

REVISTA CEJ

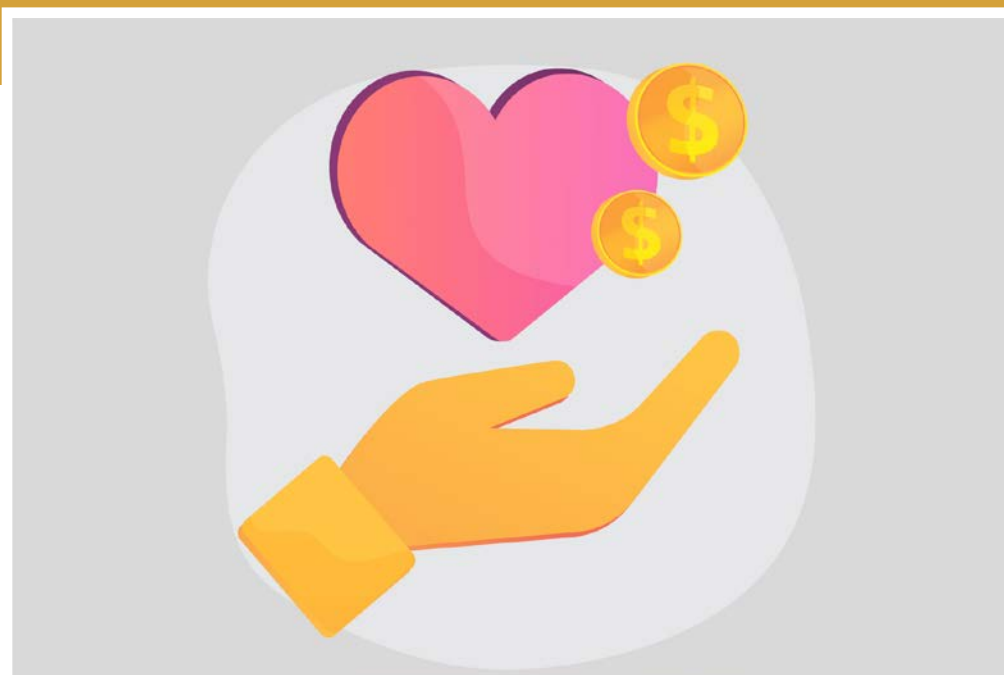
ISSN 1414-008X
Ano XXV
n. 82, jul./dez. 2021

**Centro de Estudos Judiciários
Conselho da Justiça Federal**

82



JUSTIÇA FEDERAL
Conselho da Justiça Federal
Centro de Estudos Judiciários



O DIREITO DAS SUCESSÕES E A FILANTROPIA: as fundações criadas por testamento e as disposições testamentárias para a caridade

43

INHERITANCE LAW AND PHILANTHROPY: TESTAMENTARY FOUNDATIONS AND CHARITABLE BEQUESTS

Raphael Rego Borges Ribeiro

RESUMO

O artigo investiga a filantropia testamentária, propõe medidas para incentivar mais disposições testamentárias para a caridade, faz ressalvas à filantropia e discute aspectos que precisam de regulamentação cuidadosa.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Civil; Direito das Sucessões; herança; testamento; sucessão testamentária; filantropia.

ABSTRACT

The paper looks into testamentary philanthropy, proposes measures to increase charitable bequests, poses some caveats about philanthropy and discusses aspects that need careful regulation.

KEYWORDS

Civil Law; Law of Succession; inheritance; will; testamentary succession; philanthropy.

1 INTRODUÇÃO

O Direito das Sucessões positivado no Código Civil de 2002 permanece com um caráter eminentemente oitocentista: individualista, patrimonialista, voluntarista e conservador em matéria familiar, além de excessivamente apegado a formalismos e abstrações (RIBEIRO, 2021a). Uma releitura da sucessão *causa mortis* à luz da constitucionalização do Direito Civil exige, entre outras coisas, a superação do individualismo por meio da promoção da solidariedade no fenômeno hereditário. Nesse contexto, esta investigação se pauta pela questão orientadora: como se pode estimular o aumento da filantropia testamentária no Brasil?

O objetivo geral da pesquisa é propor medidas para incentivar que mais pessoas insiram disposições para a caridade em suas manifestações de última vontade. Como objetivos específicos, em primeiro lugar, demonstrar-se-á a importância da filantropia sucessória; observar-se-á como a transmissão intergeracional de riquezas potencialmente contribui para o aumento das desigualdades sociais e argumentar-se-á que o direito subjetivo à herança engloba deveres impostos aos seus titulares, entre os quais a filantropia. Na sequência, será analisada a situação das fundações testamentárias no Brasil, com a discussão de algumas dificuldades para a sua instituição. Também serão identificados possíveis mecanismos para facilitar e consequentemente ampliar disposições testamentárias para a caridade em geral. Por fim, serão suscitadas algumas ressalvas e questões regulatórias para a matéria.

O marco teórico para a investigação é a doutrina do Direito Civil-Constitucional. A partir das suas premissas gerais, será utilizado o método dedutivo em relação especificamente às questões da filantropia sucessória e da sua atual regulamentação legal. Também se fará uma revisão bibliográfica especialmente em periódicos especializados de língua inglesa, nos quais a produção sobre a matéria é mais robusta.

Esta pesquisa se justifica porque o tema, apesar de jurídico, no Brasil vem sendo abordado predominantemente por investigadores em História. Na literatura jurídica nacional, o debate a respeito da filantropia testamentária e de possíveis mecanismos de reforma praticamente inexistem. Os civilistas brasileiros, que recentemente descobriram um interesse substancial por temas de planejamento sucessório, aparentam não levar em consideração que o referido planejamento não apenas pode, como deve, incluir questões de preocupação social. Mecanismos de transmissão patrimonial póstuma eficaz e eficiente não devem se descurar da solidariedade constitucional; o planejamento sucessório pode ter uma função social. Desse modo, esta investigação busca preencher esse *gap* doutrinário, iniciando as muitas discussões necessárias sobre a matéria.

2 POR QUE FALAR EM FILANTROPIA SUCESSÓRIA?

Os civilistas brasileiros não costumam discutir com profundidade questões relacionadas à filantropia exercida por meio das manifestações de última vontade. Uma possível explicação para a falta de interesse no tema é a aparência de se tratar de mera faculdade, movida por considerações exclusivamente morais, sendo as normas jurídicas apenas o modo de operacionalizar esse altruísmo. Nas subseções seguintes, demonstrar-se-á que tal percepção não é adequada. Será observado, em primeiro lugar, como a sucessão *causa mortis* desempenha um

papel problemático no aumento das desigualdades sociais. Na sequência, será argumentado que a solidariedade constitucional impõe um papel promocional aos direitos subjetivos – inclusive à herança –, com a consequente atribuição de deveres aos seus titulares. Tais premissas constituem a base de um renovado olhar sobre a filantropia testamentária.

2.1 A HERANÇA E A CONCENTRAÇÃO DE RIQUEZA

Para Norberto Bobbio (2007, p. 92), uma teoria crítica da sociedade deve não apenas ver como uma sociedade funciona, mas também como ela não funciona ou como deveria funcionar; por essa razão, a crítica de um instituto começa com a crítica à sua função. E aqui cabe uma constatação: de fato, a herança desempenha um papel problemático na concentração de riqueza, no sentido de esse instituto poder beneficiar alguns poucos privilegiados em detrimento da coletividade. Reconhecer esse referido papel negativo da herança – que, apesar disso, também consta no art. 5º, inciso XXX, da Constituição Federal como direito fundamental – é consideravelmente problemático quando se levam em conta os objetivos fundamentais da República, listados no art. 3º, em especial a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a erradicação da pobreza e da marginalização; e a redução das desigualdades sociais.

Na fundamental obra *O Capital no Século XXI*, o economista francês Thomas Piketty estuda a concentração de riqueza. Piketty (2014, p.238-241) afirma que a desigualdade em todas as sociedades resulta da soma de dois componentes: a desigualdade da renda do trabalho e a desigualdade da renda do capital¹. A desigualdade total será maior quanto mais desigual a distribuição em cada um desses componentes; e isso é potencializado à medida que as pessoas que dispõem das mais altas rendas do trabalho são as mesmas pessoas que têm as mais elevadas rendas do capital. Piketty observa que, na prática, *a desigualdade do capital é sempre mais forte do que a do trabalho*, no sentido de que *a distribuição da propriedade do capital e das rendas que dele provêm é sistematicamente mais concentrada do que a distribuição das rendas do trabalho*. De acordo com Piketty, um dos fatores significativos que explicam a forte concentração do capital é a herança e os seus efeitos cumulativos², particularmente em um cenário de estagnação econômica. A tese de Piketty (2014, p. 227) é a de que, em sociedades com crescimento econômico fraco, há um aumento considerável da importância dos patrimônios acumulados no passado. *Quando a taxa de remuneração do capital excede substancialmente a taxa de crescimento da economia – como ocorreu durante a maior parte do tempo até o século XIX e é provável que volte a ocorrer no século XXI –, então, pela lógica, a riqueza herdada aumenta mais rápido do que a renda e a produção. Basta então aos herdeiros poupar uma parte limitada da renda de seu capital para que ele cresça mais rápido do que a economia como um todo. Sob essas condições, é quase inevitável que a fortuna herdada supere a riqueza constituída durante uma vida de trabalho e que a concentração do capital atinja níveis muito altos, potencialmente incompatíveis com os valores meritocráticos e os princípios de justiça social que es-*

tão na base de nossas sociedades democráticas modernas (PIKETTY, 2014, p.33).

Segundo Piketty (2014, p. 368-369), quando a taxa do rendimento do capital se mantém, por um longo período, muito mais elevada do que a taxa de crescimento econômico, “o passado tende a devorar o presente”: as riquezas vindas do passado – transmitidas intergeracionalmente por meio da herança – tendem a automaticamente progredir mais rápido – e sem qualquer necessidade de trabalho para isso – do que as riquezas produzidas pelo trabalho³. Por essa razão, Piketty (2014, p.342) afirma que *estão dadas as condições ideais para que prospere uma sociedade de herdeiros, caracterizada ao mesmo tempo por uma enorme concentração da riqueza e uma forte continuidade, ao longo dos anos e das gerações, desses patrimônios elevados*. O capital constituído se reproduz sozinho e mais rapidamente do que a produção; conseqüentemente, o empresário *tende inevitavelmente a se transformar em rentista e a dominar cada vez mais aqueles que só possuem sua força de trabalho* (PIKETTY, 2014, p. 555). Isso é reforçado pelo fato de que, a partir de um determinado patamar de riqueza, o patrimônio tem o potencial de se recapitalizar quase integralmente: o estilo de vida do seu titular absorve apenas uma pequena parcela do rendimento, e todo o restante pode ser reinvestido. Isso significa que o dinheiro acaba se reproduzindo sozinho (PIKETTY, 2014, p. 429).

