermidade ou deficiência mental e, assim, pleitear a nulidade do ato. Obviamente, o testamento feito por quem já estava interdito é nulo de pleno direito, ainda que tal pessoa aparentasse estar no gozo de suas faculdades mentais, visto que a interdição é uma declaração insofismável de insanidade. A interdição posterior ao testamento, entretanto, não significa, por si só, que a pessoa era incapaz de testar. Não se pode presumir tal fato, cabendo aos interessados prova plena de existência de enfermidade mental no momento da lavratura do testamento”

Três são a espécies de testamento ordinários regulamentadas pelo Código Civil de 2002, podendo ser público, cerrado e particular. Aqueles de natureza especial se dividem em marítimo, o aeronáutico e o militar.

Ao contrário do que se pode imaginar, o objetivo do testamento não se restringe a questões ligadas a forma e a destinação patrimonial do testador. Além disso, disposições de ordem existencial, por exemplo, também podem ser contempladas nas declarações testamentárias.

Da mesma maneira, além das cláusulas expressivas da vontade do testador, poderão ser insertas nas suas declarações aquelas direcionadas aos herdeiros testamentários, restritivas dos direitos de propriedade, impondo efeitos correlacionados à inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade.

As declarações testamentárias de última vontade podem ser de ordem patrimonial ou pessoal, traduzindo-se não só na instituição de herdeiro ou legatário, mas também no título ou fundamento pelo qual são estes chamados a receber o conteúdo hereditário, no todo ou em parte.

Todas as questões intrínsecas do testamento estão correlacionadas ao efeito *mortis causa*. O que faltar em tal manifestação de vontade não pode ser suprido com outros elementos externos, sob pena de caracterização de sua nulidade.

As disposições testamentárias apenas podem beneficiar pessoas naturais ou jurídicas, muito embora possam beneficiar o nascituro, a prole eventual ou a pessoa jurídica em formação. Porém, não podem ser transmitidas a gerações inexistentes, salvo em caso de fideicomisso, de instituição condicional, e de prole eventual de certa pessoa designada pelo testador e por ocasião da abertura da sucessão.

Registre-se que o testamento exige “a observância de formalidades que desempenham a tríplice função: preventiva, precatória e executiva” (Lobo, 2013, p. 190). A função preventiva tem o condão de assegurar a livre manifestação do testador. A função precatória confirma o conteúdo verídico das manifestações de última vontade. Por fim, a função executiva se presta a confirmar o a existência de um título capaz de obter o reconhecimento dos seus direitos.

Ainda em relação ao testamento, argumenta Madaleno (2014, p. 26) que “as previsões desempenhadas no regime jurídico são insuficientes para um satisfatório planejamento sucessório, sendo necessário realizar uma harmonização com outros recursos e caminhos existentes para facilitar a sucessão”.

Não obstante as assertivas do ilustre jurista acima, não restam dúvidas que o testamento se afigura como peça relevante no planejamento sucessório, principalmente pela liberdade que tem o testador em dispor, pelo menos a metade, de seu patrimônio.

O plano sucessório, diante das restrições operacionais do testamento em face das regras sociais e econômicas atuais, pode auxiliar o desejo do testador na organização harmônica de métodos de tradição *mortis causa* e diversos negócios *inter vivos*.

A autonomia privada testamentária urge de conjugação com os princípios constitucionais da solidariedade e da liberdade, sendo estes fundamentos do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Tal premissa deve ser sempre buscada, pois o momento econômico da transmissão de bens deve utilizar

um instrumento para concretizar a dignidade da pessoa envolvida e não um fim em si mesmo.

Por isso é que não se pode deixar de considerar o limite da autonomia privada testamentária em consonância com os princípios constitucionais mencionados, sob pena de se fomentar a nulidade de tais declarações. “É indispensável que se busquem mecanismos capazes de tutelar adequadamente as disposições testamentárias que contenham objetivos qualificados do testador, para, assim, verificar se a função se a função promocional do testamento está aplicada” (Nevares, 2009, p. 100).

Dentre todos os instrumentos de planejamento sucessório existentes, aquele considerado de mais fácil acesso para toda a população brasileira é sem dúvida o testamento, em quaisquer de suas espécies.

Embora seja baixa a incidência de aplicação do testamento na sociedade brasileira, há perspectivas de mudança. Segundo recentes dados estatísticos do Colégio Notarial do Brasil, houve um crescimento substancial de testamentos praticados nos últimos anos.

Apesar do crescimento em nível nacional, ele não é uniforme nem por estados, nem por regiões. Porém, os dados mostram que apesar da ainda baixa utilização do instrumento, seu uso vem sendo aprimorado tanto como reflexo das transformações socioeconômicas, quanto com a finalidade de construir uma organização patrimonial.

#### **4.2.2. Partilha em Vida e Doação**

As escolhas dos instrumentos adequados à concretização de um planejamento sucessório se alternam conforme o grau de complexidade das situações patrimoniais e as finalidades a serem atingidas.

A partilha em vida está regulamentada pelo artigo 2.018 do Código Civil. Quando realizada por ascendente, é considerada como ato unilateral, podendo ser implementada por ato entre vivos ou ato causa mortis. A primeira forma deve ser feita por escritura pública ou particular; a segunda, por testamento.

A partilha realizada por ato entre vivos deve respeitar os requisitos previstos para a doação (a seguir abordada) e tem efeito imediato em face da divisão entre os herdeiros. Ocorre, na situação, uma verdadeira antecipação do que eles iriam

receber com a morte do ascendente; “se foi omitido algum herdeiro necessário, a partilha é nula; se sobrevém herdeiro necessário, a partilha é ineficaz” (Velo, 2003, p. 437)

A eficácia da partilha em vida deve observar, pois, os pressupostos da doação e do testamento e compreenderá todos os herdeiros e todos os bens do titular. Na hipótese em que se identifiquem novos bens na abertura da sucessão, que não tiverem sido contemplados no adiantamento da legítima, a partilha remanescente deverá seguir as ordens do direito sucessório.

O certo é que a Doutrina de maneira adequada sempre promoveu a distinção entre partilha em vida e doação. As consequências dessa distinção estão em seus efeitos. “A partilha efetivada em vida por meio de sucessivas liberalidades não se submete à disciplina aplicável às doações, praticadas isoladamente, mas ao regime jurídico próprio da divisão de bens efetuada pelo autor da herança entre seus herdeiros” (Tepedino, 2011, p. 369).

A partilha em vida tem sido utilizada para o planejamento sucessório nas hipóteses em que o interessado é titular de participações em atividades empresariais, sem embargo da possibilidade de ser uma forma lícita de afastar a sucessão concorrente do cônjuge (falando apenas no instituto do casamento).

Registre-se, por oportuno, que a partilha em vida não poderá deixar de observar a regra do artigo 548 do CC/02, concernente à reserva de parte ou renda suficientes para a subsistência do partilhante.

Já a doação, cuja ferramenta, na sua essência, também é muito utilizada nos planejamentos sucessórios, caracteriza-se pela celebração de um pacto em que uma pessoa (doadora), por liberalidade, transfere o seu patrimônio ou vantagens para o de outra (donatária), nos termos regulados pelo artigo 538 do CC/02.

Classificada como contrato, a doação tem aspecto gratuito - o benefício auferido pela realização do pacto segue exclusivamente para o donatário, já que o doador tem seu patrimônio diminuído com a liberalidade – e unilateral – as obrigações advindas da doação recaem por completo sobre o doador, não se podendo confundi-las com a doação modal.

A lei prescreve como forma para a realização da doação a escrita, realizada por instrumento público ou particular. Em caráter excepcional, o legislador admitiu a forma oral da doação, quando a mesma versar sobre bens móveis e de pequeno valor, se lhe seguir *incontinenti* a tradição, a teor do artigo 541 do CC/02.

