

O Uso do testamento como ferramenta de Planejamento Sucessório

Jamil Andraus Hanna Bannura¹

Introdução. I.Planejamento Sucessório sobre a legítima. A.Inclusões. B.Exclusões. C.Restrições. II.Planejamento Sucessório sobre a parte disponível. A.Inclusões. B.Restrições. Conclusão².

Introdução

É o objeto do presente trabalho comprovar que o planejamento é essencial para quem deseja a realização de sua vontade após sua morte, e comprovar que o testamento é a melhor forma de realização do planejamento sucessório, em especial pelas suas inúmeras possibilidades e efeitos.

Parte-se do pressuposto teórico de que a sucessão legítima não atende mais a vontade geral do homem médio, razão pela qual necessita de intervenção direta do interessado, que pode-se valer do testamento como ferramenta de precisão para o mais seguro planejamento sucessório, fixando a sua forma particular de interpretar o Código e determinar a partilha conforme seu desejo.

Se é certo que na antiga Roma não se admitia alguém morrer sem ter deixado testamento, o que significava morrer sem tradição, sem o culto à sucessão; atualmente o testamento deixou de ser instrumento obrigatório, passando a ser utilizando esporadicamente e para finalidades específicas, basicamente patrimoniais, razão pela qual o próprio conceito de testamento do Código de 1916 não nominava a função extrapatrimonial.

Mesmo em sua função mais tradicional, a patrimonial, pode-se dizer que é raro o uso do testamento. A não utilização decorre de vários fatores. O primeiro, e mais expressivo, é justamente a constatação lógica de que a legislação moderna experimentou uma aproximação nítida e eficaz da vontade da maior parte das pessoas ao construir a ordem de vocação hereditária positivada. No momento em que a própria legislação adota uma ordem de vocação hereditária que satisfaz

¹ Professor de Direito de Família e Sucessões da Universidade Federal do Rio Grande do Sul nos cursos de graduação e pós-graduação *lato sensu*, Advogado em Porto Alegre, jamilbannura@hotmail.com. Palestra proferida no VI Congresso Brasileiro de Direito de Família do IBDFAM, MG, 2007.

² ALMEIDA, José Luiz Gavião de. Código Civil Comentado, Direito das Sucessões, Sucessão em Geral, Sucessão Legítima. Volume XVIII, Coord. Álvaro Villaça Azevedo. Ed. Atlas, 2004. AMORIM, Sebastião Luiz. Código Civil Comentado, Direito das Sucessões, Sucessão Testamentária. Volume XIX, Coord. Álvaro Villaça Azevedo. Ed. Atlas, 2004. AMORIM, Sebastião, OLIVEIRA, Euclides de. Inventários e Partilhas. Livraria e Editora Universitária de Direito. 15ª. Edição. 2003. CAHALI, Francisco José, HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Curso Avançado de Direito Civil. Direito das Sucessões. Volume 6. Ed. RT. 2ª. Ed., 2003. CAHALI, Francisco José, HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das Sucessões. 3ª Ed. RT, 2007. DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito das Sucessões. Volume 6, Ed. Saraiva. 2002. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, PEREIRA, Rodrigo da Cunha[Coord]. Direito das Sucessões e o Novo Código Civil. Ed. Del Rey e IBDFAM. 2004. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Comentários ao Código Civil. Parte Especial. Do Direito das Sucessões. Da Sucessão em geral; Da Sucessão Legítima. Volume 20, Coord. Antônio Junqueira de Azevedo. Ed. Saraiva. 2003. LEITE, Eduardo de Oliveira. Comentários ao Novo Código Civil, Volume XXI, Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Ed. Forense, 2003. MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. Direito das Sucessões. [atualizado por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto]. Vol. 6, Ed. Saraiva. 2003. Revista Brasileira de Direito de Família, Ed. Síntese e IBDFAM. Vol. 29. Abr-Mai/2005. RIZZARDO, Arnaldo. Direito das Sucessões. 2ª Ed. Ed. Forense. 2005. RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil. Direito das Sucessões. [atualizado por Zeno Veloso]. Volume 7. Ed. Saraiva, 2002. VELOSO, Zeno. Comentários ao Código Civil. Parte Especial. Do Direito das Sucessões. Da Sucessão Testamentária; Do Inventário e da Partilha. Volume 21, Coord. Antônio Junqueira de Azevedo. Ed. Saraiva. 2003.

plenamente o desejo póstumo não há porque promover um testamento no mesmo sentido, restando o desuso natural.

O segundo fator, ligado essencialmente à desconstrução social, é a pobreza cada vez maior da classe média, sua extinção com a ausência de patrimônio e o desinteresse conseqüente na fixação sucessória. Quem nada tem, não tem o que deixar.