Há no Brasil um terreno fértil para a reprodução do cenário acima descrito por Piketty. Em primeiro lugar, porque o País tem enfrentado há alguns anos tanto históricos quanto projeções desanimadoras (quando não desoladoras) de crescimento econômico, situação potencializada pela pandemia do novo coronavírus. Além disso, como bem ressaltou Aluizio Porcaro Rausch (2016, p. 569), a tributação de heranças é *significativamente inferior à da aquisição onerosa pelo trabalho, em termos absolutos*⁴. Marcos Catalan (2010, p. 141-142) argumenta que nada justifica a manutenção de um sistema sucessório que apenas legitima a transmissão de patrimônio acumulado ao longo de um processo histórico de apropriação de riqueza, ao mesmo tempo em que grande parte da população brasileira ainda continua experimentando miséria e exploração.

Agravando o cenário descrito, observa-se também que a transmissão intergeracional de riqueza é potencializada quando consideramos que ela não envolve pura e simplesmente a transferência *causa mortis* de patrimônio. Liam Murphy e Thomas Nagel, em *The Myth of Ownership: Taxes and Justice* (2003, p. 143; p. 159-160), analisam a herança como relevante fonte de desigualdade econômica na sociedade. Ademais, ressaltam que outro fator promotor da desigualdade social é a passagem de capital humano, em especial vantagens educacionais, o que ocorre no seio da família antes da idade na qual as pessoas geralmente se tornam herdeiras. A esse respeito, os autores sugerem que uma solução para essa questão é a educação pública universal de qualidade. A combinação entre sucessão *causa mortis* e a transferência de capital humano aos filhos foi estudada por Daniel Halliday (2018, p. 123-152). A tese de Halliday é que a transmissão intergeracional de

riqueza não pode ser analisada como um fenômeno isolado, mas sim como um elo em uma cadeia de transferências com efeito cumulativo. Halliday menciona o *grandparent effect*: pais que receberam herança dos próprios pais têm um potencial maior de transmitir capital humano e vantagens competitivas para os seus filhos, além do próprio patrimônio hereditário material. Assim, para Halliday, os efeitos cumulativos da herança tornam a sucessão *causa mortis* um mecanismo que permite a replicação, de uma geração para outra, de uma concentração de capital tanto patrimonial quanto extrapatrimonial.

[...] depreende-se ser possível e necessário reconfigurar o conteúdo do direito subjetivo à herança para, sem prejuízo das soluções tributárias, conformar a sucessão *causa mortis* aos interesses da coletividade.

De forma a combater os efeitos negativos do fenômeno hereditário, entre os quais o principal podemos identificar como sendo a concentração de riqueza, já se defendeu a extinção da sucessão *causa mortis*. Assim, por exemplo, em 1848, Karl Marx e Friedrich Engels (1997) publicaram seu *Manifest der Kommunistischen Partei*; entre as sugestões ali apresentadas, eles defenderam a abolição do direito de herança. Anton Menger (1908, p. 9) defendia a criação de um Estado Democrático do Trabalho, no qual haveria herança apenas de bens de consumo. Segundo o jurista austríaco, uma restrição dessas eliminaria um dos aspectos mais obscuros do direito, qual seja, a sorte do indivíduo estar ligada ao seu nascimento, não ao seu mérito. Para Menger (1908, p. 5), seria de supremo interesse que os bens acumulados fossem, com a morte do dono, distribuídos racionalmente entre as novas gerações. Harlan Eugene Read (1918, p. 3) chegou a afirmar que riqueza herdada é inimiga da liberdade, perpetuadora de desigualdades, reprodutora de pobreza e aristocracia. A conclusão de Read (1918, p. 138) é simples e direta: não pode haver civilização perfeita enquanto o poder de herdar riqueza não for inteiramente abolido.

Ocorre que, na medida em que a herança foi expressamente incluída entre os direitos fundamentais pela Constituição brasileira, não se pode sequer discutir a possibilidade de sua extinção, como sugerido, por força da sua natureza de cláusula pétreia. Por outro lado, essa limitação não significa que não se deva buscar meios de reverter os efeitos da herança para a concentração de riquezas e conseqüente aumento das desigualdades sociais. Assim, é preciso encontrar meios de se compatibilizar a sucessão hereditária com os interesses da coletividade, reconstruindo-se a herança à luz da solidariedade e da justiça social.

O papel da transferência intergeracional de riqueza em relação às desigualdades sociais vem sendo discutido com maior intensidade sob o ponto de vista tributário. No começo do século XX, Andrew Carnegie (1962, p. 22) defendia a pesada tributação das heranças como um meio de o Estado demonstrar a sua reprovação pela vida egoísta dos milionários. Já se mencionou acima *The Myth of Ownership: Taxes and Justice*, obra de Liam Murphy e Thomas Nagel. Além disso, uma das sugestões de Thomas Piketty, em *O Capital no Século XXI*, para a diminuição da con-

concentração de riqueza é a tributação mais pesada do capital transmitido por herança. No Brasil, um dos principais estudos sobre a tributação mais severa da herança como mecanismo de combate às desigualdades foi realizado por Nathália Daniel Domingues (2017), sob uma perspectiva do liberalismo econômico. Ademais, objetivando a redução das desigualdades e a maior distribuição de riquezas, o já referido Aluizio Porcaro Rausch (2016, p. 569-570) defende uma dupla reforma tributária: de um lado, a fixação de alíquota mínima, para o imposto sobre heranças, em patamar superior à tributação da renda sobre o trabalho; de outro, uma progressividade do Imposto de Transmissão *Causa Mortis* que leve em consideração três variáveis, quais sejam, o valor transmitido, o patrimônio do herdeiro e o grau de parentesco.

Acredita-se, entretanto, ser muito pouco confiar no Direito Tributário como instrumento de mitigação do potencial da herança como mecanismo concentrador de riquezas. Isso é particularmente verdade à luz do Direito Civil-Constitucional, segundo o qual deve ser dado aos institutos civilísticos um novo perfil funcional, adequado à promoção dos valores e objetivos constitucionais. Além disso, Zachary Liscow (2014; 2018) vem demonstrando, em sua produção acadêmica, que normas aparentemente neutras tendem a beneficiar principalmente os mais ricos e que a tributação comumente não é suficiente para corrigir tais distorções. Por essas razões, para o mencionado autor, os legisladores devem redesenhar institutos jurídicos tendo preocupações específicas com questões redistributivas e de equidade, com a criação de mecanismos pensados justamente para a redução das desigualdades. A partir das premissas analisadas, depreende-se ser possível e necessário reconfigurar o conteúdo do direito subjetivo à herança para, sem prejuízo das soluções tributárias, conformar a sucessão *causa mortis* aos interesses da coletividade.

2.2 OS DEVERES ASSOCIADOS AO DIREITO À HERANÇA

A herança pode ser conciliada ao dever de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, estabelecido como primeiro objetivo fundamental da República pela Constituição Federal de 1988. A tutela da pessoa humana relaciona-se inseparavelmente com a solidariedade: *ter cuidado com o outro faz parte do conceito de pessoa* (PERLINGIERI, 2008, p. 461). A Constituição coloca a solidariedade social em uma posição normativa privilegiada. Para Nelson Rosenvald (2018, p. 1), a solidariedade deixa de ser reputada como um sentimento genérico de fraternidade, sendo entendida como um princípio dotado de exigibilidade; ela se *desvincula, então, de uma mera referência a valores éticos transcendentais, adquirindo a fundamentação e a legitimidade política nas relações sociais concretas, nas quais se articula uma convivência entre o individual e o coletivo, à procura do bem comum*. De acordo com Ana Luiza Maia Nevares (2008, p. 627), a Constituição não determina que uma pessoa efetivamente sinta algo de bom pela outra, mas que aja como efetivamente sentisse; *tem-se, portanto, o que podemos chamar de solidariedade objetiva, ou, em outras palavras, dever de solidariedade*. A solidariedade social é projetada nas normas do assim tradicionalmente chamado “Direito Privado” por força do princípio da função social, que *indica um rumo a seguir, oposto ao do individualismo predatório* (MARTINS-COSTA, 2005, p. 41).

Não se pode reduzir, no plano da sucessão hereditária, a solidariedade constitucional à noção de solidariedade familiar. Como bem ressaltou Pietro Perlingieri (2008, p. 462), a solidariedade constitucional não se restringe aos confines de um único grupo social, mas impõe a cooperação e a igualdade na concretização da dignidade social de todas as pessoas. Rosa Maria de Andrade Nery (2011, p. 763-764) resalta a transição da ideia primitiva de proteção ao grupo para atingir aqueles que não pertencem ao grupo; *a passagem da ideia da solidariedade em face dos seus, para a de solidariedade para com todos, convive com a transposição dos conceitos jurídicos em torno da tribo/cidade e ainda marca, de alguma forma, os nossos dias*. Conforme a autora sustenta, nas diferentes vertentes do Direito Privado há reflexos dessa contraposição entre, de um lado, a realização dos interesses dos seus, e, de outro, os interesses dos outros. A solidariedade familiar realmente é um princípio conformador do Direito das Sucessões; entretanto, ela não pode ser utilizada como justificativa para os supramencionados efeitos de concentração de riqueza e aumento das desigualdades sociais. Assim, conclui-se que o fenômeno hereditário deve ser orientado também pela solidariedade em relação à coletividade como um todo, não apenas à família do falecido.

Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 27-28) sustenta que o princípio da solidariedade *implica deveres de solidariedade decorrentes da própria dignidade da pessoa*; sob essa perspectiva, ele pode ser utilizado como argumento a justificar uma eficácia de direitos a prestações fáticas em relação a particulares. De acordo com Daniel Sarmento (2008, p. 295-297), a construção da sociedade justa e igualitária projetada pela Constituição é um dever tanto do Estado quanto de toda a sociedade e de cada um dos seus integrantes, na medida das respectivas possibilidades. Para Sarmento, a solidariedade é um princípio jurídico dotado de certo grau de eficácia imediata, apesar da sua abertura e indeterminação semântica; ela significa que a sociedade não é um espaço de concorrência entre indivíduos isolados, mas de assunção de responsabilidades comuns, em especial em benefício daqueles que se encontrarem em situação de maior vulnerabilidade. Por essa razão, segundo Sarmento, justifica-se a concepção de que, sem excluir dever primário do Estado, os particulares também têm um dever secundário de assegurar os direitos sociais. Semelhantemente, em Pietro Perlingieri (2002, p. 38) encontra-se a noção de que os direitos sociais possuem como pressuposto e fundamento uma forte carga de solidariedade e devem ser entendidos como instrumentos para construir uma comunidade.