Silvio Capanema (2004, p 93), quanto ao objeto, define que “podem ser objeto de doação todos os bens, móveis ou imóveis, materiais ou imateriais, inclusive direitos, desde que estejam no comércio. O que importa é examinar se o doador tinha a disponibilidade da coisa doada, sendo irrelevante a sua natureza e classificação”

O pacto de doação pode caracterizar uma transmissão de natureza pura, mas também com a presença de elementos acidentais, como, a título ilustrativo:

(a) a doação condicional, com eficácia vinculada à ocorrência de um evento futuro e incerto;

(b) a doação a termo, em que a eficácia do ato fica subordinada à ocorrência de evento futuro e certo; e

(c) a doação modal, quando a liberalidade é gravada com ônus para o donatário.

A doação remuneratória consiste naquela oferta dada em retribuição aos serviços prestados, sem exigência, pelo donatário em favor do doador. Importante se caracteriza a sua configuração, na medida em que se pode alegar na hipótese vício redibitório em relação ao bem doado; ser irrevogável mesmo diante de ingratidão; e quando o beneficiado é ascendente do doador, não ser sujeita à colação, nos termos dos artigos 441, parágrafo único, 564, I, e 2.011, todos do CC/02.

Ainda existe a doação contemplativa, na qual o doador contempla terceiro por merecimento identificado no ato de celebração, com base no artigo 540 do CC/02.

Nos termos da disposição inserta no artigo 542 do CC/02, a doação poderá ser feita em favor do nascituro, condicionando a sua eficácia à aceitação do seu representante legal. Não fosse somente isso, ainda quanto a sua eficácia, essa modalidade de doação deve estar condicionada ao nascimento com vida do donatário, sob pena de caducidade.

Na hipótese em que seja o donatário absolutamente incapaz, a aceitação expressa é dispensada, desde que seja na modalidade de doação pura, a teor do artigo 543 do CC/02. O melhor interesse do incapaz na situação em exame foi uma justificativa plausível do legislador, quando então devem ser afastados quaisquer conflitos de interesse e prejuízos à pessoa em especial condição de desenvolvimento.

Já a doação de ascendentes para descendentes, bem assim de um cônjuge para o outro, têm a sua previsão no 544 do CC/02, caracterizando na hipótese

verdadeiro adiantamento de legítima. Todavia, esse último aspecto pode ser afastado pelo doador, ao acrescer no título translativo de propriedade cláusula expressa no sentido de sair aquele bem da disponível.

No artigo 545 do CC/02 a regulamentação (doação) estipula uma renda a favor de terceiro. Tal ajuste é denominado doação sob forma de subvenção periódica, em que “seu objeto não se entrega de uma vez ao donatário, mas em prestações sucessivas (Gomes, 2009, p.261).

Já o artigo 546 do CC/02 traz a hipótese de doação feita em contemplação de casamento futuro, também chamada de doação *propter nuptias*, hipótese em que a sua eficácia atrelada à condição suspensiva.

A doação da totalidade patrimonial do doador, sem reserva de parte ou renda suficiente para a sua subsistência (observada no momento da doação) é nula, de acordo com a premissa do artigo 548 do CC/02.

O instituto da doação que não observar os limites legais estabelecidos no momento da liberalidade, em especial àquele da parte disponível do patrimônio do doador, é considerada nula, com base no artigo 549 do CC/02.

A doação com cláusula de reversão é aquela prevista no artigo 547 do CC/02, na qual o doador estipula que determinado bem doado voltará para seu patrimônio, na eventualidade de sobreviver ao donatário.

Quando inserida no contrato de doação, essa cláusula demonstra a vontade do doador de beneficiar pessoa específica, *intuito persona*, mas não os sucessores deste.

Conjuntivo é aquele instrumento de doação que beneficia a transferência patrimonial a mais de uma pessoa. A regra, prevista no artigo 551 do CC/02, é feita igualmente a divisão patrimonial entre os beneficiários.

Porém, caso seja da vontade do testador, o contexto da doação poderá ser disposto de maneira distinta, em cláusula específica, a fim de beneficiar mais um em detrimento dos demais.

Na hipótese em exista previsão específica, permite-se o direito de acrescer entre os beneficiários, hipótese muito comum em casos de casais, subsistindo na totalidade a doação para o cônjuge sobrevivente

O Legislador autorizou, nos termos do artigo 554 do CC/02, a disposição pelo testador no sentido de beneficiar entidade futura, ou seja, que não existe no mundo

jurídico, desde que seja constituída no prazo decadencial de 2 (dois) anos, sob pena de caducidade da manifestação de vontade.

A revogação da doação, seja por ingratidão ou por inexecução dos elementos acidentais tem previsão no artigo 555 do CC/02. Nos artigos 557 e 558 do mesmo Diploma restaram elencadas as hipóteses que poderão dar ensejo à revogação:

(a) se o donatário atentou contra a vida do doador ou cometeu crime de homicídio doloso contra ele;

(b) se cometeu contra ele ofensa física;

(c) se o injuriou gravemente ou o caluniou;

(d) se, podendo ministrá-los, recusou ao doador os alimentos de que este necessitava; e

(e) quando o ofendido, nos casos do artigo anterior, for o cônjuge, ascendente, descendente, ainda que adotivo, ou irmão do doador.

As espécies de doações mencionadas podem servir, de uma forma ou de outra, como instrumento de elaboração de plano sucessório, com o intuito de beneficiar um ou outro herdeiro ou terceiro durante a vida do doador e após a sua morte.

O contrato de doação é instituto de Direito para realizar objetivos do titular dos bens, que estão diretamente relacionados ao relativismo e à subjetividade dessa pessoa. Assim sendo, a utilização da ferramenta no planejamento sucessório deve sempre obedecer às regras e as restrições impostas pelo Direito, almejando alcançar com sucesso a vontade do futuro inventariado, ora doador.

#### **4.2.3. Usufruto**

O tema em destaque contempla direito real e também pode utilizado no plano sucessório. A matéria encontra-se conceituada por Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2015, p. 692) como sendo “direito real temporário concedido a uma pessoa para desfrutar um objeto alheio como se fosse próprio, retirando suas utilidades e frutos, contudo sem alterar-lhe a substância”.

Afiguram-se como características do Instituto em análise: (a) a temporariedade; (b) o caráter *intuito persona*; (c) a divisibilidade; (d) a inalienabilidade; (e) a conservação da forma e da substância; e (f) a posse de usufruto.

O usufruto teve sua temporariedade regulamentada pelo artigo 1.410 do CC/02. A pessoalidade consiste no benefício de alguém determinado, vinculando o benefício a sua própria existência. O beneficiado, pessoa física ou jurídica, não pode transferir seus direitos de fruição da coisa a terceiro por alienação, eis que a transmissibilidade do bem requer sua propriedade, e o usufrutuário apenas detém o usufruto. Faz-se ressalva quanto à possibilidade de cessão de exercício, a título gratuito ou oneroso.

Se a inalienabilidade é uma característica do instituto em análise, a impenhorabilidade do bem é consequência lógica. Nada impede, todavia, a penhora dos frutos advindos do bem, desde que não pendentes, com base no artigo 1.397 do CC/02.

Diversas são as espécies de usufruto apontadas pela Doutrina, as quais se diferenciam quanto a causa, ao objeto e à extensão. Quanto a causa, o instituto divide-se em legal e convencional, sendo, no primeiro caso, estabelecido em favor do beneficiado por norma legal e, no segundo caso, por ajuste entre as partes.

Relativamente ao objeto, classifica-se como geral, ao recair sobre a totalidade de bens, e particular, quando recair sobre bens determinados. Quanto a extensão, pode-se classificar o usufruto como pleno, ao compreender todos frutos e utilidades da coisa, e restrito, ao ser excluída alguma utilidade na fruição da coisa.