Outros fatores igualmente contribuem para o não uso do testamento, entre eles podemos citar a falta de conhecimento das múltiplas possibilidades de seu uso, o custo, a formalidade, a necessidade de inúmeras testemunhas, como determinava o sistema anterior, e até mesmo a superstição da população, de um modo geral, de não pensar na morte como fato, relegando o uso do testamento apenas aos mais idosos, conscientes do curso inegável da vida.

Com a inauguração do novo sistema codificado e a alteração substancial na ordem de vocação hereditária, perdeu-se a primeira razão de não se fazer testamento, na medida em que a sucessão legítima não atende mais a vontade substancial da população, isto nas situações em que é possível definir claramente a intenção sucessória do legislador.

A verdade é que além de não atender a vontade social, o sistema sucessório positivado passou a criar regras obscuras e duvidosas em quase todos os seus capítulos, em especial no que se refere à concorrência sucessória. Diversas situações não foram previstas, e outras optaram pela pior alternativa legislativa possível, como por exemplo, a verificação da culpa do defunto para garantir o direito sucessório ao cônjuge separado há mais de dois anos, ou mesmo a possibilidade de concorrência do companheiro com colaterais.

Com isso, a legislação criou vários reclamos diante da ausência de sintonia entre a vontade natural da família e a designação sucessória legítima. Não se olvide que o princípio da saisine impede que a simples alteração legislativa resolva todas as sucessões abertas no período de vigência do novo Código Civil, ainda que aprovada qualquer alteração, que se sabe demorada³.

Portanto a preocupação existe, e a alternativa imediata e plenamente eficaz é o uso do testamento, como a melhor das ferramentas de planejamento sucessório, esquivando-se das injustiças e distorções impostas pela codificação tardia.

O testamento permite a diminuição da quota hereditária necessária, a inclusão de herdeiros pretendidos, a declaração com o reconhecimento da existência de eventual união estável, inclusive homoafetiva, a declaração da natureza comum ou exclusiva de determinado bem, a inserção de cláusulas restritivas sobre a legítima, cláusulas condicionais sobre a parte disponível, a dispensa da colação de bens doados em vida aos descendentes, e ainda, a inclusão ou exclusão de determinados bens no pagamento da quota hereditária com a fixação do modo de partilha, entre outras hipóteses que serão examinadas.

Por outro lado, o testamento, enquanto ato jurídico com eficácia *post mortem*, recebeu na legislação codificada sensíveis melhorias do ponto de vista formal, em especial, a redução do número de testemunhas, ainda que se tenha perdido a oportunidade de incluir formas testamentárias mais adequadas aos recursos tecnológicos utilizados correntemente.

³ Vide Projeto de Lei 508/2007 apresentado pelo IBDFAM .

O custo de sua elaboração também não é significativo em comparação à qualidade de seus efeitos, mesmo porque o testamento particular não tem custo algum, embora sempre se recomende o testamento público como forma mais segura de dispor sobre atos de última vontade.

Tais questões indicam o testamento como melhor ferramenta no planejamento sucessório.

Para o exame, dividimos o tema em duas grandes partes. A primeira tratará do planejamento sucessório sobre a legítima, indicando formas de inclusões, exclusões e restrições sobre bens e herdeiros, e a segunda parte tratará do planejamento sucessório sobre a parte disponível, analisando as inclusões e restrições no uso de tal parcela patrimonial.

I. PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO SOBRE A LEGÍTIMA

A. Inclusões

As inclusões identificam o uso do testamento como meio de garantir a participação hereditária de pessoas que normalmente não participariam da legítima ou dependeriam de outra demanda judicial para obter reconhecimento que pode ser outorgado pelo próprio testador.

A primeira forma, mais importante, é o direito/dever de reconhecimento de filhos através da cédula testamentária, em qualquer de suas modalidades, declaração que excepciona a característica de revogabilidade própria dos testamentos. O desejo de estabelecer a filiação sócio-afetiva também poderá ser declarada em testamento, facilitando a vida processual do filho.

Além de reconhecer como filho pessoa viva, o testamento permite ser utilizado para autorizar a realização da fecundação artificial *post mortem*, ou mesmo a gestação de embriões excedentários, produzindo os mesmos efeitos da autorização em vida e garantindo, ao futuro filho, o reconhecimento inquestionável da paternidade, na nova leitura do artigo 1.597, incisos III e IV do Código Civil⁴.

A terceira, é a possibilidade de se declarar à existência de união estável com seu consorte, facilitando o direito do sobrevivente à meação e herança, além dos demais direitos decorrentes nos campos previdenciário e de família. A declaração de união estável servirá não somente para reconhecer sua existência como também para declarar seu termo inicial, fundamental na definição do patrimônio adquirido onerosamente na vigência da união e suas consequências no direito sucessório.

