

Artigo

Trust e Holding familiar: o planejamento sucessório de bens imóveis

Sumário: 1- Introdução; 2- O que é o planejamento sucessório? 2.1 – Formas de sucessão por morte; 2.1.1 – Sucessão Legal; 2.1.2- Sucessão testamentária; 3- Planejamento familiar com efeitos imediatos; 3.1- Holding Familiar; 3.2 - Trust; 4- Conclusão; 5- Referências.

- Introdução

O Direito Imobiliário é um dos ramos do Direito que mais absorve as transformações sociais e econômicas. Embora o investimento em bens imóveis[2] seja uma forma segura de aplicação financeira, pois a tendência à valorização ainda é certa, para quem deseja criar patrimônio, alguns questionamentos surgem como objeto de reflexão no momento do planejamento sucessório.

Ao prever a hipótese de transmissão do patrimônio imobiliário, dilemas aparecem para o titular da propriedade, tais como: a) tributação significativa sobre transações imobiliárias; b) solenidade legal rigorosa; c) questões vinculadas ao Direito de Família (regime de bens do casamento ou união estável; bem de família, etc) e d) necessidade de administração dos bens imóveis.

Disso decorre a procura por uma solução que possa blindar os sucessores de possíveis adversidades, sendo este o grande desafio ao profissional que, uma vez imbuído da espinhosa missão de minimizar danos futuros, deverá orientar os clientes no sentido da melhor via a ser seguida.

O momento presente, diante da triste difusão de vírus letal, obriga à reflexão sobre a finitude da vida e suas consequências na esfera patrimonial, preservando entes queridos das agruras e tormentos de disputas desnecessárias.

Questão que não deve ser mitigada é a globalização e seus efeitos no setor de investimentos imobiliários. Sem dúvida, a facilidade de locomoção e as inúmeras opções no campo das aplicações financeiras, aportaram a frequente realidade da aquisição de bens imóveis no exterior, por brasileiros. O inverso, também ocorre, ou seja, estrangeiros (residentes ou não no país) adquirindo imóveis no Brasil.

O direito nacional e o internacional apresentam instrumentos jurídicos que visam atender e gerir os reflexos trazidos pelas diversas formas de relações envolvendo bens imóveis.

No presente texto, visa-se analisar os institutos do *Trust* (legislação estrangeira) e da *Holding* Familiar (lei brasileira), apontando as distinções e efetividade de cada um, na medida da engenharia sucessória para a proteção dos herdeiros e sucessores.

- O que é o planejamento sucessório?

Segundo Ana Luiza Maia Nevares e Rose Melo Vencelau Meireles, o “planejamento sucessório consiste num conjunto de medidas empreendidas para organizar a sucessão hereditária de bens e direitos previamente ao falecimento de seu titular” (2020:279).

Trata-se, sem dúvida, de medidas preventivas voltadas à blindar futuros litígios entre sucessores e/ou prevenir oneração excessiva ao espólio. Alguns mecanismos do ordenamento jurídico brasileiro podem ser utilizados na sucessão, embora seus efeitos ocorram a partir da validade do ato que o originou. Nesse sentido podem ser citados: regime de bens do casamento ou da união estável; constituição de sociedades para administração de bens (*holdings* familiares); formação de negócios jurídicos especiais (*trust*); doações aos familiares ou possíveis sucessores, em vida, com reserva de usufruto[3], etc.

Outros instrumentos, embora válidos, somente produzirão efeitos após a morte do autor da herança. Assim ocorre com testamento, seguro de vida, previdência privada e fundos de investimento[4], por exemplo[5].

Portanto, pode-se afirmar, que qualquer ato praticado visando a sucessão após a morte é forma de planejamento sucessório.

Qual a vantagem em planejar a sucessão? Maior tranquilidade e segurança aos sucessores. Qualquer bem, incluindo direitos, pode ser objeto da engenharia do planejamento sucessório. Entretanto, o foco da presente análise serão os bens imóveis que possam vir a ser objeto da herança.

Um ponto sensível é a questão tributária. No Brasil a forte carga fiscal que incide, sobretudo, na transmissão com fato gerador no falecimento tem grande impacto nas escolhas do planejamento sucessório. Tal matéria, própria do Direito Tributário, merece espaço mais adequado que este, diante da sua importância e dimensão.