Também se encontra em Perlingieri (2008, p. 940) a ideia de que, por força da solidariedade, *o conteúdo da função social assume um papel promocional*. Para o autor italiano, isso significa que o regime jurídico do direito subjetivo deve não apenas garantir, mas também promover os valores fundantes do ordenamento jurídico. Perlingieri (2002, p. 113; p. 107) defende que a configuração solidária do ordenamento é exprimida pela complexidade das situações subjetivas compostas de poderes, deveres, obrigações e ônus. Perlingieri (2008, p. 728-729) defende, então, uma perspectiva relacional do ordenamento, que examina as correlações entre as diferentes situações jurídicas: *não é su-*

ficiente aprofundar no poder atribuído a um sujeito se não se compreende ao mesmo tempo os deveres gerais, os deveres específicos, os interesses dos outros. O autor italiano propõe, dessa forma, a superação da tendência a se construir os institutos do Direito Civil exclusivamente em termos de atribuição de direitos. Conforme Pietro Perlingieri (2002, p. 120-121), o mais básico dever que acompanha o direito subjetivo, que o funcionaliza e socializa, é o relativo ao seu exercício em harmonia com o princípio da solidariedade política, econômica e social, sem provocar danos excepcionais aos outros. Semelhantemente, Ricardo Luis Lorenzetti (1998, p. 312) afirma que a funcionalização outorga um feixe unificado de direitos, deveres, poderes e faculdades ao titular de um direito, para que este seja regularmente exercido em conformidade com sua finalidade social. No mesmo sentido, Luiz Edson Fachin (2012, p. 317) relaciona a ideia de interesse social à noção de *distribuição de cargas sociais, ou seja, da previsão de que ao direito subjetivo da apropriação também correspondem deveres.*

Concorda-se com Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber (2000, p. 48-49). Para eles, a função social remodela o conteúdo interno do direito subjetivo, vinculando-o ou gravando-o com deveres de atuação, tanto negativa quanto positiva; com a funcionalização, passam a ser exigidas atuações positivas do titular do direito, para que se adeque ao que dele se espera na sociedade. Pode-se estender os comentários dos referidos autores, que se reportam especificamente à propriedade, para os direitos subjetivos de modo geral: de um lado, estes passam a enfeixar poderes, deveres, ônus e obrigações; de outro, seu conteúdo passa a ser modelado levando em consideração, também, os interesses de quem não é titular. É dessa forma que se fundamenta a existência de deveres atribuídos aos sujeitos envolvidos na sucessão *causa mortis*. Tanto sucedido quanto sucessor devem participar do fenômeno hereditário atuando para a promoção dos valores constitucionais, de forma a beneficiar toda a coletividade. Não apenas a propriedade, o contrato e a empresa têm função social; a herança, como um todo, e o testamento, de modo específico, também devem ser funcionalizados aos interesses sociais – daí decorrem os deveres de atuação impostos aos sujeitos da sucessão hereditária. A existência desses deveres independe de quanta riqueza foi transmitida *causa mortis*; entretanto, quanto maior o acervo hereditário, maiores as exigências daí decorrentes.

3 A FILANTROPIA TESTAMENTÁRIA

Como demonstrado na seção anterior, a herança contribui para a concentração de riqueza e, em gerações sucessivas, para o aumento das desigualdades sociais. Um dos possíveis meios de mitigar esse cenário negativo é estimular que a sucessão hereditária seja espaço de promoção da filantropia. A filantropia sucessória se encaixa entre os deveres atribuídos a ambos os sujeitos do fenômeno hereditário. Este artigo focará na filantropia sob a perspectiva do sucedido, que pode ser exercida por meio da autonomia privada testamentária e consubstancia uma faceta potencial da função social do testamento.

Ainda na virada do século XIX para o século XX, Paul Leroy-Beaulieu (1906, p. 282-294) identificou três funções sociais da

fortuna: apoio e contribuição para a busca do progresso, o que envolve o financiamento de experimentos e testes; “filantropia remunerativa”, que envolve, a título ilustrativo, o oferecimento de créditos a preços populares e restaurantes a bom preço; e a “filantropia não remunerativa”, no sentido de financiamento a museus, escolas, orfanatos e observatórios. Léon Duguit (1923, p. 619-620) afirmava que o detentor da riqueza deve perseguir certas obrigações sociais com o capital que detêm, sob pena de não ser socialmente protegido.

Também no final do século XIX, o magnata Andrew Carnegie⁵ (1962, p. 20-28) escreveu um famoso artigo chamado *The Gospel of Wealth*⁶. Carnegie criticou o ato de se deixar grandes fortunas para os filhos (o que, para ele, geraria mais males do que benefícios); por outro lado, ele também defendeu a pesada tributação sobre a herança, como visto anteriormente. Para Carnegie, na sociedade ideal, o excesso de riqueza não deveria simplesmente ser redistribuído aos mais pobres; grandes fortunas acumuladas teriam um potencial benéfico maior do que pequenos montantes distribuídos a diferentes pessoas. Carnegie defendeu, assim, que as grandes fortunas fossem destinadas à filantropia, de modo a promover o bem para os mais necessitados, ajudando-os a dignificar as próprias vidas. Ele sugeriu que o excesso de riqueza fosse direcionado a bibliotecas, parques, atividades de lazer, artes e instituições públicas de diversos tipos que melhorem as condições gerais das pessoas.

A filantropia sucessória tem um papel significativo na cultura estadunidense. Boa parte dessas disposições são feitas utilizando-se de *charitable trusts*, uma criação da jurisprudência anglo-americana que, por ser de modo geral estranha aos países da *civil law* (MILLER, 1961, p. 1), não será estudada neste trabalho. Existem, contudo, outras modalidades recorrentes de filantropia sucessória de interesse para esta investigação. Os testamentos também são usados, de modo geral, independentemente da extensão do patrimônio sucessível, para fazer legados – designados *charitable bequests* – para instituições de caridade, institutos de pesquisa, universidades e obras religiosas; e para criar fundações no interesse social, nesse caso especificamente quando se trata de maiores fortunas. Por tudo o quanto exposto nas seções acima, argumenta-se aqui que deve ser desenvolvida no Brasil uma cultura de estímulo moral e incentivo jurídico à filantropia por via sucessória, no sentido de a promoção de interesses sociais ser efetivamente considerada um dever daqueles que transmitem e que recebem heranças – especialmente, mas não exclusivamente, aquelas de grande extensão.

Conforme apontado por Norberto Bobbio (2007, p. 13-16), com a transição do constitucionalismo liberal clássico para um constitucionalismo pós-liberal, além de tutelar e garantir, o Estado também tem a função de promover. Desse modo, identifica-se, de um lado, o tradicional ordenamento protetivo repressivo, que se preocupa em desencorajar comportamentos socialmente indesejáveis; e, de outro lado, um ordenamento promocional, ao qual interessam os comportamentos socialmente desejáveis que, por sua vez, devem ser encorajados. De acordo com Bobbio (2007, p. 19-20), enquanto as medidas de desencorajamento têm como objetivo predominante a conservação social (as coisas permanecerem como estão), as medidas de encorajamento têm notadamente objetivo de transformação

social (ou seja, mudança)⁷. Ainda segundo Bobbio (2007, p. 24; p. 136-137), com a função repressiva, o ordenamento tende a impedir que se verifiquem comportamentos não desejados; por outro lado, com a função promocional, o sistema tende a provocar comportamento desejados, tornando-os mais fáceis ou vantajosos. É o que Bobbio chama de sanções positivas, *que dão vida a uma técnica de estímulo e propulsão a atos considerados socialmente úteis, em lugar da repressão de atos considerados socialmente nocivos*. Com base nas reflexões feitas até aqui, neste trabalho se defende que deixar testamento pode e deve ser encarado como um ato socialmente útil, com potencial de transformação social, e que, portanto, deve ser provocado e incentivado.

Podem ser encontrados alguns exemplos de incentivos econômicos à filantropia testamentária. Por exemplo, no contexto dos Estados Unidos, legados para a caridade são deduzidos da base de cálculo da tributação sobre a herança. Buscando incentivar ainda mais a beneficência sucessória, Sarah E. Waldeck (2005, p. 672) sugeriu que, em vez de simples redução da base de cálculo, as disposições hereditárias para a filantropia gerassem um crédito fiscal. Ela reconhece que se trata de uma medida mais onerosa para o Estado, na medida em que, operando-se a compensação entre esse crédito e o tributo a ser pago, este último pode até mesmo ser reduzido a zero (WALDECK, 2005, p. 690). Apesar disso, ela entende que o resultado final seria mais positivo que o cenário atual. Os indivíduos tendem a contribuir de melhor grado (e, conseqüentemente, a sonegar menos) se escolhem a entidade filantrópica para a qual estão doando. De fato, essa hipótese permitiria simultaneamente que parcela da herança fosse utilizada para o interesse social, ao mesmo tempo em que os envolvidos têm a oportunidade de escolher aquelas fundações ou entidades que melhor refletem as suas escolhas e os seus valores (WALDECK, 2005, p.701).

Além de estímulos econômicos, a filantropia sucessória pode ser estimulada com bases morais e culturais. Tome-se como exemplo a doação de órgãos e de tecidos, como sangue e plasma. Seguindo as recomendações de organizações internacionais, o Brasil veda constitucionalmente o pagamento por essas partes do corpo⁸. Na medida em que não cabe o incentivo financeiro, essas doações são incentivadas com o apelo aos sentimentos de generosidade e altruísmo dos potenciais doadores. Da mesma forma como existem campanhas na área da saúde promovendo a noção de responsabilidade para com o próximo, poderia haver os mesmos mecanismos de convencimento direcionados ao fenômeno hereditário. Estudos empíricos sobre disposições testamentárias para a caridade vêm demonstrando que, além dos tradicionais incentivos econômicos, outros fatores não econômicos são significativamente importantes para o estímulo da prática, como as expectativas sociais, os costumes de uma determinada sociedade e pedidos explicitamente feitos por potenciais destinatários, além do grau de publicidade e de reconhecimento do ato. De acordo com os mencionados estudos, as referidas estratégias não-pecuniárias, embora comparativamente baratas e fáceis de se implementar, potencialmente são tão eficazes para o aumento da filantropia testamentária quanto os incentivos tributários (SANDERS; SMITH, 2014, p.02-03).

Conforme o pensamento de Bobbio, acima mencionado, o ordenamento pode promover comportamentos não apenas os

tornando mais vantajosos, mas também facilitando a sua prática. Dessa forma, se se quer estimular a feitura de disposições testamentárias filantrópicas, acredita-se que um mecanismo para alcançar esse fim é simplificar e facilitar o ato de testar. Existem também outras possibilidades, exploradas nas seções seguintes. Por outro lado, entende-se que o incentivo (econômico ou moral) ao altruísmo na sucessão *causa mortis* não deve ser direcionado exclusivamente ao sucedido. Obviamente, há um interesse social claro na promoção da feitura de testamentos com disposições que beneficiem a coletividade. Apesar disso, deve-se reconhecer que na sociedade brasileira não há cultura de se fazer testamento e o próprio ato de testar é dificultado pelas excessivas formalidades. Além disso, a ideia de função social da herança, com a conseqüente imposição aos titulares do referido direito subjetivo de deveres em prol da coletividade, aplica-se tanto ao sucedido quanto ao sucessor. Por essa razão, também os sucessores devem ser estimulados juridicamente e moralmente a direcionar para a caridade parcela daquilo que receberam; há mecanismos e técnicas legislativas relativamente simples para colocar tal possibilidade em prática. Entretanto, por questões de tempo e espaço, nas seções seguintes serão abordadas apenas possibilidades relativas à filantropia testamentária.