Além disso, o companheiro enfrenta dificuldades na interpretação do código, especialmente na situação em que o falecido deixou apenas bens exclusivos e não possui outros parentes. Duas são as interpretações possíveis. A primeira, literal, resultaria na herança jacente, direcionada ao Estado, considerando o caput do artigo 1.790 que limita o direito do companheiro sobrevivente aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. A segunda interpretação utiliza-se do

⁴ Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: (...) III. Havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido. IV. Havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga. (...).

artigo 1.844 do Código Civil⁵ para afirmar que a herança somente ficará com o Estado na ausência de companheiro.

Como a idéia do planejamento sucessório é justamente garantir a realização da vontade do testador, a melhor alternativa é utilizar-se do testamento para deixar claro que toda a herança será direcionada ao companheiro, fugindo do risco da interpretação imprevisível e do desamparo decorrente.

De igual forma é possível ao testador determinar quais os bens que devem compor o pagamento do quinhão de cada herdeiro, definindo ele próprio a partilha que prevalecerá sobre a vontade de qualquer outro, como assegura o artigo 2.014 do Código Civil⁶. Nesta hipótese o testador, possuindo bens suficientes para pagar todos os quinhões igualmente, poderá, v.g. definir a sucessão de empresa de sua propriedade nas mãos de apenas um dos filhos, exercendo sua vontade pessoal e evitando disputas desnecessárias.

Poderá fazê-lo sobre todos os bens, determinando assim, todos os quinhões dos herdeiros⁷, ou poderá exercer tal tarefa apenas sobre um dos quinhões, deixando que a partilha dos demais seja feita judicialmente. Ainda poderá determinar a partilha sobre um bem específico e não sobre todo o acervo, fixando a forma de divisão, ou destinando integralmente o bem a um único herdeiro, como no exemplo acima.

Outra utilidade possível é o perdão ao indigno, situação que irá repor sua condição de herdeiro, que poderia ser negada em ação intentada pelos demais interessados, modificando substancialmente a divisão hereditária e planejando o modo de sua sucessão.

B. Exclusões

Assim como é perfeitamente possível construir a divisão sucessória com pessoas que não seriam consideradas herdeiras não fosse a intervenção testamentária, igualmente é factível a exclusão de herdeiros legítimos, não necessários, da sucessão ou mesmo de bens no pagamento do quinhão.

A primeira hipótese reside na situação repetida de exclusão dos colaterais e/ou do Estado na participação hereditária, dispondo o testador de todo o seu patrimônio em favor de outrem, sem nenhuma exigência de quota necessária.

Ao não desejar a participação de colaterais, todos ou apenas alguns, ou evitar que seu patrimônio amealhado com seu trabalho e suor seja fonte de enriquecimento ilícito na republiqueta, ou na melhor das hipóteses, sirva de moeda na incompetência do executivo, estará, o testador, igualmente, atribuindo à outra pessoa qualidade de herdeiro ou legatário que não possuía, interferindo novamente no procedimento sucessório e no valor dos pagamentos.

⁵ Art. 1.844. Não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado a herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal.

⁶ Art. 2.014. Pode o testador indicar os bens e valores que devem compor os quinhões hereditários, deliberando ele próprio a partilha, que prevalecerá, salvo se o valor dos bens não corresponder às quotas estabelecidas.

⁷ Do ponto de vista prático, não se aconselha o uso do artigo 2.014 para determinar o pagamento integral de todos os quinhões hereditários, na medida em que será quase impossível ao testador coincidir o valor atribuído pela estimativa fiscal com o seu próprio, o que resultará na ineficácia da disposição, já que os bens são avaliados no curso do inventário pelo valor da época, e não sobre o valor do momento da feitura da cédula, em razão do disposto na Súmula 113 do STF (O imposto de transmissão "causa mortis" é calculado sobre o valor dos bens na data da avaliação). Assim, o ideal é utilizar tal previsão apenas sobre alguns bens ou somente sobre um quinhão.

O mesmo raciocínio pode ser repetido na previsão do artigo 2.014 do Código, antes mencionado, justamente porque ao se definir os bens que compõe o quinhão de determinado herdeiro se estará retirando de outro àquele bem escolhido, excluindo, portanto, bem do quinhão hereditário. Importa lembrar que tal hipótese não se utiliza da parte disponível da herança, mas apenas define, antecipadamente, a forma de divisão do acervo entre os herdeiros legítimos qualificados, podendo ser utilizado para incluir ou excluir bens no pagamento do quinhão.