Por fim, quanto à duração, subdivide-se em vitalício, ao se estender por toda a vida do usufrutuário e/ou se findar apenas com o implemento de causa legal de extinção; e temporário, ao se submeter a termo preestabelecido, extinguindo-se com o seu implemento.

O usufruto tem sido muito utilizado como instrumento do planejamento patrimonial sucessório, especialmente por meio de partilha em vida, transferindo a propriedade de bens do acervo a ser futuramente inventariado, com a segurança de seu uso e gozo pelo futuro inventariado ou pelos herdeiros beneficiados.

#### **4.2.4. Fideicomisso e Codicilo**

Embora o fideicomisso seja uma das formas de substituição autorizadas no direito brasileiro, a substituição fideicomissária é um instituto polêmico. No ordenamento jurídico brasileiro, consiste na “destinação do bem, como propriedade resolúvel, feita pelo testador a uma pessoa de sua estreita confiança para que

transmita ao destinatário final, quando ocorrer determinado evento” (Lobo, 2013, p. 207).

O CC/02 alterou significativamente a finalidade do fideicomisso. Atualmente, o instituto passou a ser apenas, de acordo com o artigo 1.952, um benefício para prole eventual de pessoas designadas pelo testador, com restrição, ainda, de que o fideicomissário não esteja concebido na data da abertura da sucessão.

Entretanto, os efeitos subjetivos essenciais permanecem no momento da abertura da sucessão, quais sejam a transmissão do domínio e da posse dos bens ao fiduciário e “dos direitos expectativos do fideicomissário” (Lobo, 2013, p. 207).

Vale registrar que o testamento é o instrumento jurídico hábil para conceber o fideicomisso, muito embora o testador possa determinar a incidência sobre a parte disponível, desde que não atinja a cota dos herdeiros necessários.

O fideicomisso, como instituição de herdeiros, caracteriza-se como mais uma modalidade de programação da divisão patrimonial. Por isso é que se faz necessária a distinção entre substituição comum e o fideicomisso, qual seja, na primeira o substituído não é sucessor do testador, enquanto no segundo haverá, em tese, a sucessão *a posteriori* deste por aquele

O instituto do fideicomisso tem, de acordo com o artigo 1.951 do CC/02, as seguintes características:(a) a existência de disposição testamentária, qualquer que seja sua forma; (b) a dupla liberalidade, na medida em que haverá, com sua instituição, ao mesmo tempo, a propriedade resolúvel e suspensiva do fiduciário e do fideicomissário, respectivamente; (c) os elementos acidentais do negócio jurídico; (d) o dever de conservação; (e) a aquisição sucessiva; e (f) a capacidade passiva do fiduciário e do fideicomissário.

Sem embargo da existência dos requisitos essenciais inerentes ao fideicomisso, aqueles de natureza acidentais também devem fazer parte de sua constituição. A título ilustrativo, vale dizer que a substituição fideicomissária se extingue pela morte do fiduciário ou pelo implemento de certo tempo ou de certa condição.

A capacidade passiva do fiduciário e do fideicomissário é tratada como requisito no qual se verifica a aptidão do sujeito, herdeiro legatário ou testamentário, para adquirir bens de acordo com a manifestação de vontade do futuro inventariado, na forma enunciada pelos artigos 1.798 e 1.799 do CC/02.

O codicilo, por seu turno, é instituto em decadência do direito brasileiro, constituindo, na prática, uma figura em extinção. Trata-se de um escrito simples, desprovido das formalidades de um testamento, que pode ser utilizado para disposições de última vontade de fins não econômicos ou de pequeno valor.

O artigo 1.881 do CC/02 encerra, além do objeto, a finalidade do codicilo: “Toda pessoa capaz de testar poderá, mediante escrito particular seu, datado e assinado, fazer disposições especiais sobre seu enterro, sobre esmolas de pouca monta a certas e determinadas pessoas, ou, indeterminadamente, aos pobres de certo lugar, assim como legar móveis, roupas ou joias, de pouco valor, de seu uso pessoal”.

Complementando o tema, o artigo 1.883 do CC/02 assim dispõe: “pelo modo estabelecido no art. 1.881, poder-se-ão nomear ou substituir testamentários”.

Do ponto de vista prático, o critério de aferição de “valores de pouca monta” permitido pelo codicilo deve ficar ao prudente arbítrio do juiz. Em muitos casos tem-se admitido a liberalidade que não ultrapasse dez por cento do montante hereditário, muito embora não se possa adotar tal critério como inflexível, sendo melhor a apreciação caso a caso.

A possibilidade de disposição de bens por codicilo enseja a capacidade testamentária. O instituto não pode modificar nem revogar o testamento, pois se trata, como dissemos, de um instrumento informal por natureza e destinação.

#### **4.2.5. Bem de família**

O bem de família constitui “um meio de garantir um asilo à família, tornando-se o imóvel onde a mesma se instala domicílio impenhorável e inalienável, enquanto forem vivos os cônjuges e até que os filhos completem sua maioridade” (Azevedo, 2002, p. 93).

Do ponto de vista legal, a Lei nº 8.009/90, em seu artigo 1º, dispõe que “o imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei”.

A respeito da impenhorabilidade do bem de família, o parágrafo único do artigo acima mencionado estabelece que: “o imóvel sobre o qual se assentam a

construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados”.

A teor do artigo 2º, parágrafo único, da Lei 8.009/90, “no caso de imóvel locado, a impenhorabilidade aplica-se aos bens móveis quitados que guarnecem a residência e que sejam de propriedade do locatário”.

Ainda sobre a impenhorabilidade, o artigo 5º do referido Diploma legal considera “residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente”, a fim de ser abrangido pelo efeito da impenhorabilidade. Em seu parágrafo único, explicita-se que “na hipótese de o casal, ou entidade familiar, ser possuidor de vários imóveis utilizados como residência, a impenhorabilidade recairá sobre o de menor valor, salvo se outro tiver sido registrado, para esse fim, no Registro de Imóveis e na forma do art. 70 do Código Civil”.

Sem embargo das exceções legais à impenhorabilidade, a seguir explicitadas, o legislador cuidou em assim não considerar a proteção quanto aos veículos de transporte, as obras de arte e os adornos suntuosos, de acordo com o artigo 2º, da Lei nº 8.009/90, sob a justificativa de não serem considerados bens essenciais para a manutenção da vida, proteção do indivíduo e de sua dignidade.

Especificamente em face das exceções legais, previstas no artigo 3º, da Lei nº 8.009/90, o patrimônio poderá sofrer constrição em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, quando:

(a) pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato;

(b) pelo credor da pensão alimentícia, resguardados os direitos, sobre o bem, do seu coproprietário que, com o devedor, integre união estável ou conjugal, observadas as hipóteses em que ambos responderão pela dívida;

(c) para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar;

(d) para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar;

(e) por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens; e

(f) por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

O bem de família convencional tem previsão no artigo 1.711 do CC/2002, constituindo-se pela vontade do proprietário, com especial proteção à parcela de seu patrimônio (imóvel, acessório, pertencas e valores mobiliários), desde que observado o limite legal de 1/3 do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição.

Normalmente, o instituidor do bem de família é componente de seu núcleo, mas, pelo regramento do artigo 1.711, parágrafo único, do CC/02, existe a possibilidade de terceiro se beneficiar - por meio de testamento ou doação - , ou uma família - seja por afeto, seja por dever moral, dependendo sua eficácia de expressa aceitação da entidade familiar beneficiada

A constituição do bem de família voluntário, em termos procedimentais, só se constituirá quando do registro do título - escritura pública, formal de partilha, carta de adjudicação - na matrícula do imóvel, no Registro de Imóveis correspondente, a teor do artigo 1.714 do CC/02.