3.1 AS FUNDAÇÕES CRIADAS POR TESTAMENTO

Na cultura estadunidense, há uma tendência de pessoas muito ricas destinarem parcela significativa das suas fortunas para a criação de fundações para desempenho de atividades filantrópicas. Apesar de a maioria de tais entidades serem formadas por ato *inter vivos*, não são incomuns aquelas criadas por determinação de última vontade. Conforme Lawrence Friedman (2009, p. 140), em 2005 havia nos Estados Unidos 68 mil fundações originadas por disposição testamentária, que naquele ano movimentaram 33,6 bilhões de dólares no desempenhar das suas atividades. Obviamente aqui se reconhece que a sociedade norte-americana tanto possui mais recursos quanto um número maior de pessoas com fortunas imensas do que a brasileira. Apesar disso, também o Brasil tem os seus magnatas nacionais: segundo o *World Wealth Report 2018*, da consultoria Capgemini⁹, há mais de 171 mil milionários no Brasil. Além disso, de acordo com dados de 2019 da Forbes¹⁰, há 58 bilionários no país, cuja fortuna somada é de quase 180 bilhões de dólares. Havendo um número significativo de pessoas muito ricas, poderia se esperar que tais estatísticas se refletissem nos dados a respeito das fundações testamentárias. Não é o que ocorre.

No último estudo sobre fundações de direito privado divulgado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, não há informações públicas sobre a classificação estatística de tais entes com base no seu modo de instituição – se por ato *inter vivos* ou por manifestação de última vontade¹¹. Em consulta direta ao órgão, o IBGE informou que, por falta de informações específicas em seus bancos de dados, não há como diferenciar, de acordo com as formas de constituição, as fundações de direito privado registradas no Cadastro Central de Empresas (CEMPRE). Como o Ministério Público tem a atribuição legal de velar pelas fundações, conforme art. 66 do Código Civil de 2002, entendeu-se que o método de pesquisa adequado para obter dados para fins do presente artigo seria contatar as promotorias

encarregadas da fiscalização das referidas pessoas jurídicas. No decorrer desta investigação, foram contatados os 26 MPs estaduais, assim como o MPDFT, para a obtenção de informações sobre o número de fundações por eles fiscalizadas que tenham sido criadas por determinação testamentária. Tanto o processo de coleta de dados quanto os resultados foram desanimadores. Um número considerável de Ministérios Públicos estaduais não traz com clareza a informação sobre qual das suas promotorias é a responsável pela fiscalização fundacional nem como ela pode ser contatada. Em muitos casos, foi necessário recorrer às respectivas ouvidorias ministeriais ou outros órgãos de coordenação para ter acesso a tais contatos. Em alguns estados, não foi possível obter as informações sobre a existência ou o contato das promotorias fundacionais; em outros, inexistia um órgão ministerial específico que centralize tal atribuição a nível estadual.

Os Ministérios Públicos do Piauí, das Alagoas, de Roraima, do Amazonas e do Espírito Santo comunicaram não haver em seus respectivos registros qualquer fundação criada especificamente por testamento. No Distrito Federal, há uma fundação testamentária, que ainda está em fase judicial. Em contato com o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, a 1ª Promotoria de Justiça de Fundações da capital nos informou que sob sua supervisão se encontra apenas uma única fundação criada por testamento. No Ceará, foram obtidas com sucesso informações apenas sobre Fortaleza; lá, há apenas duas fundações criadas por testamento, sendo que uma se encontra em fase de extinção, enquanto a outra sequer conseguiu funcionar porque parentes do *de cuius* questionaram as disposições de última vontade. O MP do Paraná confirmou a existência, em todo aquele estado, de somente duas fundações instituídas por testamento. Em Santa Catarina, há três fundações testamentárias.

Em Pernambuco e em relação ao interior do estado de São Paulo, os respectivos Ministérios Públicos estaduais informaram que seria necessário contatar cada uma das promotorias de todas as comarcas para obter os dados requisitados; proceder a esse levantamento de forma manual e individualizada inviabilizaria completamente este projeto de pesquisa, razão pela qual os respectivos números acabaram deixados de fora. Em relação à capital do estado de São Paulo, a promotoria fundacional aduziu que, por haver mais de mil fundações veladas por ela, seria impossível fazer o levantamento de uma por uma para estabelecer quantas tiveram origem em testamento; como o mencionado dado não constava no sistema, seria necessário analisar cada estatuto social. Os MPs mineiro e gaúcho também gentilmente responderam comunicando a inexistência de dados compilados sobre a indagação específica; em consulta anterior, realizada em 2019, o MPRS informara a existência de oito fundações testamentárias, todavia esse dado não foi reiterado nem atualizado. Até o encerramento da redação deste artigo, os demais Ministérios Públicos estaduais, assim como as 2ª e 3ª Promotorias de Fundações do RJ, não tinham fornecido os dados solicitados. Registre-se que a consulta foi realizada no início de novembro de 2021, e a submissão deste artigo para avaliação e posterior publicação se dá três meses depois, em fevereiro de 2022. Algumas promotorias fundacionais ignoraram completamente os e-mails enviados, sequer respondendo pela impossibilidade de prestar as informações solicitadas.

Com base nos dados obtidos, traça-se um panorama que, embora incompleto em razão da dificuldade de obtenção das estatísticas completas, indica claramente que não há uma cultura de criação de fundações por testamento no Brasil. Os números são irrisórios ainda que se considere a diminuta parcela de pessoas muito ricas em relação à população brasileira em geral. É necessário se questionar por que, em regra, não são criadas fundações testamentárias em território brasileiro. Em tese, os mecanismos para isso já existem. O art. 62 Código Civil de 2002, reformado pela Lei n. 13.151/2015, prevê que o testamento pode ser usado para a instituição de fundação destinada a fins sociais, quais sejam: assistência social; cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; educação; saúde; segurança alimentar e nutricional; a defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; pesquisa científica, desenvolvimento de tecnologias alternativas, modernização de sistemas de gestão, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos; promoção da ética, da cidadania, da democracia e dos direitos humanos; e atividades religiosas. Já o art. 1799, inciso III, reforça que podem ser chamadas a suceder as pessoas jurídicas cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação. Ressalve-se que não se trata especificamente de instituição de herdeiro testamentário ou de legatário, mas de *dotação* (MASAGÃO, 1945, p. 70).

A solidariedade familiar realmente é um princípio conformador do Direito das Sucessões; entretanto, ela não pode ser utilizada como justificativa para os supramencionados efeitos de concentração de riqueza e aumento das desigualdades sociais.

49

Ocorre que de pouco adianta a simples previsão legal de um instituto se não há as condições fáticas e jurídicas necessárias para a sua concretização. Em relação às fundações testamentárias, os fatos mais desestimulam que incentivam a sua criação. Sem considerar a necessidade da discussão do tema pela dos incentivos tributários, ainda há, pelo menos, quatro outros fatores jurídicos que contribuem para que os muito ricos não queiram inserir em sua manifestação de última vontade uma dotação especial. Em primeiro lugar, o próprio ato de testar é trabalhoso, em especial em razão do número de formalidades exigidas; o excessivo formalismo é um elemento significativo no porquê de o brasileiro em geral não testar. Em segundo lugar, os limites quantitativos à sucessão testamentária – especificamente a legítima dos herdeiros necessários – pode criar uma barreira à destinação da dotação fundacional necessária. Em terceiro lugar, inexistem políticas públicas, em especial capitaneadas pelo Poder Executivo, de conscientização da população a respeito da referida prática. Em quarto lugar – que intimamente se relaciona com o fator anterior, mas com ele não se confunde –, a inexistência de publicidade adequada a respeito das fundações testamentárias que já existem. Sobre a superação do anacrônico formalismo testamentário, que desestimula de modo geral as manifestações de última vontade, o estudo

é mais amplo do que o objeto deste artigo, motivo pelo qual deverá ser aprofundado em investigação própria. Na sequência, serão analisados os três últimos mencionados fatores.

Em primeiro lugar, é necessário repensar os limites quantitativos à sucessão testamentária quando se tratar de dotação para instituir fundações. Os bens destinados para constituir a fundação devem ser suficientes, sob pena de serem incorporados a outra, já existente, que se proponha a finalidades iguais ou semelhantes, conforme estabelecido pelo art. 63 do Código Civil de 2002. O testador sabe que corre o risco de ver frustrado o seu projeto filantrópico específico caso o patrimônio referente à metade disponível aparente essa insuficiência; desse modo, o instituidor pode desistir do referido projeto caso não queira correr tal risco. Adere-se aqui à crítica de que a legítima dos herdeiros necessários regulada pela atual codificação civil estabelece um critério rígido e abstrato, muitas vezes insuficientes para corresponder às realidades de cada sucessão; compreende-se que os interesses dos sucessores forçados podem justificar uma reserva legítima maior, do mesmo modo que os interesses englobados pelas disposições testamentárias podem justificar uma reserva legítima menor (RIBEIRO, 2021b). Por tais motivos, é possível inferir que, em se tratando de instituição de fundação por testamento, os limites à autonomia privada testamentária podem ser mais flexíveis: notadamente quando não houver interesses legítimos e específicos dos herdeiros necessários, é possível que a dotação fundacional ultrapasse o limite de 50% do patrimônio hereditário, se necessário for para o bom desempenho das finalidades às quais o ente se destinará. Trata-se de uma hipótese em que o interesse social na filantropia pode prevalecer sobre o interesse individual, abstratamente considerado, de familiares do *de cuius*. Além disso, aparentemente é reduzida, ou ao menos consideravelmente dificultada, a possibilidade de uso das fundações como mecanismo de planejamento sucessório fraudulento, no sentido de burla à legítima em favor de sujeitos específicos, em razão da imperatividade da fiscalização da sua atuação pelo Ministério Público.

Não apenas a propriedade, o contrato e a empresa têm função social; a herança, como um todo, e o testamento, de modo específico, também devem ser funcionalizados aos interesses sociais – daí decorrem os deveres de atuação impostos aos sujeitos da sucessão hereditária.

Em segundo lugar, são necessárias políticas públicas de conscientização sobre a importância das fundações, em especial daquelas instituídas por testamento. Há uma corrente de pensamento na Psicologia que compreende que mudanças comportamentais podem decorrer de três diferentes caminhos: fazer as pessoas verem a importância de uma nova atitude; tornar essa mudança necessária, em razão da pressão social percebida pelos indivíduos; ou aumentar a disponibilidade de conhecimento e informação (OETTINGEN, 2015, p. 121). As ora sugeridas políticas públicas são consistentes com os três referidos caminhos. Nesse sentido, tal conscientização deve ser direcionada tanto à popu-

lação em geral quanto aos potenciais instituidores. Com toda a sociedade crescentemente consciente dos benefícios coletivos decorrentes dos atos de generosidade dos mais abastados, aumentará significativamente o prestígio cultural atrelado à filantropia testamentária; conseqüentemente, ampliam-se os incentivos extrajurídicos para a referida prática. Além disso, com campanhas especialmente direcionadas aos potenciais instituidores, estes poderão efetivamente internalizar que os seus planejamentos sucessórios não apenas devem ser movidos por considerações de eficiência econômica, mas também pela importância atribuída aos deveres de altruísmo em benefício da comunidade. Afinal, de que adianta haver a previsão legal das fundações testamentárias, se sequer surge à mente da maioria das pessoas ricas que a instituição de um ente desse tipo é uma excelente possível destinação de parte do seu patrimônio hereditário?