C. Restrições

Além das hipóteses de inclusão e exclusão de pessoas e bens na divisão patrimonial, também se autoriza ao testador a imposição de restrições que interfiram diretamente na sucessão, alterando o rumo natural da sucessão legítima e realizando sua vontade extrema.

Ao se permitir⁸ que o cônjuge⁹ separado de fato há mais de dois anos de seu consorte, participe da sucessão do outro desde que prove sua inocência na separação e, conseqüentemente, a culpa do outro¹⁰, criou-se a necessidade de impedir que o sobrevivente habilite-se na sucessão aduzindo razões falsas que nenhum herdeiro tenha condições de contestar ou comprovar; tarefa que somente pode ser resolvida pelo acautelamento prévio do testador, através da declaração, na cédula, das razões da separação e modo de comprovação, facilitando a batalha judicial dos herdeiros, ao mesmo tempo em que garante a estes o quinhão devido.

O Código atual manteve a possibilidade de inserção de cláusulas restritivas sobre a legítima dos herdeiros necessários, condicionando sua eficácia à existência de justificativa razoável. Assim, é possível restringir o uso da herança através das cláusulas de inalienabilidade, que importam, salvo disposição em contrária, igualmente a incomunicabilidade e a impenhorabilidade, ou apenas estas isoladamente; ou mesmo através da cláusula de administração, que atribui, a pessoa escolhida pelo testador, a administração de bens deixados em favor de menor ou incapaz.

A cláusula de administração revela poder superior ao poder familiar, na medida em que afasta inclusive o pai ou mãe – representantes naturais do menor – da administração do patrimônio do filho herdeiro, atribuindo ao administrador nomeado pelo testador, o direito/dever de administrar tais bens, em que pese não tenha, como os pais, nenhum direito de usufruto sobre os bens, apenas remuneração, fixada pelo Juiz, pelo trabalho desempenhado.

A idéia de se utilizar do testamento como forma de impedir conflitos desnecessários entre os sobreviventes, meeiro e herdeiros, parece a forma mais adequada de utilização da cédula. Nesse sentido também é viável utilizar-se do testamento para declarar a natureza dos bens que compõe o espólio, especialmente quando se vive em união estável ou casado no regime da comunhão parcial de bens, justamente diante das previsões dos artigos 1.790, caput¹¹, e artigo 1.829,

⁸ Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de 2 (dois) anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

⁹ Leia-se 'ex-cônjuge'.

¹⁰ Previsão legislativa lamentável que revive a discussão da culpa negada pela doutrina e jurisprudência dominantes.

¹¹ Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

inciso I¹², ambos do Código Civil. Com tal intenção, é perfeitamente possível reconhecer na cédula quais os bens que foram adquiridos onerosamente na vigência da união estável, ainda que em nome de apenas um dos conviventes, assim como declarar a existência de bens exclusivos no regime da comunhão parcial, ou mesmo, a sub-rogação de bens adquiridos durante o casamento, mas provenientes de bens exclusivos, facilitando a divisão patrimonial necessária para verificação do direito hereditário do companheiro ou do cônjuge sobrevivente em cada uma das hipóteses previstas expressamente.

Com a intenção de igualar as legítimas, a legislação brasileira¹³ exige que todas as doações feitas aos descendentes sejam colacionadas pelos herdeiros, sob pena de sonegados. Entretanto, por diversas vezes, os pais doam quantias consideráveis em favor dos filhos sem deixar nenhum registro a respeito, como p. ex., quando os pais compram um imóvel diretamente no nome do filho, impedindo, pelo transcurso do tempo, que a origem seja resgatada, especialmente quando o filho consegue trocar o bem por outro em época que possa comprovar renda própria, evitando, assim, a colação do bem.

Através do testamento, os pais podem declarar a existência de doações desconhecidas¹⁴ em favor dos filhos, indicando quais os bens, valores da época, ou mesmo a área construída, quando for imóvel e quiserem evitar a confusão com benfeitorias de acréscimo posteriores. Também poderão indicar o modo de comprovação, como o cheque utilizado no pagamento e origem dos recursos, interferindo na sucessão e garantindo a colação de tais bens no cálculo dos quinhões da parte disponível.

Como se observa, mesmo sobre a parte disponível, o uso é extremamente proveitoso no planejamento da sucessão, definindo-se, claramente, quais os herdeiros que devem participar, quais os que não devem, o que cada um irá receber e de que forma e com quais restrições. De igual modo, e com mais liberdade, é possível planejar sobre a parte disponível, como se verá a seguir.

II. PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO SOBRE A PARTE DISPONÍVEL

A. Inclusões

O modo mais clássico de inclusão sobre a parte disponível é a nomeação de herdeiros testamentários ou legatários, atribuindo tal qualidade a quem não detém vínculo de casamento, união estável ou parentesco. Salvo as hipóteses contidas no artigo 1.801¹⁵ do Código Civil, o testador tem liberdade para testar em favor de quem escolher, pessoa física ou jurídica, já concebida/constituída, ou mesmo prole eventual ou pessoa jurídica futura na forma de fundação.

¹² Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I. aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (...); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

¹³ Art. 2.002. Os descendentes que concorrerem à sucessão do ascendente comum são obrigados, para igualar as legítimas, a conferir o valor das doações que dele em vida receberam, sob pena de sonegação.

¹⁴ Muitas vezes os próprios pais não têm interesse que os demais filhos saibam em vida, sobre a doação realizada, justamente para evitar que tenham que doar o mesmo a todos, ou para evitar ressentimentos, sendo comum a ocultação, mas sempre com o interesse que tais valores sejam compensados quando da sucessão.

¹⁵ Art. 1.801. Não podem ser nomeados herdeiros nem legatários: I.a pessoa que, a rogo, escreveu o testamento, nem o seu cônjuge ou companheiro, ou os seus ascendentes e irmãos; II.as testemunhas do testamento; III.(o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de 5 (cinco) anos); IV.o tabelião, civil ou militar, ou o comandante ou escrivão, perante quem se fizer, assim como o que fizer ou aprovar o testamento.

Vale a pena destacar a esdrúxula hipótese contida no inciso III do referido artigo que, obviamente, não pode ser aplicado literalmente, na medida em que busca fundamento na culpa e no tempo de separação de fato, além de trazer contradição explícita com o disposto no artigo 1.723, §1º¹⁶, do Código Civil, posto que se a pessoa casada estiver separada de fato, ainda que em período muito inferior a cinco anos, sua nova relação não será concubinária, mas de legítima união estável.

Extraíndo interpretação teleológica e sistemática, pode-se chegar à conclusão de que o legislador desejava considerar incapaz para receber por testamento o parceiro da relação adúltera, e não o companheiro como tratou na hipótese, isto sem mencionar o inútil artigo 1.803 do mesmo código. E mais, lembre-se que a capacidade para receber por testamento é verificada no momento da abertura da sucessão¹⁷, portanto para se concretizar a ressalva do inciso III, do artigo 1.801 referido, a qualidade de adúltera da relação deverá se manter até a morte do testador.

Portanto, ressalvadas as situações devidamente interpretadas, é lícito ao testador nomear quem desejar para a condição de herdeiro ou legatário, diminuindo, por consequência, a porção dos herdeiros necessários e distribuindo seu patrimônio da forma planejada.

Entre os legados instituídos destaque para o legado de alimentos, considerando que é o único estabelecido em prestações periódicas, e não a simples entrega de um bem ou parte de um bem específico, como ocorre nas demais formas de legados. A intenção é permitir que o testador, mesmo após a sua morte, utilize seu patrimônio e a renda dele para garantir a sobrevivência de um ente querido, interferindo diretamente na vida das pessoas.

Outra forma de alterar a divisão sucessória é dispensar da colação os bens doados aos descendentes, o que pode ser feito a qualquer momento¹⁸, mesmo após a doação ter sido concretizada, observado, logicamente, que a dispensa deve recair sobre a porção disponível do testador, como trata o presente capítulo.

Se houver dispensa que exceda a porção disponível, seu limite será temporal, ou seja, a redução será feita a partir da última, até a eliminação do excesso¹⁹, na dicção do §4º, do artigo 2.007, do Código Civil. Anote-se que a solução legislativa para reduzir as colações outorgadas é diversa daquela estabelecida como regra geral para a redução do excesso da parte disponível deixada em testamento, neste último caso, a redução será proporcional entre todos os herdeiros testamentários, e depois entre todos os legatários, salvo disposição em contrário do testador.

B. Restrições

A primeira restrição decorre da possibilidade de inclusão de outras pessoas na linha sucessória, além dos legítimos, o que resulta, obviamente, na redução da quota dos herdeiros, com possibilidade inclusive de sua extinção, caso não sejam herdeiros necessários.

¹⁶ Art. 1.723. (...) §1º - A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI (VI – as pessoas casadas) no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

¹⁷ Art. 1.787. Regula a sucessão e a legitimação para suceder a lei vigente ao tempo da abertura daquela.

¹⁸ Art. 2.006. A dispensa da colação pode ser outorgada pelo doador em testamento, ou no próprio título de liberalidade.

¹⁹ Art. 2.007. (...) §4º - Sendo várias as doações a herdeiros necessários, feitas em diferentes datas, serão elas reduzidas a partir da última, até a eliminação do excesso.