Assim sendo, nota-se que o planejamento sucessório é tema que tangencia diversas áreas do Direito. Mas, no presente texto, será abordada a matéria sob a ótica do direito privado, especialmente do Direito Civil.

2.1 – Formas de sucessão por morte.

A sucessão por morte pode ocorrer de duas formas: hereditária ou testamentária (art. 1.786, CC). Portanto, o planejamento sucessório deve se limitar, primordialmente, às regras impostas pelo Direito das Sucessões.

Desta afirmação, surgem as duas “regras de ouro” do planejamento sucessório: a) vedação legal ao pacto sucessório (art. 426, CC)[6] e b) respeito à legítima, conforme determinação expressa da lei (art. 1.857, §1º, CC).

Portanto, para a engenharia da disposição do patrimônio, ainda que em vida, porém, visando a sua transmissão por morte, deve-se observar todas as formalidades e restrições legais impostas para preservar o direito de terceiros e dos herdeiros necessários[7].

2.1.1 – Sucessão Legal:

Na sucessão legal ou hereditária, aplica-se a regra determinada por lei quanto à capacidade para suceder, incluindo a ordem sucessória, também chamada de vocação hereditária (art. 1.829 e 1.845, CC).

Ocorre, em regra, quando a pessoa falece sem deixar testamento. Na hipótese de existir testamento válido, mas, com herdeiros necessários, que sucederão e/ou na quota referente à legítima, a sucessão terá uma forma híbrida: testamentária na parte disponível, referente ao disposto no ato de última vontade, e legal no correspondente à legítima.

A lei estabelece com a abertura da sucessão (art. 1.784, CC), que ocorre no momento da morte (comprovada ou presumida[8]), a regra que regerá o ato sucessório e sua forma (artigos 1.785 e 1.787, CC), a possibilidade de exclusão da sucessão[9], os bens que integrarão a legítima, etc.

Nesta toada, a sucessão estará adstrita ao comando legal.

2.1.2- Sucessão testamentária:

Na sucessão testamentária, o sucessível poderá determinar a transmissão do seu patrimônio, como lhe aprouver, guardando as limitações impostas por lei, e, inclusive, tratar de questões subjetivas de cunho extrapatrimonial, como o reconhecimento de um filho, por exemplo.

A liberdade de testar, conforme anteriormente mencionado, está limitada pela lei. Princípios de ordem pública vedam, por exemplo, a disposição do patrimônio em sua totalidade quando existem herdeiros necessários[10], visando preservar a legítima, para resguardo da família do risco de despojamento da totalidade do patrimônio. O amparo da legítima remonta ao Direito Romano, berço do direito brasileiro[11].

Na doutrina recente existe o clamor pela atualização das regras da sucessão testamentária, sobretudo em relação à vedação de disponibilidade da legítima em oposição à liberdade de testar.

Diante da realidade social atual e das significativas mudanças no ordenamento jurídico brasileiro em relação ao Direito de Família, especialmente, há que se rever tal regra. Na verdade, o Direito das Sucessões não corresponde adequadamente à dinâmica das relações interpessoais e jurídicas do século XXI[12].

- Planejamento familiar com efeitos imediatos:

Existem soluções que atendem à sucessão e, em vida, já blindam o titular do direito de propriedade de contratempos. Uma das hipóteses possíveis é a criação de uma pessoa jurídica para a gestão do patrimônio imobiliário. Nesse sentido, encontram-se a empresa *holding* familiar e o *trust*, importado do Direito Internacional Privado. Ambos instrumentos, considerados “novos modelos” para a sucessão no planejamento sucessório.

3.1 - Holding Familiar:

Empresa individual de sociedade limitada (Eireli), que detém a participação societária em outra pessoa jurídica com a finalidade de controlar, organizar e guardar o patrimônio da família estritamente nas mãos dos sócios/familiares.