Em terceiro lugar, a conscientização da coletividade e dos potenciais instituidores será potencializada caso haja publicidade adequada a respeito das fundações testamentárias que já existem. Conforme mencionado, atualmente não é fácil saber sequer quantas delas existem, em que ramos atuam, onde estão localizadas e quantas pessoas elas beneficiam. É lamentável esse apagão informacional sobre a matéria, uma vez que tais dados poderiam contribuir substancialmente para o aumento do prestígio cultural das referidas entidades. Com as exceções supramencionadas, nem mesmo consultando diretamente os Ministérios Públicos que fiscalizam tais pessoas jurídicas é possível traçar um panorama amplo das referidas informações. Estudos empíricos sobre caridade testamentária indicam que a falta de transparência dos (e, portanto, de confiança nos) entes filantrópicos envolvidos é um fator decisivo para que as pessoas relutem a participar de tal prática, na medida em que surge o receio de que os benefícios testamentários sejam malversados (POWELL, 2021, p. 138). É muito difícil, senão impossível, traçar políticas públicas de incentivo à instituição de fundações por testamento se inexistem dados compilados sobre essa realidade nem um acompanhamento social amplo da realidade de tais entes.

Em resumo, o Brasil tem um número significativo de muito ricos, todavia pouquíssimas pessoas abastadas inserem em seus planejamentos sucessórios a instituição de uma fundação. Essa realidade pode ser alterada caso se repensem os limites da parte disponível quando se tratar de dotação fundacional; caso haja campanhas públicas que promovam o prestígio cultural das fundações testamentárias, bem como despertem nos potenciais instituidores os incentivos para tanto; e caso haja uma melhor publicidade sobre as fundações que já existem, de modo a permitir um acompanhamento social mais amplo das suas atuações, contribuindo para aumento do seu prestígio social.

3.2 AS DISPOSIÇÕES TESTAMENTÁRIAS PARA A CARIDADE

A filantropia na sucessão hereditária não deve ser estimulada apenas nos casos de grandes fortunas, indo muito além da criação de fundações. Afinal, mesmo quem pouco tem pode fazer o bem com esse pouco. O próprio Código Civil já prevê disposições de última vontade sobre *esmolas de pouca monta a certas e determinadas pessoas, ou, indeterminadamente, aos pobres de certo lugar*¹², bem como cláusulas *em favor dos pobres, dos estabelecimentos particulares de caridade, ou dos*

de assistência pública¹³. Uma das várias possibilidades, inclusive, é a destinação de um legado para fundações que já existem.

Este estudo considera filantropia testamentária, ou disposição para a caridade, em sentido amplo, não se limitando às deixas em benefício dos pobres. Assim, as expressões incluem toda manifestação de última vontade em favor especificamente de pessoas ou entes, de direito público ou privado, com a finalidade de promoção das causas pelas quais se pode constituir fundação, quais sejam: assistência social; a cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; educação; saúde; segurança alimentar e nutricional; a defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; pesquisa científica, desenvolvimento de tecnologias alternativas, modernização de sistemas de gestão, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos; promoção da ética, da cidadania, da democracia e dos direitos humanos; e atividades religiosas. Assim, engloba-se na ideia de disposição testamentária para a caridade, ilustrativamente, um legado de dinheiro para um abrigo privado de idosos, insumos para o SUS, uma biblioteca para uma universidade pública, um veículo para uma ONG voltada à preservação ambiental, um imóvel para uma igreja.

É necessário um estudo empírico para se aferir a frequência atual das cláusulas testamentárias filantrópicas no Brasil, bem como os valores nelas englobados; todavia, a complexidade e a especificidade da referida análise fogem do escopo desta investigação. Aqui se focará em como o ordenamento pode efetivamente promover práticas nesse sentido.

Em interessante estudo, Kristine S. Knaplund (2015, p. 30-49) identifica e descreve detalhadamente os quatro passos necessários para haver disposições testamentárias para a caridade. Em primeiro lugar, é imprescindível que seja feito um testamento; afinal, morrendo o sujeito *ab intestato*, o patrimônio hereditário irá integralmente para os seus familiares. Em segundo lugar, o referido testamento deve ser válido. Em terceiro lugar, a legislação deve encorajar cláusulas de tal natureza. Em quarto lugar, as regras tributárias devem estimular, ou ao menos não desestimular, disposições filantrópicas de última vontade. Os referidos passos serão analisados à luz do ordenamento brasileiro.

Primeiramente, aparentemente se trata de um truísmo afirmar que somente haverá filantropia testamentária caso o sucedido opte por fazer uma manifestação de última vontade. De todo modo, se interessa ao ordenamento que as pessoas façam disposições para a caridade em seu testamento, é imprescindível que se facilite e se democratize – e consequentemente se incentive – o ato de testar. Observa-se que a lei brasileira já dá um passo nesse sentido, em especial deixando de exigir as solenidades testamentárias para as deixas de pequeno valor aos pobres de certo lugar, que podem ser feitas por codicilo. Ocorre que a regulamentação da matéria pode melhorar. Por um lado, os codículos têm eficácia eminentemente frágil, considerando a sua revogação por testamento posterior que não o modifique ou confirme – mesmo que por lapso do disponente. Por outro lado, tal simplificação formal se aplica a uma situação de caridade muito específica – esmolas de pouca monta aos pobres de certo lugar –, cuja interpretação restritiva pode deixar de fora diversas possibilidades de filantropia, considerando o amplo rol

acima mencionado. Por esses motivos, faz-se necessária uma mais ampla simplificação formal do testamento em geral e de todas cláusulas filantrópicas em especial, sem restrições a apenas uma modalidade delas. Além disso, é preciso que se pense em outros meios pelos quais o ordenamento pode facilitar e estimular a feitura de testamentos.

O segundo passo para a filantropia testamentária identificado por Knaplund, também aparentemente um truísmo, é que o testamento com a referida cláusula filantrópica seja considerado válido. No Brasil, atualmente há uma mínima política legislativa de facilitação da validade das disposições filantrópicas. Um mecanismo já existente, anteriormente mencionado, trata-se da simplificação com a possibilidade de esmolas de pouca monta deixadas por codicilo; com eliminação de solenidades, reduz-se significativamente a possibilidade de invalidade do ato por vício formal. No mesmo sentido, embora haja nulidade de disposições em favor de pessoas incertas¹⁴, há uma exceção quando se tratar de cláusula genérica, indeterminada, em favor dos pobres, dos estabelecimentos particulares de caridade ou dos de assistência pública – caso excepcional em que o Código, em vez de imputar a invalidade do benefício, presume que se trata daqueles do último domicílio do testador.

Há outros modos pelos quais a legislação pode reforçar a validade das disposições filantrópicas, dificultando a sua invalidação. Isso é particularmente necessário considerando o possível desinteresse dos sucessores legítimos no cumprimento das referidas cláusulas. Nesse sentido, escrevendo ainda no século XIX, Simeon E. Baldwin (1895, p. 133-134) nota que benefícios testamentários para a caridade, por menores que sejam, diminuem, ainda que apenas um pouco, o quinhão dos sucessores legítimos; por essa razão, sem uma efetiva mudança de mentalidade dos herdeiros, estes dificilmente cumprirão tais disposições de bom grado e comumente ficarão tentados a questionar a validade das mencionadas cláusulas. Simeon E. Baldwin (1895, p. 135-136) então sugere que, questionada a validade de uma disposição testamentária filantrópica, não se possa confiar totalmente no testamenteiro para a defesa da eficácia daquela cláusula; afinal, ele poderá se beneficiar pessoalmente com o reconhecimento da invalidade. Por essa razão, o autor argumenta que o Poder Público deva se encarregar de defender a validade das disposições filantrópicas.

Além das questões de validade das cláusulas filantrópicas, é necessário também criar mecanismos que reforcem a sua eficácia; aqui serão sugeridas três reformas legislativas. Em primeiro lugar, a revogação de tais disposições deve sempre ser expressa e específica, não bastando a incompatibilidade com disposições posteriores nem uma revogação genérica do testamento em que elas foram incluídas¹⁵. Em segundo lugar, caso a instituição de caridade beneficiada não exista mais no momento da abertura da sucessão, em vez da caducidade da disposição por falta do sucessor testamentário, a deixa deve ser direcionada a outro ente com finalidades semelhantes, salvo disposição expressa em contrário do testador. Por fim, havendo pedido de redução das disposições testamentárias feitas em favor da caridade, o juízo sucessório deve observar em cada caso concreto ambas as ordens de interesses – da família e da filantropia –, sem estabelecer precedência *a priori* a qualquer uma das duas.

Um estudo empírico feito em jurisdições que adotam a *family provision*¹⁶ demonstra que as disposições testamentárias para a caridade comumente são colocadas em segundo plano de importância, sendo substancialmente reduzidas ou até mesmo eliminadas em razão de necessidades dos familiares do testador, as quais recebem tratamento privilegiado dos juízos sucessórios (HANNAH; MCGREGOR-LOWNDES, 2008, p. 1). Embora o Brasil adote a regra da reserva legitimária de 50% do patrimônio sucessível, se na situação concreta de determinada sucessão não houver interesses específicos dos familiares que se sobreponham ao interesse público perseguido pela disposição filantrópica, o testamento não deverá ser reduzido para respeitar a legítima. Afinal, a solidariedade familiar é apenas uma das dimensões da solidariedade constitucional.

O terceiro passo para a filantropia testamentária identificado por Knaplund consiste no encorajamento, por parte da legislação, para que cláusulas dessa natureza sejam feitas. A simplificação formal e o reforço da validade e eficácia, mecanismos normativos supramencionados, são incentivos necessários, porém não suficientes para o aumento das disposições para a caridade. Há também os incentivos tributários, abordados mais à frente, que não se confundem com estímulos específicos do Direito Privado; aqui se focará na possibilidade de o Código Civil, com seus próprios mecanismos, induzir as disposições filantrópicas.

Um estudo empírico realizado no Reino Unido, conduzido por Michael Sanders e Sarah Smith (2014, p. 8-10) demonstrou que um simples incentivo no momento da elaboração do testamento tem um efeito substancial, equiparável a estímulos tributários no mesmo sentido, na probabilidade de o testador fazer uma disposição filantrópica. Advogados foram instruídos a questionar aos disponentes, em cujas elaborações de testamentos estavam auxiliando, se lhes interessava fazer uma deixa para a caridade. As instruções diferiam no grau de intensidade do questionamento a ser realizado. Alguns fizeram perguntas menos assertivas, algo como *agora que você dispôs em favor da família e dos amigos, quero falar com você sobre filantropia; você gostaria de deixar algum legado para instituições de caridade?*¹⁷. Outros foram mais assertivos, algo como *agora que você dispôs em favor da família e dos amigos, quero falar com você sobre filantropia, já que muitos clientes deixam um legado para instituições de caridade em seus testamentos; há causas ou instituições pelas quais você se interesse?*¹⁸. Todos os advogados foram instruídos a não insistir caso o cliente indicasse que não estava interessado nesse tipo de disposição. Como resultado, observou-se um aumento em cláusulas filantrópicas, em comparação com testamentos feitos em um outro período equivalente, de 5,4% nos casos das perguntas menos assertivas, e de 11,4% nos casos das perguntas mais assertivas. A adoção de uma regra nesse sentido para profissionais encarregados de auxílio no planejamento sucessório é uma possibilidade pouco custosa e pouco invasiva. Um consultor jurídico que esteja auxiliando na elaboração do ato, ou o tabelião perante quem se esteja testando, poderiam ter a obrigação legal de suscitar um questionamento desse tipo ao disponente, sem necessidade de insistência em caso de manifestação de desinteresse.

