



TESTAMENTO

BERNARDO JOSÉ DRUMOND GONÇALVES

SOBRE O AUTOR

Bernardo José Drumond Gonçalves é advogado, integrante de Homero Costa Advogados desde 2003 e atua nas áreas de Direito Empresarial, Civil (Família e Sucessões) e Comercial.

- Coordenador do Departamento Empresarial e dos Estagiários de Homero Costa Advogados;

- Mestrado (*strictu sensu*) em Direito nas Relações Econômicas e Sociais - Faculdade de Direito Milton Campos - 2017/2018;

- Atuação do Advogado em Procedimentos de Mediação - 2016 - Certificado pela OAB/MG e ICFML Brasil;

- Pós-Graduado, nível Lato Sensu, em Direito Processual - Pontifícia Universidade Católica/MG

- Instituto de Educação Continuada (IEC), 2007/2008;

- Bacharel em Direito, pela Faculdade de Direito Milton Campos, 2000/2006;

- Co-Autor do Livro Direito Processual e o Constitucionalismo Democrático Brasileiro. Coordenador: João Lima Castro. Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2009. p. ISBN 978-85-98185-15-6. Coletânea de artigos dos especialistas em Direito Processual pelo IEC/PUC Minas e de diversos Artigos Jurídicos.

Entenda o TESTAMENTO

"POR QUE FAZER?"

Autoria: Bernardo José Drumond Gonçalves

Todos os direitos reservados ao Autor
Copyright 2019

HOMERO COSTA
ADVOGADOS

OAB / MG 001



TESTAMENTO. POR QUE FAZER?

A oportunidade de designarmos os nossos “tesouros” é uma hipótese que deveríamos refletir e praticar. Nos Estados Unidos, estima-se que quase metade da população já o providenciou.

Pela generalidade das situações, os legisladores se limitaram a prever quem receberá a herança conforme critérios objetivos que indicam beneficiário e percentual. Diante disso, o testamento é uma ferramenta capaz de adequar a divisão em consonância com a vontade do Testador.

Importante lembrar que o direito sucessório é composto de inúmeras nuances, que desencadeiam discussões entre os limites da sucessão testamentária e os da legítima, vale dizer, aquela ditada pela lei em favor dos herdeiros, sobretudo no que diz respeito ao impacto da variação dos regimes de bens.

O que se pretende, assim, é destacar a relevância dessa faculdade de elaborar o testamento, contendo disposições de última vontade, contemplando ao menos parte do patrimônio em favor de pessoas ou percentuais diversos, conforme os interesses e afetos.

Por meio do testamento, também é possível fazer “justiça social”. Nada impede que se designe parte do patrimônio a Associações, Fundações, Igrejas ou Entidades Filantrópicas, como meio de beneficiar a quem depende de doações para alcançar finalidades.

Pela possibilidade de contemplação de pessoas distintas, o testamento não deixa de ser um poderoso instrumento de realização de justiça, frente às desigualdades e necessidades que, por seu comportamento podem se tornar merecedoras do reconhecimento *post mortem*.

A escolha do Testamenteiro e Inventariante, como, ainda, o reconhecimento de paternidade, nomeação de tutor para filhos e instituição de “bem de família” são possíveis.

Se por um lado a satisfação de ser contemplado poderá comover o beneficiado, por outro, não necessariamente o fato de se elaborar um testamento significa “antecipar” a morte do testador. Como esse evento de inegáveis repercussões jurídicas não tem dia e hora para acontecer, o ideal é que se defina o quanto antes, mantendo-se as disposições de última vontade em sigilo para serem declaradas após a morte, até porque o texto pode ser substituído ou revogado a qualquer tempo.

Quanto à elaboração, há diversos detalhes técnico-legais que devem ser observados com o auxílio de advogado especializado, como a escolha da forma (pública ou particular); a designação de legatários ou herdeiros; a imposição de condições; a previsão de cláusulas de inalienabilidade; o número de testemunhas; a observância do direito dos sucessores legítimos, dentre outros, sob pena de, se descumpridos, comprometer a validade do ato ou mesmo impedir o seu cumprimento.

Se temos o saudável costume de presentear e ajudar as pessoas durante a vida, enquanto ainda dependemos de patrimônio, por que não fazê-lo em caráter definitivo, a partir de quando não mais precisaremos?

Testamento Vital - Nova Modalidade?

No ordenamento jurídico brasileiro, há várias formas de testamento. A modalidade denominada “vital” é um instrumento por meio do qual o testador expressa as suas escolhas, caso venha perder a sua capacidade civil, seja por motivo de doença ou por acidente – o que lhe impossibilitaria de expressar livremente a sua vontade e deliberação sobre questões patrimoniais e também acerca de tratamentos médicos a ser seguidos, capazes de prolongar artificialmente sua vida, além da possibilidade de doação de órgãos – o que já é previsto na Lei nº 9.434/1997, alterada pela nº 10.211/2001. Assim, o testador irá indicar os detalhes ou limites a serem observados na eventual hipótese de não poder ser conscientemente consultado.