A extinção do bem de família convencional ocorre com a morte do instituidor e, existindo, de seu cônjuge, como também com a maioria dos filhos, a teor do artigo 1.722 do CC/02.

A respeito do tema, vale dizer que a sua instrumentalidade poderá ser implementada, simultaneamente, pela Lei nº 6.015/73, Lei nº 8.009/90 e Código Civil de 2002, desde que respeitado o princípio da especialidade e a interpretação restritiva das exceções legais.

O certo é que, a depender dos objetivos do planejador sucessório, estando entre eles uma maior proteção do cônjuge ou companheiro e/ou dos filhos menores, o presente instrumento jurídico possui um importante papel, em especial quanto às dívidas posteriores ao planejamento, se for por escritura pública, e ao óbito, se for por testamento

#### **4.2.6. Planos de previdência complementar privada**

A nossa Carta Magna de 1988, precisamente em seu artigo 202, estabeleceu o regime da previdência privada complementar, assegurando ao tema autonomia e facultatividade em contraposição ao regime geral da previdência social.

No particular, por questões de ordem social e ideológica, a CF de 1988 estabeleceu, em linhas gerais, direitos sociais do ser humano, assegurando ainda, a depender da autonomia da vontade, a aposentadoria complementar.

A estrutura propriamente dita e os direitos dos indivíduos foram posteriormente positivados pela Lei Complementar nº 109/01, que tão-somente serviu para efetivar as garantias constitucionais estabelecidas, sem modificá-las ou restringi-las.

Elucida Patrícia Bressan Linhares Gaudenzi (2008, p. 41), que “a ausência de definição, pela Constituição Federal, de critérios rígidos para a previdência complementar tem sua razão de ser por se tratar de um regime autônomo, facultativo e voltado para a iniciativa privada. Por isso, não caberia à Lei Magna impor limites rigorosos para sua operacionalização, reservando-se ao legislador complementar a definição de princípio gerais, parâmetros contratuais, atuariais, financeiros e de investimento, bem como a imposição de responsabilidade aos agentes operadores do sistema”.

Por meio da Lei Complementar nº 109/01, restaram estabelecidos os objetivos principais das entidades de previdência complementar e do Estado; as classificações dessas entidades em fechadas ou abertas; os princípios específicos aplicáveis; os limites legais na estruturação dos planos de benefícios previdenciários complementares; a responsabilidade civil, administrativa e penal das entidades e seus dirigentes; a fiscalização pelo Estado; a intervenção e a liquidação extrajudicial das entidades de previdência complementar; e os critérios gerais de custeio dos planos.

No contexto, como características do regime de previdência complementar privada podemos citar: (a) a complementariedade; (b) a autonomia em relação ao regime geral de previdência social; (c) a independência financeira em relação ao Poder Público; (d) a facultatividade; (e) a regulamentação em lei complementar específica; e (f) a publicidade na gestão.

O instituto em estudo tem natureza de direito privado, de referência predominantemente patrimonialista, formalizado por meio de contrato. Na hipótese, a vontade das partes de constituir reserva financeira, a fim de garantir benefício previdenciário complementar ao da previdência social e dos servidores públicos.

A retorno pecuniário para a entidade previdenciária consiste na disposição dos aportes recursais e consequentes juros compensatórios, bem assim o pagamento de taxas próprias pelo participante.

Assim, a forma de pagamento, as contraprestações mútuas, as obrigações, os benefícios assegurados e as responsabilidades das partes são definidos no próprio contrato, desde que respeitados os limites legais e os princípios contratuais.

A teor do artigo 3º, da Lei Complementar nº 109/01, o Estado fica restrito, em sua participação, ao controle e à fiscalização das normas aplicáveis na relação privada, sem qualquer complementação ou suplementação nos custeios do plano.

Não obstante o termo complementar indicar a existência de uma base anterior, a previdência privada, por seu caráter autônomo, é acessível a todos, não necessitando de vínculo jurídico antecipado com os regimes da previdência social e dos servidores públicos para contratá-la, com base no artigo 68, §2º, da Lei Complementar nº 109/01.

Pela sua natureza facultativa, inexistente a obrigação de adesão de alguém a um plano de previdência privada, seja ele fechado ou aberto, conforme artigo 16, §2º, da Lei Complementar 109/01757.

Qualquer pessoa pode contratar com as entidades de previdência privada um produto dessa natureza, desde que manifeste desejo nesse particular e se submeta aos ditames procedimentais. Após à respectiva adesão, a facultatividade permanecerá sempre na relação jurídica, permitindo ao indivíduo a manutenção, a rescisão ou a alteração das condições contratadas.

Também se apresenta de maneira diversa a previdência complementar privada do regime geral da previdência social e dos servidores públicos, considerando que sua capitalização se dá pela acumulação de capital, enquanto no regime geral utiliza-se a ideia da força de trabalho das gerações posteriores para garantir o benefício das gerações anteriores.

As Instituições de previdência complementar devem, ao instituir seus planos, atender aos fins econômicos do contrato, buscando-se o equilíbrio da relação, bem como a segurança atuarial, a liquidez e a solvência, por determinação do artigo 29, I, da Lei Complementar nº 109/01 e dos princípios contratuais.

Nos termos dos artigos 14, III e 27, da Lei Complementar nº 109/01, afiguram-se distintos os planos de previdência privada do regime geral da previdência social ou dos servidores públicos, entre outros aspectos, quanto à possibilidade de resgate dos aportes financeiros realizados, mesmo antes do termo *a quo* para pagamento do benefício contratado. Tal operação pode ser parcial ou total e repercute na sistemática contratual.

Afiguram-se como sujeitos inseridos na avença de privada complementar: (a) participante e entidade administradora do plano de benefícios; (b) pessoa jurídica patrocinadora e a entidade de previdência, nos planos fechados, e (c) entre o patrocinador e o participante, nos planos fechados. A fusão de interesses das partes nessas relações jurídicas intersubjetivas garante, ao final, a percepção pelo participante, ou terceiro nomeado, de aposentadoria complementar privada.

Do ponto de vista legal, considera-se participante a pessoa física que aderir ao plano de benefícios, e assistido o participante ou seu beneficiário em gozo do benefício de prestação continuada, com base no artigo 8º, da Lei Complementar nº 109/01.

Não se apresenta como imprescindível a manutenção do vínculo empregatício ou associativo com o patrocinador para a manutenção do contrato já firmado de previdência complementar. A condição de participante é adquirida no momento do ingresso no plano de benefícios. Por outro lado, condição de assistido – participante ou beneficiário nomeado – advém apenas após a fase de acumulação de capitais.

Ademais, ambas as figuras – participante e assistido – são necessariamente pessoas físicas, pois o pagamento dos benefícios assegurados por planos previdenciários não é compatível com a natureza jurídica de pessoas jurídicas.

Todavia, a pessoa jurídica pode se inserir na relação contratual, observada a autonomia da vontade, como patrocinadora de plano de benefícios previdenciários, bem como entidade administradora da previdência complementar. Na primeira hipótese, o indivíduo interessado em adentrar no plano patrocinado deve exibir vínculo empregatício ou associativo com a patrocinadora.

Em consequência da autonomia da vontade, os planos de benefícios previdenciários complementares são considerados unidades autônomas, com particularidades próprias com seus respectivos regulamentos e normas, variando de acordo com a contratação efetivada entre particular e entidade de previdência privada.