Em verdade, os estímulos à filantropia testamentária podem ser ainda mais sutis do que o acima exposto. Embora certamente

diversos instrumentos possam ser desenvolvidos nesse sentido, esta investigação focará nas ideias de *nudge*, de *penalty default rules* e de *deliberative accountability rules*, que, aplicadas conjuntamente, mantém incólume a autonomia privada testamentária, porém potencialmente contribuem significativamente para o aumento da caridade nas manifestações de última vontade.

Em *Nudge*, Richard H. Thaler e Cass R. Sunstein trazem uma série de estudos sobre a arquitetura das escolhas (*choice architecture*) e sugestões de reformas legislativas a partir de conhecimentos sobre os vieses cognitivos humanos, naquilo que eles chamam de “paternalismo libertário”. Com tal conceito, os referidos autores defendem que as pessoas devem geralmente ser livres para escolher o que querem, inclusive para rejeitar opções que considerem indesejáveis. Ao mesmo tempo, entendem que é legítimo, no procedimento de estruturação das opções postas à disposição dos indivíduos, que o comportamento seja influenciado de modo a induzir escolhas que façam as pessoas viverem mais, mais saudáveis e melhor. Segundo os autores, trata-se de um paternalismo não intrusivo porque as escolhas individuais não são obstadas nem dificultadas; as intervenções na estrutura das escolhas – *nudges* – são facilmente contornáveis, não retirando a possibilidade de as pessoas escolherem algo diverso do que foi estabelecido (THALER; SUNSTEIN, 2009, p. 5).

Para esta investigação, é de particular interesse o viés cognitivo de *status quo*, aquele segundo o qual as pessoas tendem a continuar na situação em que se encontram – ou seja, a continuar inertes. Um exemplo de como empresas se utilizam disso são os períodos de teste gratuito de determinados serviços, depois dos quais as mensalidades passam a ser cobradas caso o consumidor não cancele as assinaturas; uma parcela significativa dos consumidores acaba não cancelando antes do fim do período de teste gratuito. Também como efeito desse viés do *status quo*, se uma opção é designada como a *default*, ela será adotada pela maioria das pessoas, ainda que seja possível escolher entre diversas outras opções disponíveis. Isso porque os indivíduos efetivamente tendem a não alterar sua situação, independentemente de esta ser a melhor para eles ou não entre as várias possíveis, na medida em que permanecer inerte é o que dá menos trabalho. Semelhantemente, também há uma percepção de que a opção *default* é a “normal” ou a que vem com uma recomendação implícita para que seja adotada (THALER; SUNSTEIN, 2009, p. 34-35).

Richard H. Thaler e Cass R. Sunstein (2009, p. 85-88) defendem que, na arquitetura de um sistema de escolhas, inclusive em relação ao ordenamento jurídico, é inevitável estabelecer regras *default*, que determinem o que acontecerá em diversas circunstâncias caso a pessoa acabe não escolhendo expressamente alguma opção, ainda que haja duas ou mesmo várias possibilidades de escolha. Do mesmo modo, é interessante notar as diferenças práticas do *default* adotado. Ilustrativamente, nos lugares onde o sistema de doação de órgãos é *opt-out* – a lei presume que o sujeito é doador, a menos que ele expresse seu desinteresse nisso – a disponibilidade de órgãos para transplante tende a ser maior do que em jurisdições *opt-in* – nas quais a lei não presume que o indivíduo é doador, então ele tem de manifestar expressamente vontade nesse sentido. Conclusivamente, se o legislador considera que uma determina-

da opção produz as melhores consequências, ele pode influenciar fortemente os resultados alcançados determinando que aquela opção será a *default*, sem eliminar a possibilidade de as pessoas escolherem diferentemente, em respeito à autonomia (THALER; SUNSTEIN, 2009, p. 7).

Ian Ayres e Robert Gertner (1989, p. 87-95), partindo da distinção entre normas cogentes (*immutable rules*) e normas supletivas (*default rules*), refletem sobre os critérios utilizados para definir o conteúdo destas últimas. Para os autores, embora comumente se adote a ideia de que as normas supletivas devem refletir aquilo que a maioria dos agentes desejaria, tal concepção deve ser repensada. Segundo Ayres e Gertner, em alguns casos, o ordenamento jurídico deve estabelecer *penalty default rules*, no sentido de que tais normas supletivas propositalmente contrariam frontalmente o que as partes, ou ao menos uma delas, presumivelmente iriam querer. Com essa estratégia, os sujeitos restariam encorajados a expressar detalhadamente as suas vontades, caso não desejem que sejam produzidos os efeitos daquela norma supletiva; desse modo, haveria maior disposição de informações tanto para a outra parte quanto para terceiros, em especial para o magistrado que eventualmente seja chamado a interpretar aquele negócio jurídico. Inspirada nas ideias dos referidos doutrinadores, Shelly Kreiczler-Levy (2012, p. 950) sugere que a interpretação dos testamentos incorpore determinadas regras que, por serem propositalmente contrárias à vontade presumida do testador, obriguem-no a internalizar as diversas consequências das disposições testamentárias e exijam dele expressa deliberação. A autora designa tais regras *deliberative accountability rules*, que se aplicarão caso o disponente não se manifeste explicitamente em sentido contrário.

Com base nas ideias de *nudge*, sugere-se que todo testamento venha com uma cláusula filantrópica implícita, que poderá facilmente ser afastada pelo testador, desde que ele manifeste expressamente vontade nesse sentido. Sempre que alguém fizer um testamento de qualquer modalidade, no silêncio da manifestação de última vontade, presumir-se-á a existência de um benefício para a caridade. Não se tratará de uma imposição tributária, na medida em que tal deixa terá natureza meramente supletiva e será direcionada especificamente a uma causa de filantropia. Em razão do viés de *status quo*, antecipa-se que uma parcela significativa dos testadores manterá a disposição para a caridade conforme prevista em lei. Apesar disso, a autonomia privada testamentária restará íntegra, uma vez que simples manifestação explícita em contrário afasta a sua inclusão no conteúdo do testamento (sistema *opt-out*). A regra também se encaixa nas concepções de *penalty default* e *deliberative accountability rules*, uma vez que a exigência de manifestação explícita afastando a presunção de disposição filantrópica tanto aumenta a disponibilidade de informações para a interpretação do testamento quanto obriga o testador a internalizar as consequências da sua recusa de direcionar uma parcela do patrimônio para finalidades sociais.

Evidentemente, há diversas questões regulatórias envolvendo a sugestão feita acima. Por um lado, é razoável exigir-se que o disponente seja alertado, pelo tabelião ou pelo consultor jurídico que o auxilie na escrita, da existência dessa referida disposição implícita e da possibilidade de optar por não a inserir na sua ma-

nifestação de última vontade. Por outro lado, questiona-se quais as possíveis consequências de tal alerta eventualmente não ser realizado; pelo que se discutiu acima sobre o reforço à validade e à eficácia das cláusulas filantrópicas, sancioná-las com invalidade ou ineficácia em razão da desídia do profissional envolvido parece uma solução ruim. Além disso, casos há em que não há intervenção profissional no ato de estar, como, por exemplo, no testamento particular feito sem qualquer auxílio de advogado; a inexistência de um alerta nessas hipóteses gera uma inconsistência no tratamento da matéria que não parece adequado.

Ainda como questões regulatórias do *nudge* sugerido, é de se questionar de *quanto* deve ser a disposição filantrópica implícita e de *quem* ou *qual causa* deve ser contemplada. Sobre o valor, é muito difícil determinar *a priori*, sem levar em consideração o patrimônio sucessível como um todo ou ao menos aquela parcela inserida no testamento, um valor fixo que configure um legado de dinheiro para a caridade. Ao mesmo tempo, corre-se o risco, com o uso de um percentual da herança como critério para definir o valor da cláusula filantrópica implícita, de se criar nos disponentes a falsa percepção de se tratar de (mais um) tributo e, assim, acabar se criando uma rejeição à ideia. Percebe-se que permanece em aberto o modo adequado de estabelecer o *quantum*, devendo a matéria ser alvo de futuros debates e investigações específicas. De todo modo, sugere-se a adoção de um percentual entre 0,5% e 1,0%, que considere a extensão do patrimônio e que, por ser relativamente reduzido, não seja encarado com profunda antipatia pelos testadores de modo geral.

53

[...] a herança contribui para a concentração de riqueza e, em gerações sucessivas, para o aumento das desigualdades sociais. Um dos possíveis meios de mitigar esse cenário negativo é estimular que a sucessão hereditária seja espaço de promoção da filantropia.

Por outro lado, se o objetivo da legislação é induzir que a disposição filantrópica implícita não seja derogada, é imprescindível que o legislador, na regulamentação da matéria, escolha bem quem será o destinatário desta cláusula. Evidentemente, o ideal é que o testador escolha o ente ou a causa que mais lhe agrade; entretanto, como aqui se está falando de uma regra que se aplique no silêncio do disponente, é inevitável que a norma diga para onde aquela deixa presumida irá caso o testamento nada fale a respeito. Um critério aparentemente essencial na determinação das entidades ou causas beneficiadas é o impacto positivo percebido pelos disponentes; estudos empíricos indicam que há uma percepção de maior impacto positivo em caso de benefícios deixados a instituições de caridade locais e menores, em especial porque elas têm menos recursos e atendem à comunidade na qual os disponentes criaram raízes (POWELL, 2021, p. 136-137). Trata-se de observação consistente com o art. 1.902 do Código Civil de 2002. A regra já positivada também parece ser uma solução melhor do que a criação de um fundo, ainda que local, para suporte patrimonial genérico às instituições filantrópicas, considerando que uma medida de tal natureza aumentaria a percepção de se tratar de um tributo, ainda

mais associada a uma alíquota da herança, o que pode gerar rejeição nos disponentes.