Pode se dar por meio de uma sociedade simples ou empresária, o que é definido pelos próprios membros da família. Entre as suas funções e utilidades, destaca a maior possibilidade de conter os conflitos entre os membros da família, sem afetar a sociedade controlada, que continua produzindo riquezas, mantendo os seus funcionários e pagando os tributos (HIRONAKA *et* TARTUCE, 2019: 104-105).

A criação de uma empresa *holding*[13] beneficia ainda a redução tributária quanto ao processo de inventário. Pois o Imposto de Transmissão de Bens Imóveis – ITBI, na partilha de bens, não incidirá sobre os bens que integram o capital social da empresa. Esse, assim como outras tributações, incide sobre renda e patrimônio. Na hipótese da empresa *holding*, a sucessão será das cotas das empresas e não dos bens em si.

Críticas severas apontam ser esta solução uma violação à “regra de ouro” da vedação à disposição de herança de pessoa viva (art. 426, CC), conforme explanado[14].

Argumento contrário é pautado na autonomia da vontade e na liberdade contratual, pois não se trata de disposição de herança, mas de patrimônio de pessoa viva, que pode ser feito por diversos meios jurídicos lícitos, sem representar simulação. Claro está, que o resguardo à legítima deve ser feito, convalidando, assim, o negócio jurídico.

A matéria é própria do Direito Empresarial, que orienta o conjunto de regras para a criação e organização das empresas. Nesse ramo do direito, não há obstáculo legal à que membros da mesma família sejam acionistas de uma empresa, que será familiar. Portanto, a crítica a constituição da *holding* familiar como forma saudável de planejamento sucessório corresponde a uma visão limitada das novas demandas sociais.

A reunião dos familiares como sócios ou acionistas de empresas familiares tem a vantagem de manter o controle societário e já vincular os sucessores às normas de gestão da sociedade, através do contrato social e de demais instrumentos parassociais (acordos de quotistas e de acionistas), o que permite maior tranquilidade para o detentor do patrimônio que pretende planejar a sua sucessão e para sócios ou acionistas que não integram a família, uma vez que, a partir de tais ajustes, pode-se assegurar a continuidade do negócio. (NEVARES *et* MEIRELES, 2020: 289)

Conclui-se, portanto, que embora controvertida, a matéria tem respaldo no Direito Empresarial.

3.2 - *Trust*[15]

O *Trust* é uma alternativa de configuração societária existente no exterior e que tem por finalidade resguardar o patrimônio empresarial de situações de dívidas assumidas pelas empresas ou beneficiários. A versatilidade de configuração que o instrumento propõe é a razão da sua procura como forma de planejamento sucessório e, também, do grande interesse que tem suscitado nos países de influência jurídica romano-germânica.

Vale ressaltar que este modelo funciona pela transferência de propriedade total ou parcial de seus bens a um terceiro. Em suma, visa gerenciar e efetuar a administração dos negócios em favor de um ou mais beneficiários. Por tal razão, entende-se a natureza fiduciária do *trust*.

Pode ser concedida maior ou menor autonomia de administração para que o *trust* passe a funcionar. Uma vez que a principal característica deste tipo de opção é manter o patrimônio da empresa preservado. Para isso, há uma blindagem legal, impedindo que sofra danos por eventuais garantias assumidas pelo o *trustee*.

No *trust* o patrimônio é transferido ao *trustee*(curador), encarregado da gestão em benefício do próprio instituidor (*setlor*) ou de pessoas por ele indicadas (beneficiários – *beneficial owners*).

O patrimônio indicado pelo instituidor tem que ser individualizado e o *setlor*, no ato da constituição do *trust* deve ter a capacidade plena de disposição e aquisição, sob pena de nulidade do ato instituidor.

Segundo Daniela T. Vargas (2019:133) a vantagem da criação do *Trust* no exterior, sobretudo para estrangeiros com patrimônio no Brasil[16], ou brasileiros com patrimônio no estrangeiro, é a nomeação dos beneficiários, que seriam os herdeiros ou sucessores. Note-se que, não há sucessão do patrimônio indicado no *Trust* nem comunicabilidade pelo regime de bens do casamento ou união estável (OLIVA, 2019: 531). Eis a razão, do temor da violação à proteção legal da legítima (“regra de ouro” do planejamento sucessório). Entretanto, o próprio ordenamento jurídico tem a solução para tanto, através da redução das disposições de última vontade, caso equipare-se o *Trust* ao testamento particular.