A título ilustrativo, os planos, de acordo com o benefício concedido, podem ser classificados como: (a) “benefícios definidos”, quais sejam aqueles cujos benefícios programados têm seu valor ou nível previamente estabelecidos, sendo o custeio determinado atuarialmente, de forma a assegurar sua concessão e manutenção; (b) “contribuições definidas”, nas quais os benefícios programados têm seu valor permanentemente ajustado ao saldo de conta mantido em favor do participante,

inclusive na fase de percepção de benefícios, considerando o resultado líquido de sua aplicação, os valores aportados e os benefícios pagos; e (c) “contribuições variáveis” aquelas cujos benefícios programados apresentem a conjugação das características das modalidades de contribuição definida e benefício definido, a teor dos artigos 2, 3 e 4º, respectivamente, da Resolução nº 16/05, do Conselho de Gestão da Previdência Complementar.

Os planos de previdência privada ainda podem ter natureza coletiva ou individual. Aqueles coletivos são oferecidos exclusivamente a pessoas físicas que possuam vínculo empregatício com uma determinada pessoa jurídica ou a pessoas físicas que possuam vínculo empregatício com pessoas jurídicas integrantes de um grupo de controle societário comum. Já os planos individuais são aqueles que qualquer sujeito pode aderir, independente de vínculo com a pessoa jurídica, custeados exclusivamente pelo participante.

A utilização do instituto em comento para fins de planejamento sucessório ainda se apresenta de maneira tímida no Brasil. A sua utilização por certo poderá proporcionar ao participante mais conforto em sua idade avançada.

Além desse óbvio benefício, a circunstância de poder proporcionar o acesso rápido ao de patrimônio líquido, a fim de manter os herdeiros nos primeiros momentos de desamparo após o falecimento do participante, se configura como oportunidade bem satisfatória.

#### **4.2.7. Contrato de seguro (Seguro de vida)**

Entre os negócios realizados para fins de planejamento sucessório encontra-se o seguro. Tal modalidade de avença encontra-se disciplinada pelo artigo 757 do CC/02 quando “uma das partes (segurador) se obriga com a outra parte (segurado), mediante o recebimento de um prêmio, a garantir o interesse legítimo, relativo à pessoa ou a coisa, contra riscos futuros predeterminados. (Pereira, 2004, p. 453-454).

O contrato de seguro é um dispositivo bilateral, oneroso, aleatório, consensual e, por adesão! Tal instituto vem se desenvolvendo em decorrência do crescimento da técnica e da industrialização, vinculados que estão ao progresso econômico.

A estrutura fundamental do pacto de seguro tem seu regramento no Código Civil de 2002 e na legislação especializada, derivada da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP).

No CC/02 existem duas modalidades de seguro, quais sejam: de pessoa (art. 789 a 788) e seguros de dano (arts. 778 a 788). Para fins de planejamento sucessório pode ser utilizado o seguro de pessoa, especificamente o seguro de vida com cobertura de morte.

Em verdade, o seguro de vida surge como forma alternativa para os planos de previdência complementar privada. Em uma elisão tributária, instituiu-se o seguro sob várias modalidades, denominados Vida Gerador de Benefícios Livre - VGBL, Vida com Atualização Garantida e Performance – VAGP, Vida com Remuneração Garantida e Performance - VRGP – no ordenamento jurídico.

Tais produtos se diferenciam dos planos de previdência complementar privada, na medida em que não é possível sua dedução para fins de imposto de renda e, em consequência, no recebimento dos valores pagos pela entidade de previdência privada.

O seguro de vida, espécie de seguro de pessoas, é disciplinado no Código Civil de 2002 em seus artigos 789 e seguintes. Nesta forma de pacto, o risco de morte fica assegurado mediante contraprestação de prêmio, até a extinção contratual ou o falecimento. Uma vez ocorrido o sinistro, fica a seguradora obrigada ao pagamento de indenização acordado para os beneficiários indicados pelo falecido ou, na sua omissão, os beneficiários legais.

De acordo com o CC/02, o seguro de vida tradicional tem dois elementos essenciais: (a) o segurado titular não se beneficia da cobertura do risco contratada, bem assim dos valores pagos em contraprestação à seguradora; e (b) na ocorrência do sinistro, o prêmio pago pela seguradora aos beneficiários mantém uma correlação aos valores dos prêmios pagos pelo titular.

Nestes novos tipos contratuais de seguro de vida, quais sejam, VGBL, VAGP e VRGP, também chamados de contratos com cobertura por sobrevivência, os elementos essenciais mencionados se modificam, apesar de manterem sua estrutura. Na situação, o titular do seguro poderá receber o valor em vida e o valor a ele pago guardará correspondência com os aportes de recursos (prêmios) por ele realizados ao plano.

O certo é que existe uma certa semelhança entre o pacto de seguro de vida com a previdência complementar, muito embora aquele instrumento se apresente com versatilidade para fins de planejamento sucessório. A similitude com a previdência complementar privada se apresenta em especial quanto a sua estrutura financeira, atuarial, administrativa, etc.

Saliente-se, ainda, relativamente ao tipo de contrato em apreço, a incidência diferenciada de tributação em relação ao imposto de renda. Todavia, apesar das vantagens na tributação do IR, é de se ressaltar que este investimento securitário gera impactos em outros tributos a serem pagos, tais como o IOF.

Na seara do Direito Sucessório, tanto nas Varas de Órfãos e Sucessões, quanto no planejamento sucessório, a aplicação do instituto jurídico em exame é costumeira, especialmente por proporcionar aos beneficiários maior conforto durante o processo de inventário, permitindo de maneira célere o acesso ao patrimônio líquido, a fim de manter os herdeiros nos primeiros momentos de desamparo após o falecimento do participante.

Porém, imperioso se faz ressaltar que levando em conta as recentes controvérsias sobre a incidência na hipótese do imposto de transmissão *causa mortis*, bem como a sua utilização para fraudar legítima, tal instrumento começa a ser questionado quanto a sua segurança, especialmente para fins de constituição do plano sucessório.

#### **4.2.8. Conta conjunta**

A legislação brasileira dispõe de várias modalidades contratuais que regulamentam as relações entre as Instituições financeiras e seus clientes. Dentre elas podemos citar, como uma das mais comuns, a conta corrente bancária, a qual será objeto de estudo como instrumento de planejamento sucessório.

O ajuste de conta corrente bancária corresponde ao serviço de caixa prestado pela Instituição financeira ao cliente, com o compromisso de cumprir os negócios jurídicos reivindicados pelo correntista/consumidor.

Uma vez firmada a avença bancária, o titular passa a operacionalizar a conta mediante a remessa de recursos financeiros à Instituição bancária devedora, sendo o remetente credor e titular da conta ou terceiro. Essas operações perdem sua individualidade, constituindo-se em um bloco unitário, em que desaparecem

eventuais garantias e direito de ação sobre aqueles valores, haja vista a relação contratual típica que lhes deram causa. Com isso, a remessa passa a ser irrevogável.

De outra forma, diferentemente da conta corrente comum, na conta corrente bancária o crédito resultante da conta é sempre disponível sobre a base do saldo diário, também chamado de saldo provisório.

Os pactos de conta corrente bancária sempre se apresentam como consensual, informal, de trato sucessivo e bilateral. O primeiro aspecto se observa pelo ajuste de vontades entre o banco e o titular, exteriorizando-se, em regra, pela assinatura na abertura de conta corrente.

O caráter informal da relação se configura por não exigir a lei uma forma específica, apesar da circunstância de que as Instituições financeiras já apresentem uma padronização de formalidade das relações comerciais. A sucessividade se caracteriza pela projeção da vença no tempo, não se encerrando com a prática de um único ato. O contrato é bilateral por firmar compromissos e assegurar direitos recíprocos.