Por fim, o quarto passo para a filantropia testamentária identificado por Knaplund consiste no tratamento tributário da matéria, que deve estimular ou ao menos não desestimular deixas para a caridade. Disposições filantrópicas são influenciadas pela atratividade, ou falta dela, das outras opções do testador, entre elas o pagamento de tributos. O valor destinado ao pagamento de tributos é visto como indo a um ente e a propósitos com os quais o disponente não guarda conexões; enquanto isso, disposições filantrópicas permitem que os disponentes direcionem riqueza a instituições e causas com os quais se identificam e que expressam as suas prioridades. Nesse sentido, *"money that goes to government is seen as taken away, while money donated to philanthropy is seen as money given away"* (OSTROWER, 1995, p. 101). Diversos estudos feitos nos Estados Unidos, inclusive por órgãos governamentais, indicam que a política de disposições testamentárias para a caridade resultarem em redução do imposto devido pelos herdeiros sobre a herança estimula significativamente o testador a fazer cláusulas nesse sentido (MCGARRY, 2008, p. 7; BAKUA *et al*, 2003). Faz-se necessário uma reforma tributária, por emenda à Constituição, para ao menos criar uma hipótese específica de imunidade do imposto de transmissão para os beneficiários de disposições filantrópicas. Idealmente, a reforma também deverá prever uma redução do imposto devido pelos demais sucessores. Também se faz imprescindível refletir como se dará a fiscalização para evitar fraudes.

54

Há outros modos pelos quais a legislação pode reforçar a validade das disposições filantrópicas, dificultando a sua invalidação. Isso é particularmente necessário considerando o possível desinteresse dos sucessores legítimos no cumprimento das referidas cláusulas.

Por fim, consigne-se que o desenvolvimento de incentivos à filantropia testamentária exige uma análise com muito mais nuances do que as que podem ser feitas dentro das presentes restrições de tempo e de espaço. É imprescindível observar que diferentes potenciais disponentes respondem a diferentes estímulos, e que em alguns casos a mensagem transmitida deverá ser moldada para um público específico. Serão a seguir ilustradas duas características dos testadores demandam abordagens distintas: ter ou não filhos; e o gênero.

Estudos feitos na Austrália (BAKER, 2007; BAKER, 2011) sugerem que testadores com filhos (e, em menor proporção, com cônjuges vivos) tendem a fazer significativamente menos disposições testamentárias para a caridade do que aqueles que morrem sem filhos nem cônjuge. O mesmo efeito foi verificado empiricamente no Reino Unido, mesmo quando o profissional encarregado de esboçar o testamento questionava o disponente sobre o interesse de fazer uma disposição filantrópica (SANDERS; SMITH, 2014, p. 15). Na medida em que expectativas sociais interferem profundamente no conteúdo das manifestações de última vontade, esses dados podem ser explicados pela percepção cultural naqueles países de que o patrimônio

hereditário deve ser transmitido aos membros da família, não a alguém de fora, embora se trate de instituições de caridade. Essa conclusão explicaria por que em jurisdições onde tal percepção não é tão intensa, notadamente nos Estados Unidos, as disposições filantrópicas são mais comuns. É importante ter essa questão em vista ao se pensar na filantropia testamentária no contexto da sociedade brasileira, onde permanece a cultura de que a herança deve beneficiar principalmente os familiares do morto, sendo considerado desviante da norma um testamento que fuja dessa lógica.

Há também uma questão de gênero a ser enfrentada. Estudos empíricos feitos em outras jurisdições, que não o Brasil, demonstram que testadoras mulheres tendem a fazer mais disposições para a caridade do que homens, tanto *inter vivos* quanto *causa mortis* (MCGRANAHAN, 2007, p. 2). Evidentemente se faz necessário um estudo específico sobre a realidade brasileira; contudo, se a partir de tais análises se perceber a repetição do mencionado padrão, deverá ser desenvolvida uma política pública para equilibrar esse cenário. Obviamente, o equilíbrio buscado deve ser para mais – incentivo específico para testadores homens beneficiarem instituições filantrópicas –, e não para menos – reduzir as disposições feitas por disponentes mulheres. O desenvolvimento desses incentivos específicos requer estudo próprio, que foge ao objeto de estudo da presente investigação, todavia, é algo que se deve ter em mente.

3.3 FILANTROPIA TESTAMENTÁRIA: RESSALVAS E REGULAMENTAÇÃO

É imprescindível destacar que a filantropia testamentária não irá resolver todas as distorções de aumento das desigualdades socioeconômicas provocadas pela herança. Muitos outros estudos são necessários para efetivamente funcionalizar o fenômeno sucessório aos interesses coletivos. As sugestões elaboradas nas subseções anteriores têm efeito, de um lado, de alguma mitigação da concentração de riqueza e, de outro lado, principalmente de promoção de algum grau de solidariedade social no contexto da sucessão *causa mortis*.

Além disso, a própria ideia de filantropia testamentária não é totalmente imune a questionamentos. Mary-Beth Raddon (2008, p. 27-28) expõe criticamente os três principais meios pelos quais o discurso filantrópico vem consolidando e expandindo a hegemonia neoliberal: legitimando a desigualdade social; facilitando que serviços de bem-estar social que deveriam ser prestados pelo Estado passem para o setor privado; e promovendo um ideal estreito de cidadania. Para Raddon (2008, p. 42), o discurso neoliberal exalta um modelo de cidadania definido por atos individuais de generosidade, em detrimento de uma perspectiva mais coletivista – o que diminui a importância, na percepção social, de atos importantes como pagar impostos ou participar de movimentos sociais.

Mary-Beth Raddon (2008, p. 38) também critica o fato de as escolhas filantrópicas dependerem não de uma visão ampla das necessidades coletivas, mas de visões particulares da classe social ou peculiaridades específicas do disponente. De fato, há evidências empíricas robustas de que as decisões a respeito de quais entidades filantrópicas beneficiar em testamento são fundadas significativamente, entre outros fatores, em emoções, gostos e contextos pessoais do disponente (POWELL, 2021, p.

126). O histórico individual e as experiências prévias em relação à filantropia também desempenham um papel importante nas decisões distributivas, na medida em que se tende a beneficiar aquelas instituições de caridade com as quais o sujeito, ou alguém próximo a ele, já tinha algum vínculo em vida (POWELL, 2021, p. 130). Desse modo, depreende-se que as escolhas de direcionamento dos benefícios nem sempre levam em consideração quais são as causas que, tanto em uma perspectiva geral quanto em determinado momento ou local, estão mais necessitadas de apoio. Consequentemente, a depender do contexto, alguns setores (como os de proselitismo religioso) podem ser muito mais beneficiados pelos atos de filantropia do que outros igualmente importantes para a coletividade (como o de fomento à educação ou de amparo aos idosos). A alocação de recursos, desse modo, perde em racionalidade e ganha certo grau de arbitrariedade, o que é um dos motivos pelos quais a filantropia sucessória não pode ser encarada como um substituto definitivo para a atuação do Poder Público.

Embora se entenda que os problemas apontados não são intransponíveis e que a filantropia testamentária, com ressalvas, deve ser estimulada, ainda assim é necessário que se atente para alguns aspectos regulatórios sobre a matéria. O primeiro fator a ser tratado com cautela diz respeito às abordagens feitas, pelos entes que querem ser beneficiados, a potenciais disponíveis. A prospecção de benefícios testamentários por parte das instituições de caridade tanto pode ter efeitos positivos quanto negativos. Em jurisdições como os Estados Unidos e o Reino Unido, é comum haver a profissionalização da captação de benefícios testamentários, com o estímulo à inclusão da caridade nos planejamentos sucessórios – o chamado *planned giving* –, contribuindo assim para o aumento dos recursos destinados à filantropia. Por outro lado, há experiências assemelhadas ao assédio por parte dessas instituições, reiteradamente pedindo que sejam incluídas nas manifestações de última vontade. Há indicativos de que isso pode gerar um desestímulo às disposições para a caridade, tanto pelas referidas condutas serem consideradas antiéticas, quanto pela percepção de que os legados incentivariam a continuidade dessas desagradáveis técnicas de captação de recursos (POWELL, 2021, p. 143). O regimento da matéria exige o estabelecimento de, por exemplo, quantas vezes ou depois de quanto tempo uma mesma instituição pode procurar um mesmo potencial disponente, ou instrumentos pelos quais o sujeito pode optar por não ser contactado para captação de legados filantrópicos.

Um segundo aspecto regulatório sobre a filantropia testamentária diz respeito especificamente a instituições religiosas que se inserem no contexto da morte. Especialmente no mundo ocidental, o histórico das relações entre religião e testamento exige uma atenção cuidadosa sobre a matéria. É bom lembrar as razões de, após um período em desuso, a prática de testar ter sido retomada em meados da Idade Média. Conforme relatado por Pontes de Miranda (2005, p. 38) e por John Gilissen (2003, p. 691), a Igreja, por meio dos tribunais eclesiásticos, fiscalizava a morte, buscando esmolas, dadas e legados, nas assim chamadas “disposições piedosas”; caso o sujeito não as instituisse, sofreria a pena de privação de sepultura. Para evitar esta sanção, que lhes atingiria espiritualmente, os indivíduos passa-

ram a adotar o costume de instituir legados para prover necessidades piedosas. Por esse motivo, em determinado ponto, disposições para a Igreja deixaram de ser facultativas, passando a ser compulsórias na prática (CARTER, 2014, p. 1002-1005). No mundo da *common law*, as deixas testamentárias para organizações religiosas chegaram a ser proibidas por diversas leis – as chamadas *laws of mortmain* – ao longo dos séculos, inclusive pela Magna Carta (FRANZEN, 1966, p. 450-453). São vários os porquês de tais proibições, como, por exemplo, a proteção do testador contra manipulação no leito de morte. Outro fundamento era evitar que os bens, especialmente os imóveis, deixados para a Igreja fossem retirados do comércio, em prejuízo tanto do sistema econômico quanto da futura arrecadação de tributos caso não houvesse mais circulação daqueles bens. Nos Estados Unidos, não se adotaram essas proibições gerais, mas há estados que proíbem deixas realizadas em determinado período que antecede a morte; outros que limitam a extensão do benefício que pode ser deixado para a caridade, em especial se o testador tem familiares próximos; e outros estados que combinam ambas as abordagens (CARTER, 2014, p. 1013).

A regulamentação dos testamentos em favor de instituições religiosas deve ser feita com muito cuidado. De um lado, parece evidente ser ruim a solução de proibir genericamente cláusulas de tal natureza, como se fez alhures com as *laws of mortmain*. Sem dúvidas, as deixas com finalidade religiosa não apenas têm natureza filantrópica, com um grande potencial de contribuição social, mas também dizem respeito a outros direitos fundamentais como a liberdade de crença, além de trazerem conforto em relação a um tema tão sensível quanto a finitude da vida. Por outro lado, esse mesmo contexto de sensibilidade tem um significativo potencial de tornar os disponentes vulneráveis a manipulações. Não são incomuns os relatos de pessoas que fazem vultosas liberalidades *inter vivos* para igrejas e, posteriormente, alegam situações como abusos, coações psicológicas ou mesmo lavagem cerebral. Trazendo isso para a sucessão *causa mortis*, com eventuais acusações suscitadas postumamente por herdeiros inconformados, tem-se um cenário muito complicado. É ruim para o testador, que se vê como um potencial alvo de manipulação e ao mesmo tempo corre o risco de não ter respeitada uma hígida manifestação de última vontade. Também é ruim para a organização religiosa, a quem pode injustificadamente ser imputada uma conduta ilícita que não cometeu. Por fim, também é ruim para o herdeiro, que pode se sentir prejudicado recebendo um quinhão que considera ter sido desfalcado em razão de uma influência indevida feita por um líder religioso. Por todos esses motivos, a regulamentação da matéria deve ser bem cuidadosa e partir de estudos profundos sobre como o tema vem sendo disciplinado em outras jurisdições.