Nos testamentos tradicionais, a vontade do testador irá ter eficácia após a sua morte. Ou seja, antes desse evento (óbito), não possuem qualquer aplicabilidade. Diferentemente dessas outras espécies de testamento, o “vital” é o documento apropriado para surtir efeitos antes da morte, em situações específicas, tais com aquelas que impliquem estado de incapacidade civil, mesmo que provisória, a fim de que, neste período, seus interesses sejam preservados.

Em relação a disposições que tratem sobre a recusa ou aceitação de tratamentos específicos, para serem consideradas válidas, sabe-se que o testador não poderá recusar cuidados paliativos, porque estes são garantidores do princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana e, igualmente, do direito à morte digna, bem como por afrontarem a própria filosofia dos cuidados paliativos, que orienta a prática médica no tratamento de pacientes terminais no Brasil. Seriam, por sua vez, válidas deliberações acerca de traqueostomia, hemodiálise e ordem de “reanimação”.

No que diz respeito à escolha do curador – pessoa que assumiria a representação jurídica dos interesses civis do testador –, essa medida não pode ser confundida com a outorga de mandato (procuração), cujos poderes se encerram exatamente pela interdição, na forma do artigo 682, inciso II do Código Civil. Evidente, por sua vez, que a indicação dessa pessoa pelo testador deverá ser levada em consideração pelo Juiz à época da escolha do representante, prevalecendo-se sobre a ordem legal (art. 1.775 do Código Civil), a fim de preservar os interesses do testador, em obediência à expressa deliberação testamentária.

Essa modalidade de testamento (vital) pode ser realizada por meio de escritura pública ou, até mesmo, instrumento particular, desde que as formalidades mínimas sejam observadas.

A Resolução do Conselho Federal de Medicina (nº 1995, de 31 de agosto de 2012) dispõe sobre a receptividade das diretivas antecipadas de vontade do paciente no momento de sua incapacidade, a serem consideradas pelo médico responsável, mediante registro na ficha médica ou prontuário. Dita Resolução já foi até motivo de discussão intentada pelo Ministério Público (Estadual e Federal), sendo que, nas decisões judiciais proferidas, reconheceu-se a constitucionalidade da aludida Resolução e a harmonia com o ordenamento jurídico pátrio brasileiro.

Muito embora a edição de uma lei específica sobre o assunto venha certamente agregar maior segurança jurídica ao instrumento, é inequívoco que, frente aos precedentes jurisprudenciais e preenchidos os requisitos mínimos necessários como ato unilateral com repercussão jurídica, o testamento vital detém validade e eficácia suficiente para ser aplicado.

Morte presumida

Os efeitos da declaração por desaparecimento em catástrofe

De acordo com o artigo 7º do Código Civil, serão presumidamente consideradas mortas as pessoas desaparecidas, mesmo sem decretação de ausência (um procedimento processual bastante complexo e lento, que pode ser requerido por qualquer interessado ou pelo Ministério Público, nomeando-se um curador para o desaparecido), se for “extremamente provável” quando em perigo de vida. Ou seja, as circunstâncias do acidente serão determinantes para essa declaração judicial. Após o trânsito em julgado desta sentença, deve ser expedida uma certidão de óbito da pessoa desaparecida, seguindo-se a instrução do artigo 88 da Lei de Registros Públicos.

Já o artigo 8º do Código Civil dispõe que, se dois ou mais indivíduos falecerem na mesma ocasião, não se podendo averiguar quem morreu antes, presumir-se-á a simultaneidade do óbito. Chamada comoriência. Esse instituto não tem uma correlação direta com a declaração de morte presumida, mas da interpretação dos artigos citados, pode-se deduzir que há a possibilidade de haver comoriência em morte presumida.

Assim, familiares que tiverem desaparecido numa catástrofe, a exemplo do que ocorreu em Brumadinho/MG, poderão ser declarados simultaneamente mortos e, para fins sucessórios, isso tem ampla repercussão, em especial na definição da vocação hereditária. Ressalvada a hipótese de existir um testamento, sabe-se que a sucessão legítima é deferida sucessivamente em favor de a) descendentes, em concorrência com cônjuge sobrevivente, a menos que casado sob o regime de comunhão de bens ou, na hipótese de comunhão parcial, não haver bens particulares; b) ascendentes, em concorrência com o cônjuge, independente do regime de bens; c) cônjuge sobrevivente; e d) colaterais.

No que diz respeito ao companheiro, é bom lembrar que, apesar de haver previsão expressa no artigo 1.729 do Código Civil, o Supremo Tribunal Federal recentemente declarou a sua inconstitucionalidade para aplicar extensivamente também o disposto no artigo 1.829 (RE 878.694/MG). Nesse particular, em vista do eventual desaparecimento e consequente declaração de óbito de toda uma família, revela-se, portanto, importantíssima a definição de eventual simultaneidade (comoriência).