O caráter solidário passivo de uma conta conjunta se apresenta perante o Banco em decorrência do próprio pacto mercantil. Porém, os compromissos assumidos por um dos correntistas fora do contexto da relação financeira com o Banco não se confunde com as obrigações assumidas no contrato de conta corrente, não havendo em se falar na hipótese em qualquer solidariedade. Isso porque a solidariedade não se presume, necessitando-se de imposição legal ou da vontade das partes nesse sentido, nos termos do artigo 265 do CC/02.

Processualmente, para assegurar o reconhecimento de inexistência da solidariedade acima apontada, é permitido que o outro cotitular da conta conjunta a interposição de embargos de terceiro, a fim de comprovar que aquele numerário constricto lhe pertence, seja por apenas ele aportar dinheiro naquela conta, ou outra razão qualquer.

Na hipótese em que a prova não seja satisfatória ou considerada insuficiente, presume-se a igualdade na composição do saldo provisório. Em suma, os valores constantes como saldo na conta deverão ser divididos, a ponto de permitir a constrição apenas na parte que cabe ao devedor.

Tal discussão efetivamente se apresenta importante, considerando que na maioria das vezes o cotitular é o cônjuge e também o inventariante, em caso de

falecimento do devedor, ora espólio, por expressa ordem legal, a teor do artigo 617, I, do Código de Processo Civil de 2015.

No particular acima, se afigura como salutar o interesse do inventariante em proteger o seu interesse próprio e também o seu patrimônio de dívidas não contraídas, diminuindo ou extinguindo a responsabilidade do espólio sobre aquele passivo, com conseqüente levantamento da constrição, com legitimação prevista pelo artigo 75, VII, do Código de Processo Civil de 2015.

Na hipótese, não obstante haver confusão entre o cotitular da conta conjunta e o inventariante, ainda assim não existe conflito de interesse, por se tratar de vontades convergentes.

Na conjuntura do Direito Sucessório, quando do falecimento de um dos cotitulares, os princípios específicos desse ramo são aplicáveis e observados. Destarte, a conta conjunta deverá compor a universalidade de bens para a posterior partilha, observando para tanto apenas o quinhão daquele cotitular.

Em verdade, a cotitularidade de conta corrente bancária caracteriza uma espécie condomínio, com responsabilidade solidária frente a Instituição financeira, mas não em relação a terceiro. No procedimento sucessório faculta-se ao cotitular fazer prova de seu patrimônio, sob pena de se presumir igualdade entre os quinhões.

Na construção do plano sucessório, a conta conjunta tem valor estratégico, na medida em que permite a liberação rápida e eficaz do quantitativo financeiro pertencente ao cônjuge, possibilitando, ainda, privilegiar economicamente o cotitular com uma maior monta.

#### **4.2.9. Trust**

Outro elemento utilizado no planejamento sucessório, mas não aplicável no ordenamento nacional é o *trust*, que é um instituto de origem do *common law* e fruto da segregação patrimonial. A afetação patrimonial é um dos elementos essenciais do *trust*.

O instituto é verificado quando uma pessoa cede seus direitos a uma outra pessoa ou para realização de qualquer fim particular. Nessa perspectiva, diz-se que ela possui seus direitos sob a forma de *trust* (em confiança ou consignação), em relação a essa outra pessoa (chamada de *trustee*) ou para esse fim.

O instituto do *trust* é bastante versátil. Pode se revestir mais de uma estrutura e promover múltiplas funções, de maneira a ser difícil a sua definição abstrata. Caracterizado pelo binômio versatilidade/segurança, pode servir à realização de várias funções e promover múltiplos interesses mercedores de tutela.

Aquele que institui o *trust*, ou seja, quem entrega os bens em confiança, é chamado juridicamente de *settlor* (instituidor). Ao fazer a entrega de bens, o *settlor* transmite efetivamente sua propriedade ao *trustee*, aquele em que se confia. Por último, denomina-se *cestui que trust* a pessoa, natural ou jurídica, instituída como beneficiária do *trust*.

Pelo formato do referido instituto, o seu segredo não repousa sobre a propriedade, mas sobre os modelos de confiança e de consciência impostos pela Instituição que controla e restringe a operação (Corte de Chancelaria). Portanto, essa Corte tem o mister de controlar e restringir o *trustee*, a fim de mantê-lo dentro dos limites convencionados pelo *settlor*, e proteger o *cestui que trust*.

Com efeito, os elementos essenciais do *trust* são o respeito e a confiança. O *trustee*, apesar do *legal tittle* (titularidade) sobre bens, não os possui, senão para usá-los em fins específicos e limitados, que foram estabelecidos pelo *settlor* ou pela Corte Chancelaria.

Porém, a operação que configura a propriedade *trust* não encontra respaldo no ordenamento jurídico brasileiro, sendo, em realidade, instrumento próprio do direito anglo-saxão. Onde existem dois direitos de propriedade sobre o mesmo bem – *legal property* do *trustee* e *equitable property* do *cestui que trust*.

Na operação em comento, necessário se faz chamar a atenção para o fato de que o *settlor*, após a constituição do *trust*, desaparece do cenário jurídico, do qual apenas permanece sua vontade formalmente manifestada no ato jurídico perfeito.

Todos os direitos, as ações e os interesses do *settlor* sobre os bens do *trust* transferem-se e dividem-se entre o *trustee* e o *cestui que trust*, razão pela qual os frutos decorrentes da operação devem ser entregues a este último, a quem também devem ser prestadas contas.

Existe no *trust* uma segregação de bens em relação ao *trustee*. A situação decorre da criação de um de patrimônio de afetação desvinculado de seu criador ( *settlor*). A responsabilidade do *trustee* consiste na gestão do patrimônio afetado, sem embargo da incomunicabilidade entre o patrimônio do *trust* e do *trustee*. Isso

tudo com o intuito de garantir ao *cestui que trust* uma especial proteção de seus direitos, com a maior certeza de ao final recebê-los.

Na hipótese de insolvência do *trustee*, em razão da incomunicabilidade e afetação do patrimônio do *trust* à finalidade contratual, não haverá arrecadação desses bens para pagamentos de credores.

As pessoas beneficiárias do *trust* devem ser expressamente indicadas no momento da constituição do instrumento jurídico. Caso contrário, serão consideradas beneficiárias aquelas indicadas pela lei ou jurisprudência.

Também utilizado como instrumento de planejamento sucessório, a flexibilidade e dinamismo do *trust* permitem que ele se consagre como ferramenta de utilidade ampla.

Não obstante essa gama de possibilidades operacionais do *trust*, não restam dúvidas que para seu melhor aproveitamento no direito brasileiro, deverá haver uma adequação específica. Com efeito, por ter sido desenvolvido e criado no Direito Anglo-Saxão, imperiosa se apresenta a necessidade de sintonizá-lo com o Direito Romano-Germânico.

Em consequência das distinções de ambos os sistemas – *common law* e *civil law* -, especialmente diante da dicotomia da propriedade, o *trust* ainda não foi incorporado no atual ordenamento jurídico brasileiro.

Contudo, não restam dúvidas da possibilidade técnica de criação de instrumentos contratuais que possam desempenhar funções análogas às do *trust*, sem ofensa ao princípio da exclusividade da propriedade.

#### **4.2.10. Holding**

A criação de uma holding tem bastante aplicação na estruturação de um planejamento sucessório no Brasil.

De acordo com Roberta Prado (2011,0p. 189), Holding é “aquela sociedade que participa de outras sociedades como cotista ou acionista. Ou seja, é uma sociedade formalmente constituída, com personalidade jurídica, cujo capital social, ou ao menos parte dele, é subscrito e integralizado com participações societárias de outras pessoas jurídicas”.

O respaldo legal da holding, como empresa de participações que se constitui, está inserto no artigo 2º, § 3º, da Lei 6.404/76 (Lei das Sociedades anônimas). No

seu contexto, a sua atuação, ou parte dela, direciona-se para outras pessoas jurídicas, tanto na qualidade de sócio ou acionista.