Este instrumento apresenta a característica principal de garantir a sucessão patrimonial mais segura e sem riscos de dissolução da empresa. Importante destacar que no Brasil não existe regulamentação para o *Trust*. Entretanto, países de tradição romano-germânica que o adotaram, como a Argentina e a França, se valeram da técnica da afetação patrimonial, própria das relações fiduciárias. Seria uma forma de adequar o modelo anglo-americano ao dos países da *Civil Law*.

Porém, o *Trust* não é um negócio fiduciário. Na relação fiduciária o patrimônio indicado ao fiduciário integra o todo proprietário, gerando propriedade resolúvel, já no *Trust* a separação patrimonial é primordial, pois é a razão da sua existência.

A fórmula híbrida adotada pela Argentina e França, soa razoável ao modelo romano-germânico, mas, requer cautela quando da transposição do instrumento instituído em países que adotam o modelo da *Common Law*. A blindagem do modelo híbrido é para os credores, não alcançando cônjuge ou, como no caso brasileiro, companheiro.

A Convenção da Haia e a Lei Aplicável aos *Trusts* e sobre o Reconhecimento Deles, de 1º de julho de 1985, em vigor a partir de 1º de janeiro de 1992, no artigo 2º, define o *trust* da forma seguinte:

Para os propósitos desta Convenção, o termo *trust* se refere a relações jurídicas criadas inter vivos ou após a morte por alguém, o outorgante, quando os bens forem colocados

sob controle de um curador para o benefício de um beneficiário ou para alguma finalidade específica.

Ainda, no mesmo dispositivo, são elencadas as características do *Trust*: a) Os bens designados passam a constituir um fundo autônomo, apartado do patrimônio do instituidor e também não integram o patrimônio do *Trustee*, embora não haja vedação da mesma pessoa ser indicada como curador/*trustee* e beneficiário; b) Os títulos relativos aos bens do *Trust* ficam em nome do curador (*trustee*) ou de alguém indicado, mas em benefício do curador; c) O curador tem poderes e deveres, em respeito dos quais deve empregar todo cuidado e diligência na gestão do *Trust*. Suas competências e limites estão definidos no corpo do instrumento/ *Trust* e na lei do país que rege o instrumento. Podendo até, no caso de ser beneficiário, não suceder ao patrimônio à título de sanção por negligência ou improbidade; d) Os bens do *Trust* não respondem pelas dívidas pessoais do curador. Também, os credores do curador não podem executar ou indicar para satisfação do crédito os bens do *Trust*.

Observe-se que, a reserva, pelo outorgante, de alguns direitos e poderes, e o fato de que o curador deve possuir seus próprios direitos como beneficiário, não são necessariamente inconsistentes com a existência do crédito, conforme estabelece a Convenção da Haia.

A alteração dos bens afetados ao *Trust* pode ocorrer, mas recomenda-se que existam cláusulas específicas com previsão dos efeitos e reserva de direitos. Também, a hipótese de alienação e vinculação do numerário derivado do negócio jurídico oneroso deve estar determinada de forma expressa.

Por fim, Milena Donato Oliva (2019:534-542) elenca algumas situações em que o *Trust* se coloca como simplificador de alternativas jurídicas para a tutela de interesses. Cita a autora, por exemplo, a possibilidade de dotação de verba/patrimônio para a educação dos descendentes, ou mais especificamente, de certa pessoa. Também aponta a possibilidade de nomeação de tutor ou a determinação de diretivas antecipadas da vontade. Enfim, no direito sucessório o instrumento do *Trust* seria uma alternativa ao testamento e resguardaria, desde o momento da sua criação, direitos e imporá deveres ao *trustee*.

O instituidor poderia, desde logo, observar o desenvolver da conduta do gestor e, com a previsão no documento, poderia substituí-lo, gerando, assim, maior segurança para as relações presentes e futuras.

- Conclusão

A dinâmica das relações sociais e econômicas, as diversas formas de constituição de relações jurídicas decorrentes do afeto, a longevidade humana, a celeridade do universo financeiro diante das novas tecnologias e as novas perspectivas em um mundo globalizado, repleto de opções para investimento, gerou novos instrumentos que possibilitam a organização do patrimônio para a vida e sucessão do seu titular.