Também há repercussão para fins securitários e pagamento de benefícios previdenciários principalmente os créditos derivados de previdência privada, seja quando houver prévia definição dos beneficiários, seja quando para quando não houver e couber o recebimento pelos “herdeiros legais”.

Em vista de todos esses riscos e variáveis, numa eventual circunstância de catástrofe ou comoriência, a existência de um testamento, seja em qualquer de suas modalidades legais, revela-se importantíssima para evitar a declaração de vacância e a consequente partilha de bens em favor de parentes remotos ou, até mesmo do Estado, conforme previsto no artigo 1.822 do Código Civil.

Especificamente em relação à tragédia de Brumadinho, o IBDFAM enviou, em 27.02.2019, uma sugestão de Medida Provisória ao Ministro-Chefe da Casa Civil para que seja reconhecida a morte, para todos os fins legais, das pessoas desaparecidas (cerca de 129) em 25/01/2019, tal como ocorreu na Lei nº 9.140/1995, que reconheceu como mortas as pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas, no período de 02/09/1961 a 05/10/1988 (Regime Militar).

Há "justa causa" para as Cláusulas de Inalienabilidade, Incomunicabilidade e Impenhorabilidade de bens em Testamento?

Sabe-se que o artigo 1.848 do Código Civil restringe a validade das cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, dispostas em Testamento, à indicação de "justa causa". Quanto aos conceitos, o mais abrangente – inalienabilidade – diz respeito à impossibilidade de transmissão da titularidade dos bens a terceiros. Indiretamente, surte os mesmos efeitos da incomunicabilidade e a impenhorabilidade.

No que tange à incomunicabilidade, basicamente, tem efeito na vedação de transmissão da parte cabível, por lei ou disposição de vontade, ao cônjuge do herdeiro. Já a impenhorabilidade, relaciona-se ao impedimento de constrição da propriedade herdada por dívidas. Há quem entenda que este último conceito foi o principal motivador da inserção de tal obrigação na legislação civil, uma vez que no antigo diploma legal (art. 1.723/CC16) não havia imposição semelhante ao Testador. A ideia seria, portanto, uma forma de resguardar credores de herdeiro por meio de uma disposição de última vontade do Testador.

Mostra-se, contudo, imprescindível o exame do grau de "justiça" da causa apresentada pelo Testador, como motivadora da inclusão de tais condições no texto do instrumento. Isso por ser um critério subjetivo, cuja verificação dependerá de parâmetros indeterminados dos julgadores, no caso de haver questionamentos na época de se cumprir o testamento.

Por óbvio, se inexistirem tais questionamentos, a disposição testamentária terá livre curso e aplicabilidade irrestrita. Entretanto, como estão sujeitas a impugnações, afora os constrangimentos advindos da real justificativa, o Testador deve atentar-se para essas explicações, evitando-se o seu futuro afastamento judicial ou o próprio tumulto processual, capaz de entrar o trâmite por longos anos.

Apesar de inexistir um "rol" de justas causas, a doutrina cita algumas sugestões clássicas, sobretudo quanto ao que se deve evitar, tais como indicações genéricas e sem singularidade. Em outras palavras, além de "justa", a motivação deve ser "específica e razoável", como ensina Elza de Faria Rodrigues.

No entanto, um estudo aprofundado da jurisprudência revela que o risco destas cláusulas serem "riscadas" é elevado, ressalvados alguns posicionamentos isolados. Isso demonstra que, em breve, ou a jurisprudência sinaliza concretamente as hipóteses de efetividade dessas disposições ou o seu desuso pode vir à tona, por serem praticamente inexequíveis àqueles que simplesmente desejam preservar, senão a subsistência dos herdeiros, a dilapidação patrimonial de genros "não confiáveis" ou de filhos que gastem compulsivamente.

Outra saída, ainda que parcial, é a aprovação do Projeto de Lei nº 276/2007, de autoria do Deputado Ricardo Fiúza, que pretende acrescentar um §3º ao artigo 1.848 do Código Civil, permitindo-se excepcionalmente a livre imposição da cláusula de incomunicabilidade, sem indicação de justificativa, haja vista a peculiaridade absolutamente pessoal/afetiva ligada a essa condição. Tal solução permitiria, ainda, a manutenção do ideal de proteção a eventuais credores do herdeiro.

A assistência de um advogado é de cunho fundamental para a elaboração de um testamento, pois os notários tão-somente exercem a função de alertar a partes sobre a necessidade de inclusão de uma justificativa para essas cláusulas.

bernardodrumond@homerocosta.adv.br
Rua Manoel Couto, n° 105, Bairro Cidade Jardim
CEP 30380-080 - Belo Horizonte/MG
Tel: (31) 3282 -4363 / (31) 99834-6892

HOMERO COSTA
A D V O G A D O S

OAB / MG 001