Ainda de acordo com Roberta Prado (2011, p. 192), “ sendo tal sociedade uma pessoa jurídica distinta da (s) operacional (is), ela proporciona uma maior discricão e confidencialidade em relação a dissidências que podem surgir entre membros de uma família controladora de sociedade (s) Operacional (is). Com isso, ao menos em tese, as decisões chegam na (s) sociedade (s) controlada (s) mais uniformes e consolidadas”.

A constituição de uma *holding* pode contemplar tipos societários, tais como sociedade anônima, sociedade limitada, EIRELI, etc., guardando tal adequação decorrência direta dos objetivos e das necessidades de seus constituidores.

Tratando da constituição de uma empresa com aspecto familiar, para fins sucessórios, forçoso se faz alertar que na elaboração do estatuto ou contrato social, importante se apresenta a delimitação do objeto social da sociedade a ser formada, especialmente em face da definição da gestão da sociedade por membro da família, a cessão de quotas e a liquidação parcial da sociedade, etc., diante de falecimento. A elaboração estratégica da constituição de uma holding deve ser precisa, inclusive visando as consequências no âmbito societário e fiscal.

A gestão dos administradores da sociedade deve guardar estreita sintonia com o seu objeto social, sob pena de responsabilização pelos prejuízos porventura ocasionados, na forma prevista pelo artigo 1.016, do CC/02.

As disposições estatutárias ou os termos dos pactos sociais de uma *holding* devem observar: (a) definição da espécie de sociedade; (b) definição do valor do capital social e sua distribuição; (c) inscrições nos órgãos competentes, devendo também se inscrever no CRA caso tenha por objeto a administração de bens próprios ou de terceiros; (d) estabelecimento de prazo para a duração da sociedade; (e) nomeação de administrador da sociedade; e (f) indicação da sede social e razão social.

Conforme os objetivos sociais, existem três grupos de sociedades empresárias (*Holding*):

- a) sociedades operacionais, quais sejam “aquelas constituídas com o fim de explorar em seu objeto social atividade financeira, industrial, comercial ou de prestação de serviços, e outros empreendimentos correspondentes (Madaleno, 2014, p. 30);

- b) sociedades holdings mistas, as quais se prestam a “explorar um fim lucrativo, com participação em outras empresas, com o desempenho de outras atividades mercantis”(Madaleno, 2014, p. 31);
- c) sociedades *holdings* puras , “criada com o único objetivo de participar em outras sociedades, abrigando as participações societárias da família em outras empresas estabelecendo quando cabe a cada um dos familiares na empresa operacional que fica salva-guarda do controle societário” (Madaleno, 2014, p. 31).

A constituição de uma holding para obter e gerir participações societárias contribui para a harmonização das estratégias das empresas do grupo, de maneira a diminuir turbulências nas operações das sociedades.

Nesse contexto é que, independente do objetivo de participar de outras empresas, pode-se constituir uma *holding familiar* com o interesse de agregar todo o patrimônio da família.

Nesse âmbito do planejamento sucessório, a aplicação dos instrumentos se configura de acordos com a natureza do patrimônio. Por isso é que nas hipóteses de grandes patrimônios a serem partilhados, a utilização de sociedades empresárias se apresenta de maneira mais satisfatória, considerando a concentração dos atos administrativos apenas em uma única empresa, podendo acelerar a partilha, que será consubstanciada em quotas ou ações da sociedade, com possibilidade de menor incidência tributária.

A constituição de uma *holding familiar*, contudo, não deve excluir a utilização de outros instrumentos jurídicos no plano sucessório. É que, se afigura importante e recomendável, até para que a vontade do autor da herança seja aplicada o mais integralmente possível e com maior segurança, que a holding familiar seja complementada com outras ferramentas, principalmente com o testamento.

Não se pode deixar de considerar a tentativa equivocada de constituição de holdings para fomentar uma ‘blindagem patrimonial’. Contudo, esquecem-se tais ‘estrategistas’ da existência do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, em sua teoria maior e menor, a depender em qual ramo do Direito será aplicada, pelas quais se extirpa a pessoa jurídica temporariamente da sua autonomia patrimonial em relação aos sócios, a fim de atingir o patrimônio privado desses últimos e satisfazer os créditos existentes.

Ainda sobre o tema, há também a desconsideração inversa da personalidade, consistindo “essa técnica jurídica de responsabilizar a sociedade empresária por ato abusivo de seus sócios ou administradores é chamada de desconsideração inversa, só se legitimando quando a sociedade se tornou mera extensão da pessoa física do sócio, como pode acontecer quando um cônjuge transfere maliciosamente os bens do casamento para a empresa da qual é sócio, entre tantas outras previsíveis situações de fraude a direitos e obrigações de ordem civil e especialmente familiar”(Madaleno, 2014,pg. 81).

O certo é que a utilização de uma holding como instrumento de planejamento sucessório, levando em conta seu dinamismo e sua flexibilidade, assim como no *trust*, proporciona soluções diversas para o atendimento dos interessados.

#### **4.2.11. Acordo de acionistas**

Nos termos da Lei nº 6.404/76, o instituto jurídico em epígrafe contempla o controle; o voto dos minoritários e compra e venda preferencial de ações ou de opções societárias.

Segundo Carvalhosa (2015, pg. 23), conceitua-se o acordo de acionistas como sendo “um contrato submetido às normas comuns de validade e eficácia de todo o negócio jurídico privado, concluído entre acionistas de uma mesma companhia, tendo por objeto a regulação do exercício dos direitos referentes às suas ações, tanto no que concerne ao controle como ao voto dos minoritários ou, ainda, à negociabilidade dessas ações”.

Na composição de acionistas, formalmente figuram como partes os integrantes do quadro societário, titulares de voto ou de disposição das ações. É vedado aos administradores e à sociedade a participação no acordo de acionistas, a teor do quanto prescreve o artigo 30, Lei nº 6.404/76.

Para Carvalhosa (2015, pg. 35), “o fundamento da proibição é que, não tendo a companhia direito de votar, o acordo que transferisse a ela a orientação do sentido do voto, torná-la-ia indiretamente acionista, fazendo-a titular de um direito que lhe é vedado. (...) E o administrador que for também acionista sofre uma restrição no que diz respeito ao objeto do acordo, na exata medida em que não poderá configurar nas cláusulas da avença uma situação conflitante entre o seu interesse *uti singuli* como acionista e aqueles relacionados com o exercício de sua função de gestor”.

Quanto à forma do acordo de acionistas, em que pese o artigo 118, §1º, da Lei nº 6.404/76 prever a oponibilidade contra terceiros depois de sua averbação nos livros de registro e nos certificados das ações, se emitidos, não se trata de um contrato solene, eis que a legislação específica e o Código Civil de 2002 não impõem forma específica para sua validade. Todavia, apesar de não ser nulo, será ineficaz contra a sociedade e terceiros, que não são partes formais no acordo de acionistas.

A despeito da omissão acerca da duração do acordo de acionistas na Lei nº 6.404/76871, doutrinariamente é admitido o estabelecimento de tal regra por convenção das partes. É possível, portanto, por inexistência de previsão legal, a possibilidade de realização do acordo de acionistas por prazo indeterminado, ressalvado o caso de compra e venda preferencial de ações ou de opções, em razão de sua própria natureza.