Além disso é possível também instituir, desde que comporte a parte disponível, direito real de habitação em favor do companheiro sobrevivente, evitando a discussão judicial sobre o tema ainda não pacificado. Para se deixar expressa a vontade do testador, basta condicionar que tal direito real sobre coisa alheia é alcançado ao companheiro caso o judiciário não o reconheça como legítimo, garantia preservada, ao menos, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul²⁰.

Sobre a parte disponível maior liberdade possui o testador para inserir cláusulas restritivas, com duas diferenças importantes, já que não há necessidade de justificar a razão do ônus, que permanece na liberalidade do testador, assim como faz o doador²¹, além de ser permitida a cláusula de sub-rogação sobre a parte disponível, o que é vedado na legítima.

Por fim, não há maior tormento na sucessão testamentária atual que as múltiplas interpretações possíveis das disposições contidas na vocação hereditária e as omissões imperdoáveis no trato de hipóteses vivenciadas diariamente em nossa sociedade, gerando insegurança que merece reparo. Justamente porque as maiores cortes do Judiciário ainda não se posicionaram de forma pacífica sobre os diversos problemas enfrentados, é que se torna imprescindível o planejamento sucessório para quem deseja realizar com segurança sua sucessão.

E não são apenas as omissões e obscuridades que trazem preocupação; a falta de integração do novo texto legal²² com a vontade social exigem o planejamento como meio de alterar a intenção do legislador e fazer valer a vontade real do testador. Analisaremos, entretanto, apenas as omissões e obscuridades mais importantes que necessitam intervenção.

²⁰ Embargos Infringentes no. 70016945404 RELATOR: Luiz Felipe Brasil Santos
EMENTA: EMBARGOS INFRINGENTES. UNIÃO ESTÁVEL. COMPANHEIRO FALECIDO. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. PROPRIEDADE DO IMÓVEL QUE SERVIU DE RESIDÊNCIA AOS COMPANHEIROS NÃO CONTROVERTIDA. Em que pese a ausência de documentação indicando a titularidade do imóvel que serviu de residência aos conviventes, o demandado, filho e único herdeiro do falecido, durante todo o tramitar do processo afirma que o imóvel pertencia ao seu pai. EMBARGOS INFRINGENTES PROVIDOS. POR MAIORIA. (SEGREGO DE JUSTIÇA) (Embargos Infringentes Nº 70016945404, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 10/11/2006) Tribunal de Justiça do RS.

Embargos Infringentes no. 70013602834 REDATOR PARA ACORDÃO: José Ataídes Siqueira Trindade
EMENTA: EMBARGOS INFRINGENTES. UNIÃO ESTÁVEL. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. O parágrafo único do art. 7º, da Lei nº 9.278/96 assegura à companheira sobrevivente da relação estável o direito real de habitação no imóvel em que residia com o falecido, dispensando a investigação da situação de necessidade ou de assistencialidade, ficando porém, em obediência aos limites do voto vencido, condicionado até o momento em que se realize a partilha e ela ingresse na posse plena do quinhão que lhe couber. EMBARGOS INFRINGENTES, CONHECIDOS EM PARTE, À UNANIMIDADE. E NESTA PARTE, POR MAIORIA, OS ACOLHERAM, VENCIDO O RELATOR. (SEGREGO DE JUSTIÇA) (Embargos Infringentes Nº 70013602834, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator Vencido: Claudir Fidelis Faccenda, Redator para Acórdão: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 14/07/2006) Quarto Grupo de Câmaras Cíveis.

²¹ Observe-se que, ao contrário da forma como trata a academia e o novo código, a natureza jurídica do direito das sucessões está intimamente ligado ao direito obrigacional e não ao direito de família, cujas relações não ultrapassam os institutos do parentesco, casamento e regime de bens, sempre sob a ótica apenas do direito patrimonial, daí porque o próprio testamento é sempre equiparado à doação, diferenciando apenas pelo termo inicial de sua eficácia; enquanto a doação pode produzir efeitos imediatamente, o testamento fica condicionado à morte do testador.

²² O que ocorre já de início com a fixação da ordem de vocação hereditária e o estabelecimento de concorrência do cônjuge e do companheiro com os demais herdeiros, novidade legislativa que não encontra nenhuma necessidade social, bastaria o legislador ter alterado a ordem de vocação, passando o cônjuge e o companheiro, em igualdade de condições, à frente dos ascendentes, ficando nesta ordem: 1º descendentes, 2º cônjuge ou companheiro (quem estiver vivendo com o falecido na época de sua morte), 3º descendentes, 4º colaterais, sem nenhuma espécie de concorrência entre as classes. Igualmente não se verifica integração social do novo texto legislativo quando exige condicionamento do regime de bens para verificação do direito hereditário do cônjuge, ou quando exige a verificação da culpa para garantir direito sucessório ao cônjuge já separado de fato. Isto sem mencionar a pior de todas as discriminações sucessórias praticadas pelo código ao tratar diferentemente o cônjuge do companheiro, duas realidades idênticas e que não encontram nenhuma distinção no trato social, logo, não poderiam ter sido tratadas como institutos jurídicos distintos.