O planejamento sucessório ganha força diante da necessidade de segurança e liquidez dos investimentos para a posteridade.

Nessa linha, além dos instrumentos tradicionais como testamento, doação com cláusula de usufruto, compra e venda, apenas para mencionar os mais usuais, surgem dois instrumentos jurídicos, apropriados do Direito Empresarial e do Direito anglo-americano, respectivamente, que podem ser de grande utilidade na moderna sociedade brasileira: *holding* familiar e *trust*.

No Brasil a incerteza em relação à política econômica, a alta tributação sobre o patrimônio, os novos arranjos familiares e sua volatilidade, além da morosidade dos trâmites judiciais torna o nosso sistema jurídico pouco atrativo para investimentos de longo prazo.

A possibilidade de melhor direcionar o patrimônio com solidez e sustentabilidade, através de instrumentos mais dinâmicos, que retratem com clareza e segurança a vontade das partes, é o norte que está sendo trilhado no século XXI.

- Referências:

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

NEVARES, Ana Luiza Maia *et* MEIRELES, Rose Melo Vencelau ; organização Gustavo Tepedino. *Direito das Sucessões*- Rio de Janeiro: Forense, 2020.

OLIVA, Milena Donato. Trust, in, TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord.). *Arquitetura do Planejamento Sucessório*, 2ª ed. , Belo Horizonte: Fórum, 2019, pp. 529 – 545. VARGAS, Daniela T. Patrimônio Internacional e Sucessões: Perspectiva do Direito Brasileiro; in, TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord.). *Arquitetura do Planejamento Sucessório*, 2ª ed. , Belo Horizonte: Fórum, 2019, pp. 111-135.

Notas:

[1] Advogada, Mestre em Direito da Cidade (UERJ), Doutora em Direito Civil (UERJ), Professora Titular de Direito Civil do IBMEC, Professora Associada de Direito Civil da UERJ e UNIRIO, Professora Adjunta de Direito Civil da FAA, Professora dos programas de pós-graduação do Instituto Nêmesis, ENOREG e UVA, membro da CDOS da OAB/RJ.

[2] O Código Civil elenca nos artigos 79 à 81 os bens considerados imóveis além dos de raiz. Assim, ao tratar do tema com foco nos imóveis, amplia-se a análise para todos os bens que são considerados como tal pela legislação brasileira.

[3] O art. 549, CC veda as doações que ultrapassem a legítima, devendo, no inventário ou abertura do testamento, ocorrer a reposição financeira ou redução (art. 1.967, CC) da disposição para alcance do equilíbrio terminado por lei.

[4] Sob o aspecto tributário, as movimentações de compras e vendas realizadas por estes fundos internamente, possuem diferimento tributário. Isto é, o capital será rentabilizado sem pagar imposto de renda até que o cotista realize saques (amortize) suas cotas.

[5] A vantagem de uma previdência e um seguro é o fato de não entrar em inventário. Portanto, o valor chega facilmente aos herdeiros. Assim podem utilizar essa liquidez imediata para o desembaraço do inventário ou para qualquer outro fim.

[6] “A hipótese é de nulidade absoluta virtual, situada na segunda parte do art. 166, inc. VII, da própria codificação privada vigente, uma vez que a lei proíbe a prática do ato sem cominar sanção” (HIRONAKA *et* TARTUCE, 2019: 96). Nesse sentido, entendimento do STJ, no Resp 1.341.825-SC. <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/466493684/recurso-especial-resp-1341825-sc-2012-0184431-5/decisao-monocratica-466493694?ref=serp>, acesso em 27/07/20, às 18:35hs.

[7] “Apesar dessas múltiplas opções, não se pode negar que, nos últimos anos, o planejamento sucessório tem sido utilizado com o intuito de praticar fraudes, buscando, muitas vezes, a malfadada “blindagem patrimonial”, especialmente de devedores contumazes.” (HIRONAKA *et* TARTUCE, 2019: 89)

[8] Ver art. 7º, CC, presunção de morte sem declaração prévia de ausência, e art. 22 e seguintes, CC, tratando do instituto da ausência, que tem por efeito a morte presumida.