Para fins de planejamento sucessório, Modesto Carvalhosa faz interessante comparação entre dois instrumentos jurídicos, o acordo de acionistas e a *holding*, no que tange às suas funções:

[...] comparado às *holdings*, as vantagens do acordo de acionistas são reconhecidas. Isto porque, ao constituírem uma sociedade de participação, os acionistas trocam suas ações da companhia que controlam ou de que participam por ações da própria *holding*, deixando, assim, de serem sócios da companhia operacional. A perda da propriedade direta das ações daquela companhia operacional é irretratável, (...). (Carvalhosa, 2015, p. 75)

Por fim, importante mais uma vez salientar que as variáveis em um planejamento sucessório abrangem desde a qualificação do autor da herança, até a escolha dos meios mais adequados a serem utilizados. O Acordo de Acionistas, por ter características específicas de utilização, também se afigura como ferramenta útil a ser implementado como negócio de eficácia imediata na sucessão.

## 5. CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou demonstrar a indubitosa necessidade do planejamento patrimonial familiar e sucessório. A elaboração de um plano patrimonial familiar mesmo antes do próprio casamento, levando em conta as recentes transformações socioeconômicas suportadas pela sociedade, se afigura

imprescindível para o sucesso econômico do casal. A importância do aspecto econômico na realização da vida em comum urge o esforço do casal, visando uma melhor qualidade de vida.

Não restam dúvidas de que a sociedade conjugal, dentre outros aspectos, visa a formação de um patrimônio que será consequência de um esforço comum dos cônjuges, fomentado pelo sentimento de solidariedade que deverá existir na comunidade formada entre eles.

Por isso é que o Código Civil regulamenta o consagrado direito Patrimonial de Família, através da constituição de regras concernentes à formação do patrimônio e, também de sua gestão.

O regulamento que tutela os interesses econômicos da sociedade conjugal dispõe acerca das relações patrimoniais entre os cônjuges, bem assim entre terceiros e os membros da sociedade matrimonial. Tais disposições legais abrangem a propriedade dos bens do casal, a administração, a fruição e a disponibilidade dos mesmos. Não fosse somente isso, a repercussão do regime de bens do casamento repercute não somente nas relações econômicas do casal, mas também na relação deles com seus filhos comuns e exclusivos.

É certo que no julgamento do Recurso Extraordinário 878.694/MG, o STF considerou inconstitucional o artigo 1.790 do CC/02, equiparando os efeitos do casamento à união estável. Tal circunstância, a princípio, permitiria estender, de maneira irrestrita, os conceitos do presente estudo em face do instituto da união estável. Todavia, importante se faz ressaltar que existe ainda uma parte da Doutrina advertindo que a equiparação total entre os institutos corresponde apenas às normas de solidariedade (regras sucessórias, de alimentos e de regime de bens), eis que em face das normas de formalidade a isonomia seria apenas parcial.

Por outro lado, o estudo desenvolvido no trabalho enalteceu a relevância do planejamento sucessório patrimonial no casamento. Diante do descompasso do direito sucessório perante as exigências contemporâneas relativas à transmissão de bens aos sucessores, o planejamento sucessório apresenta-se como importante ferramenta no momento em que o Brasil possui uma legislação sucessória engessada e uma sociedade com tantas demandas.

A transmissão patrimonial aos herdeiros, entre eles, o cônjuge, pode vir a ser tormentosa, em razão das discussões travadas em situações nas quais não sejam

utilizados os diversos instrumentos jurídicos de planejamento sucessório disponíveis e aplicáveis.

O planejamento tem como premissa a aplicação, ou não, de ferramentas simultâneas, com utilização de meios *mortis causa* ou *inter vivos*, com o objetivo de implementar negócios com vertentes de ordem vertical (descendentes e ascendentes) e/ou horizontal (cônjuges)

No estudo foram apresentados ainda, de maneira exemplificativa, alguns instrumentos de planejamento sucessório patrimonial, cumprindo ressaltar que se apresentam atualmente como aqueles mais costumeiramente implementados. Tais ferramentas, aplicadas à luz dos princípios constitucionais da autonomia e da solidariedade familiar, são uteis ao planejamento e organização da sucessão, na busca de evitar que a morte de um membro da família resulte em instabilidade econômica ou perdas patrimoniais desnecessárias em prejuízo da família.

## REFERÊNCIAS

- ANTUNES VARELA, Direito de Família, 5. Ed., Lisboa: Petrony, 1999, v. 1;
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de Família: comentários à Lei n. 8.009/90*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002;
- BEVILÁQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado. 8. Ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1950. V.2;
- BRASIL. Código Civil de 1916;
- BRASIL. Código Civil de 2002;
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988;
- BRASIL. Lei Complementar n. 109 de 2001;
- BRASIL. Lei n. 6.404 de 1976;
- BRASIL. Lei n. 8.009 de 1990;
- CARVALHO SANTOS, J.M. Código Civil Brasileiro interpretado, 7 ed, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961;
- FARIAS, Cristiano Chaves de Farias (Coord.). *Temas Atuais de Direito e Processo de Família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011;
- FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: sucessões*. V. 7. São Paulo: Atlas, 2015c;
- GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: direito das sucessões*. V. 7. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2015;
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: direito de família*. V. 6. Ed. 5 São Paulo: Saraiva, 2015;
- GALDENZI, Patricia Bresan Linhares, Tributação dos investimentos em Previdência Complementar Privada: fundos de pensão. São Paulo: Saraiva, Quartier Latin, 2008;
- GAYA, Karina Saraiva Leão. Planejamento sucessório: uma saudável preocupação com o futuro. Revista Síntese: Direito de Família, Porto Alegre, Ano XIII, n. 70;

- GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 11. Ed Rio de Janeiro: Forense, 1999;
- GOMES, Orlando. *Sucessões*. 16. ed. Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2015;
- GONÇALVES, Carlos Roberto; *Direito Civil Brasileiro – Direito de família*, 12. Ed. Rio de Janeiro, 2016. V. 6;
- GONÇALVES, Carlos Roberto; *Direito Civil Brasileiro – Direito das sucessões*, 12. Ed. Rio de Janeiro, 2016. V. 7;
- LÔBO, Paulo Luiz Neto; *Direito Civil. Famílias*; R de Janeiro: Saraiva, 2008;
- LÔBO, Paulo Luiz Neto; *Direito Civil. Sucessões*; São Paulo: Saraiva, 2013
- LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros Públicos: teoria e prática*. 7. ed. rev. atual. ampl. Salvador: Juspodivm, 2016;
- MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008;
- MADALENO, Rolf. Planejamento sucessório. *Revista IBDFAN: Famílias e Sucessões*, Belo Horizonte, V.1, 2014;
- MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de Direito de Família*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2016;
- MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942, v. I e III;
- MONTEIRO, Washington de Barros, *Curso de direito civil*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1960; 32ª ed., 1995; 37, ed atualizada por Regina Beatriz Tavares da Silva, 2004, v.2;
- MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de Direito Civil: direito das coisas*. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2012;
- NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: direito das sucessões*. V. 6. 7. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016b;

NEVARES, Ana Luiza Maia. A função promocional do testamento como ferramenta de planejamento sucessório. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e sucessões*, Porto Alegre, V 9, 2009;

PRADO, Roberta Nioac. *Estratégias Societárias, Planejamento Tributário e Sucessório*. 2 ed. São Paulo: Saraiva – FGV, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de Direito civil. Atualização de Tânia Pereira da Silva*. 14. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v.5;

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*. 4. Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945;

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: direito das coisas*. V. 5. 28. ed. ver. atual. São Paulo: Saraiva, 2009;

TAQUINI, Carlos H. Vidal. *Régimen de bienes em el matrimonio*, Buenos Aires: Astrea, 3ª Ed., 1990;

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil. Direito das Sucessões*, V 6, 7. ed. São Paulo: Método, 2014;

TEIXEIRA, Silvia Maria Benedetti, *Planejamento sucessório: uma questão de reflexão*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, Ano VIII, 2005;

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008;

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 9. ed. São Paulo Atlas, 2007;

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito das sucessões*. 9. ed. São Paulo Atlas, 2007.