A ausência de previsão expressa a respeito do direito real de habitação em favor do companheiro sobrevivente, tema já abordado, é um dos muitos problemas enfrentados, mas que permitem solução testamentária, como já preconizado anteriormente.

Também é possível solucionar, através de testamento e com o uso da parte disponível, as dificuldades enfrentadas com a filiação híbrida, tanto na hipótese de casamento como de união estável, bastando para isso que o testador determine que sua parte disponível sirva para igualar as legítimas de todos os descendentes em comparação, ou não, com o quinhão atribuído ao companheiro/cônjuge, condicionando o recebimento da herança à interpretação atribuída pelo Judiciário ao caso concreto.

Utilizando-se da parte disponível é possível resolver também a dificuldade enfrentada quando o falecido, separado apenas de fato de seu cônjuge²³, vivia em união estável à época de sua morte. Em tal situação qual dos dois, cônjuge ou companheiro, seria considerado herdeiro? Como a legislação não prevê tal caso, a alternativa mais segura daquele que pretende garantir o direito de herança ao companheiro sobrevivente é atribuir a parte disponível a seu favor, condicionando o recebimento à interpretação judicial, ou seja, caso o Judiciário reconheça algum direito em favor do cônjuge separado de fato²⁴, tal quinhão será reduzido ao limite mínimo, com o uso da parte disponível em favor de quem realmente o falecido desejava beneficiar.

Anotem-se as dificuldades imensas de se fazer, de forma justa, a sucessão de pessoa que vivia em relação homoafetiva, pela dupla omissão, tanto no direito de família como no direito sucessório. Se o trato da relação deve ser o mesmo da união estável²⁵, igualmente deveria ser assegurado o direito sucessório. De qualquer modo, o planejamento sucessório no uso da porção disponível poderá evitar o litígio entre o sobrevivente e os pais do falecido, que costumam aparecer exatamente nessa hora.

Embora o Código tenha inovado ao garantir o reconhecimento da paternidade sobre a prole decorrente de inseminação artificial homóloga ou embriões excedentários, ainda que falecido o marido, não estabeleceu ligação com a regra sucessória, omitindo-se quanto ao direito do futuro filho que não estará sequer concebido à época da morte, impedindo a transferência patrimonial com base no direito de saisine. Se o desejo do testador é também garantir ao futuro filho o quinhão devido, poderá, através do testamento, fazer tal previsão, evitando a insegurança decorrente da omissão.

Outro problema que assusta os operadores do direito é o condicionamento do direito hereditário do cônjuge casado sob o regime da comunhão parcial à existência ou não de bens exclusivos, isto porque duas interpretações são perfeitamente possíveis. A primeira, literal, permite que se afirme o direito de herança do cônjuge sobre todo o patrimônio, comum e exclusivo, já que ausente qualquer ressalva no dispositivo questionado, razão pela qual não seria permitido criar restrição ao direito hereditário do cônjuge através de analogia ou qualquer outra ferramenta de interpretação. Pode-se dizer, também, que se o legislador desejasse restringir o

²³ Até dois anos, ou superior a esse prazo com culpa do falecido, como prevê o artigo 1.830 do Código Civil.

²⁴ Com o que não se concorda em absoluto, posto que a separação de fato termina com a comunhão de vida, o que significa o verdadeiro fim do casamento.

²⁵ Leiam por todos nossa poetisa maior, Des. Maria Berenice Dias, União Homossexual, o preconceito e a justiça, Ed. Liv do Advogado.

direito hereditário do cônjuge teria dito expressamente, o que não fez. A segunda interpretação, teleológica, permite concluir que o direito hereditário do cônjuge casado sob regime de comunhão parcial de bens, incidiria apenas sobre o patrimônio exclusivo, já que sobre o patrimônio comum teria direito de meação, com fundamento na explicação de que o cônjuge terá direito de herança sempre que não houver meação.

Entretanto, esta última tese não se sustenta totalmente, embora seja a mais justa, haja vista que no regime da participação final nos aqüestos haverá compensação do patrimônio adquirido onerosamente²⁶, e haverá também direito de herança do mesmo cônjuge. De igual forma, o companheiro, no regime da comunhão parcial como regra, terá direito de meação e de herança sobre o mesmo patrimônio. Logo, não há falar em coerência no fundamento referido.