[9] A renúncia (art. 1.808, CC) implica na impossibilidade de suceder, mas, por ser um ato de vontade próprio daquele que não deseja suceder ao morto, tecnicamente, não é considerada exclusão à sucessão. A lei elenca as situações em que o herdeiro poderá declarar a ilegitimidade sucessória de outro sucessor e seus efeitos (art. 1.814 à 1.818, CC), sendo tais circunstâncias formas de exclusão à sucessão. Resta ainda, como forma de exclusão à sucessão, a deserdação (art. 1.961 à 1.965, CC), que será ato do sucessível em testamento, com justificativa expressa. Observe-se que no testamento, o testador poderá reabilitar aquele que poderia estar sujeito à exclusão da sucessão, conforme art. 1.818, parágrafo único, CC.

[10] Art. 1.845, CC elenca o rol taxativo dos herdeiros necessários. Decisão do STF, de 2017, concluiu pela equiparação entre cônjuge e companheiro para fins de sucessão, inclusive em uniões homoafetivas, declarando a inconstitucionalidade do art. 1.790, CC. A decisão foi proferida no julgamento dos Recursos Extraordinários (REs) 646721 e 878694, ambos com repercussão geral reconhecida.

[11] Foi a Lei Feliciano Pena (Decreto nº 1.839, de 1907) que reduziu, no Brasil, a proteção da legítima de dois terços, como era no Direito Romano e nas Ordenações do Reino, para metade dos bens do falecido (HIRONAKA *et* TARTUCE, 2019: 92).

[12] “Quanto à legítima dos herdeiros necessários, fixada em cinquenta por cento dos bens da herança em favor dos descendentes, ascendentes, o cônjuge e companheiro, é evidente a necessidade de sua revisão, com maior flexibilização de sua disciplina, para atender à crescente emancipação da mulher na família, as famílias recompostas em virtude dos divórcios cada vez mais recorrentes, à maior longevidade presente na sociedade, bem como à maior atenção aos sucessores vulneráveis na família. No entanto, dita flexibilização só será possível *de lege ferenda*, não havendo espaço para interpretar a lei no sentido de uma mitigação da reserva dos herdeiros necessários, pelo seu caráter cogente.” (NEVARES *et* MEIRELES, 2020: 280).

[13] o verbo *to hold* significa segurar, manter, controlar, guardar.

[14] Com o devido respeito, como têm sido estabelecidos no Brasil, tais negócios jurídicos podem ser tidos como nulos de pleno direito. Se são muitos, como consta do texto transcrito, então há uma realidade jurídica e social em que a nulidade absoluta acabou por ser propagada de maneira continuada em nosso país, sob o manto do planejamento sucessório. Se há uma sociedade – que tem natureza contratual –, instituída com o objetivo de administrar os bens de alguém ou de uma família e de dividir esses mesmos bens em caso de falecimento, a afronta ao art. 426 do Código Civil parece-nos clara. Esse argumento independe da existência de fraude ou simulação na constituição da sociedade, o que pode ensejar a invalidade ou ineficácia por outros argumentos, a depender do vício presente no ato. No caso da fraude à lei, da presença do citado negócio jurídico indireto ilícito, o fundamento da nulidade está no art. 166, inc. VI, do Código Civil. Quanto à simulação, o art. 167 da própria codificação material estabelece a invalidade, por nulidade textual.³² E não se olvide, conforme o Enunciado nº 152, aprovado na III Jornada de Direito Civil, que toda simulação, inclusive a inocente, é invalidante. No campo prático, a própria jurisprudência superior já reconheceu a viabilidade de debater o vício da simulação no caso de instituição de uma holding. (HIRONAKA *et* TARTUCE, 2019: 106)

[15] O instituto remonta ao Direito inglês (OLIVA, 2019:529)

[16] Embora a lei aplicável à sucessão de bens imóveis seja a do país onde estão localizados (art. 10,§1º, do Decreto nº 4657/1942-LINDB) e o direito brasileiro pode reconhecer o *Trust* como uma forma de testamento particular.