O que se tem, em suma, é um erro legislativo que se está tentando consertar com aplicação da alternativa mais justa, o que é elogiável e necessário, mas não afasta a insegurança jurídica decorrente das interpretações diferentes em nosso continente.

Justamente tal incerteza deve ser combatida através do planejamento sucessório, utilizando-se da parte disponível para favorecer o cônjuge, se essa for a última vontade do autor da herança, com a condicionante da interpretação jurisdicional, ou seja, caso o cônjuge seja beneficiado com herança incidente apenas sobre o patrimônio exclusivo, receberá, da parte disponível, o quinhão desejado, se esse for o desejo.

Prova da insegurança são as decisões que já existem a respeito da concorrência do companheiro com os colaterais. Não se pode, obviamente, censurar as interpretações literais, especialmente porque o texto é claro sobre o assunto, não necessitando de nenhum outro recurso adicional para sua aplicação imediata²⁷. Ocorre que existem decisões opostas²⁸, com fundamento na inconstitucionalidade do tratamento desigual, gerando a dúvida que motiva o planejamento.

Através do uso do testamento, o autor da herança pode estabelecer claramente com quem deixará seu patrimônio. Considerando que o companheiro também não é herdeiro necessário, a liberdade do testador é total, podendo escolher entre beneficiar os colaterais ou o companheiro com o patrimônio exclusivo, na proporção que achar mais conveniente segundo sua vontade, ou mesmo excluindo os colaterais, na aplicação que me parece mais justa.

CONCLUSÃO

O planejamento sucessório se inicia por uma decisão de cunho filosófico: O que vou fazer com o meu patrimônio? Posso resolver gastar todo o patrimônio em vida, projetando minha expectativa e fazendo uso do dinheiro para realizar meus sonhos, meus desejos materiais e viver de forma mais confortável o tempo que resta; ou posso também, desde já, doar meu patrimônio aos meus herdeiros, para que desfrutem antecipadamente, ou para evitar futuros litígios na partilha dos bens; reservando, ou não, o usufruto. A propósito do tema, seria interessante facilitar a

²⁶ O que na prática se assemelha à meação, dependendo da forma de constituição patrimonial.

²⁷ Como ocorreu no julgamento 70013996293 in www.tj.rs.gov.br

²⁸ Vide julgamentos 70015433758 e 70009524612 também no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (www.tj.rs.gov.br)

antecipação da herança, incentivando que o patrimônio seja adiantado aos herdeiros através de redução significativa nas alíquotas do imposto de transmissão.

É notória a diferença entre receber uma herança com 55 anos de idade ou receber a mesma herança com 25 anos, no início de uma carreira profissional, onde o patrimônio permitiria o investimento na carreira e a segurança necessária dos percalços iniciais. O jovem proprietário, por certo, terá interesse em manter em bom estado seu patrimônio ou fazer circular a riqueza, ganhando a sociedade como um todo, razão da intervenção do Estado na redução tributária.

Várias são as formas de planejamento sucessório, destacando-se a formação de *holdings* patrimoniais, que são sociedades em forma de S.A. ou LTDA, que tem por função participar do capital de outras sociedades para controlá-las, sem praticar atividade comercial ou industrial. Através da integralização do capital com os bens móveis ou imóveis é possível transferir a propriedade dos bens aos herdeiros em vida ou imediatamente após a morte; ou mesmo a utilização de *trust*, consistente na custódia e administração de bens por terceiros com transferência patrimonial em vida em favor do fiduciário. Uma espécie de fideicomisso, onde o fiduciário, proprietário do patrimônio, irá transferir a propriedade de tais bens com a morte do fideicomitente, executando o planejamento determinado por este.

Entretanto, de todas as formas, a mais simples e eficaz ainda é o testamento, que dispensa a ocultação patrimonial e as dificuldades inerentes às demais modalidades, sem mencionar o custo, permitindo que através de um único ato jurídico uma pessoa possa planejar por inteiro sua sucessão patrimonial, alterando também, como já foi visto, a própria destinação da legítima.

Entendo, assim, que todos nós devemos repensar o uso do testamento, permitindo que os bens materiais sirvam para garantir a segurança e qualidade de vida da família, e não como um fim em si. Se passamos praticamente toda a nossa vida trabalhando em troca do patrimônio, devemos saber utilizá-lo adequadamente, impedindo que se torne instrumento de conflito e divisão familiar, como vemos correntemente.

Através do testamento podemos sempre projetar a dúvida e prever a solução que nos pareça mais justa e adequada, estabelecendo não só o planejamento da nossa sucessão, mas também o da nossa própria vida.