4 CONCLUSÃO

Neste artigo, propuseram-se meios de incentivar a filantropia testamentária. Em primeiro lugar, discutiu-se a importância do tema. Demonstrou-se que a herança tem um potencial para concentração de riqueza, contribuindo para o aumento das desigualdades sociais, na contramão dos comandos constitucionais. Do mesmo modo, percebeu-se que a solidariedade constitucional impõe deveres aos titulares de direitos subjetivos,

inclusive em relação à herança.

Descreveu-se o papel da filantropia sucessória em outras culturas e se defendeu que o ordenamento jurídico brasileiro pode estimular a prática. Foi dada ênfase nas fundações criadas por testamento e nas disposições para a caridade em geral. Sobre as fundações testamentárias, em primeiro lugar se observou a inexistência de dados compilados sobre a matéria, bem como a dificuldade de acesso aos dados por meio das promotorias encarregadas da sua fiscalização. Percebeu-se que existem poucas fundações instituídas por testamento no Brasil e se discutiram soluções para o aumento desse número. Sugeriu-se uma reformulação da reserva legitimária e da parte disponível em caso de dotação, além da criação de políticas públicas de conscientização e o aumento da transparência em relação às fundações que já existem. Em relação às disposições para a caridade em geral, notou-se que elas podem ser incentivadas de quatro diferentes modos. Foram expostas sugestões para facilitar o ato de testar, bem como para reforçar a validade e a eficácia de cláusulas testamentárias filantrópicas. Também foram apresentados mecanismos de incentivo de natureza civil e tributária para, preservando a autonomia dos disponentes, aumentar a incidência de disposições dessa natureza.

Por fim, foram feitas ressalvas à filantropia testamentária. Reconheceu-se, em primeiro lugar, que ela por si só não é o único mecanismo necessário para a redução das distorções, em termos de concentração de riqueza, provocada pela herança. Além disso, observaram-se argumentos no sentido de que a cultura à caridade reforça o discurso neoliberal. Discutiram-se, também, importantes aspectos regulatórios sobre a matéria, em especial para evitar assédio a potenciais disponentes, bem como para questões envolvendo disposições para instituições religiosas.

NOTAS

- 1 Na definição de Piketty (2014, p.52), capital consiste em *todo tipo de riqueza que, pressupõe-se, pode pertencer a indivíduos (ou a grupos de indivíduos), além de também poder ser transmitida, comprada ou vendida, de modo permanente, em algum mercado*. De acordo com Piketty (2014, p. 238), as “rendas do trabalho compreendem sobretudo os salários, e, para simplificar a exposição, iremos nos referir à desigualdade dos salários para designar a desigualdade da renda do trabalho. Na verdade, para sermos exatos, as rendas do trabalho abrangem, igualmente, as rendas do trabalho não assalariado, que há muito desempenham um papel essencial e hoje ainda são bastante relevantes. As rendas do capital também tomam diferentes formas: representam o conjunto de rendas recebidas sobre títulos de propriedade do capital, independentemente de qualquer trabalho e da denominação jurídica formal (aluguéis, dividendos, juros, royalties, lucros, ganhos de capital etc.)”.
- 2 Piketty (2014, p. 241) ilustra os efeitos cumulativos da herança: por exemplo, é mais fácil poupar quando se herdou um apartamento e não se tem de pagar aluguel.
- 3 Em relação aos Estados Unidos, Kotlikoff e Summers (1981, p. 707; p. 730) demonstraram que o papel da poupança durante a vida é bem pequeno, uma vez que estatisticamente a acumulação de capital resulta principalmente de transferências intergeracionais de riqueza.
- 4 Conforme Resolução 09/1992 do Senado Federal, a alíquota máxima do Imposto de Transmissão Causa Mortis atualmente é de 8%. Ao mesmo tempo, a do Imposto de Renda da pessoa física é de 27,5% e da pessoa jurídica de 15% sobre o lucro apurado (com adicional de 10% sobre a parcela do lucro que exceder R\$ 20.000,00). Aluizio Rausch (2016, p. 566) aduz que é *inevitável a conclusão de que a atual tributação de heranças e doações no Brasil, cuja alíquota máxima é 8%, é extremamente injusta, anacrônica e, por permitir excessivo acúmulo intergeracional de riqueza,*

desestimula o trabalho, leva a menor desenvolvimento econômico e a maior pobreza, e ofende a democracia e a meritocracia.

- 5 Nascido na Escócia, Carnegie se tornou um dos maiores expoentes do capitalismo nos Estados Unidos na América. Ele, além de ter construído o famoso prédio Carnegie Hall, em New York City, deixou um robusto legado filantrópico. Contribuiu para a construção de centenas de bibliotecas e museus, bem como criou diversas fundações de caridade. Um exemplo é a Carnegie Endowment for International Peace, que ainda mantém suas atividades (<https://carnegieendowment.org>).
- 6 Em tradução livre, “O Evangelho da Riqueza”. Ressalve-se que Carnegie defendia que havia muito mais valor em fazer filantropia em vida do que no momento da morte.
- 7 Pietro Perlingieri (2002, p. 2) também identifica duas possíveis funções do direito positivo: *pode exercer historicamente uma função de conservação das situações de fato ou, sob o impulso de interesses contrastantes e alternativos, de transformação das estruturas preestabelecidas*.
- 8 Constituição Federal de 1988, art. 199, § 4º. A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.
- 9 Disponível em <<https://www.capgemini.com/ch-de/wp-content/uploads/sites/26/2018/06/Capgemini-World-Wealth-Report-19.pdf>>. Acesso em: 10 de janeiro de 2022.
- 10 Disponível em <<https://forbes.uol.com.br/negocios/2019/03/brasil-volta-a-concentrar-bom-numero-de-bilionarios/>>. Acesso em: 10 de janeiro de 2022.
- 11 Disponível em <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/economicas/outras-estatisticas-economicas/9023-as-fundacoes-privadas-e-associacoes-sem-fins-lucrativos-no-brasil.html?=&t=publicacoes>>. Acesso em: 10 de janeiro de 2022.
- 12 Art. 1881.
- 13 Art. 1902.
- 14 Art. 1.900, inciso II.
- 15 A exigência de revogação expressa e específica faz com que essa regra aqui sugerida se enquadre na categoria das deliberative accountability rules, que por sua vez foi criada por Shelly Kreitzer-Levy (2012, p. 948-950) para forçar o testador a internalizar as consequências das suas decisões de última vontade, obrigando-o a se manifestar explicitamente sobre determinados temas sensíveis no planejamento sucessório.
- 16 Sistema presente na maioria das jurisdições de common law, no qual as disposições testamentárias podem ser revistas pelo juízo sucessório caso o testador não tenha deixado uma provisão sucessória adequada e suficiente para as necessidades de certas pessoas próximas a ele.
- 17 Tradução livre do original: *Now that you've looked after your family and friends, I'd like to talk you about charity. Would you like to leave a charitable gift in your will?*
- 18 Tradução livre do original: *Now that you've looked after your family and friends, I'd like to talk to you about charity. Many of our customers like to leave a gift to charity in their will. Are there any charitable causes that you're passionate about?*

REFERÊNCIAS

- AYRES, Ian; GERTNER, Robert. Filling gaps in incomplete contracts: an economic theory of default rules. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 99, n. 1, p. 87-130, Oct. 1989.
- BAKER, Christopher. All in the family: wealth, inequality and charitable bequests in Victoria. 2007. Disponível em: <https://www.semanticscholar.org/paper/All-in-the-family%3A-wealth%2C-inequality-and-bequests-Baker/744bb354c397c740e66054d137be249857e06345>. Acesso em: 14 jan. 2022.
- BAKER, Christopher; GILDING, Michael. Inheritance in Australia: family and charitable distributions from personal estates. *Australian Journal of Social Issues*, Sydney, v. 46, n. 3, p. 273-289, 2011.
- BALDWIN, Simeon E. The duty of the State in suits attacking charitable bequests. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 4, n. 4, p. 133-136, Mar. 1895.
- BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*: novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri, SP: Manole, 2007.
- CARNEGIE, Andrew. The gospel of wealth. In: CARNEGIE, Andrew; KIRKLAND, Edward C. (ed). *The gospel of wealth and other timely essays*. Cambridge: Harvard University Press, 1962.
- CARTER, Elizabeth R. Tipping the scales in favor of charitable bequests: a critique. *Pace Law Review*, White Plains, NY, v. 34, n. 3, p. 983-1040, Summer, 2014. Disponível em: <https://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent>.

- cgi?article=1865&context=plr. Acesso em: 1 ago. 2018.
- CATALAN, Marcos Jorge. Direito das sucessões: por que e para quem?: reflexões a partir da realidade brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 44, p. 135-147, out./dez. 2010.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. Os direitos fundamentais na Constituição brasileira. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 88, p. 421-437, jan. 1993.
- DOMINGUES, Nathália Daniel. *Tributação da herança*. Belo Horizonte: Arraes, 2017.
- DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. 10. ed. Paris: Ancienne Libraire Fontemoing, 1923. Tome 3.
- FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
- FRANZEN, Nancy. Thy will be done: the status of charitable bequests in California. *Hastings Law Journal*, San Francisco, CA, v. 18, n. 2, p. 450-460, 1966. Disponível em: https://repository.uchastings.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1926&context=hastings_law_journal. Acesso em: 1 ago. 2018.
- FRIEDMAN, Lawrence M. *Dead hands: a social history of wills, trusts, and inheritance law*. Stanford: Stanford University Press, 2009.
- GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.
- HALLIDAY, Daniel. *Inheritance of wealth: justice, equality, and the right to bequeath*. Oxford, England: Oxford University Press, 2018.
- HANNAH, Frances M.; MCGREGOR-LOWNDES, Myles. *From testamentary freedom to testamentary duty: finding the balance*. Brisbane, AU: The Australian Centre for Philanthropy and Nonprofit Studies, Queensland University of Technology, 2008. (CPNS Working Paper Series, n. 42)
- KNAPLUND, Kristine S. *Becoming charitable: predicting and encouraging charitable bequests in wills*. *University of Pittsburgh Law Review*, Pittsburgh, PA, v. 77, p. 1-49, Fall. 2015. Disponível em: <https://lawreview.law.pitt.edu/ojs/lawreview/article/view/386/308>. Acesso em: 1 ago. 2018.
- KOTLIKOFF, LJ; SUMMERS, LH. The role of intergenerational transfers in aggregate capital accumulation. *Journal of Political Economy*, Chicago, IL, v. 89, n. 4, Aug. 1981.
- KREICZER-LEVY, Shelly. Deliberative accountability rules in inheritance law: promoting accountable estate planning. *Journal of Law Reform*, Michigan, v. 45, 2012.
- LEROY-BEAULIEU, Paul. *Traité théorique et pratique d'économie politique*. 4. ed. Paris, FR: Félix Alcan, 1906. t. 4.
- LISCOW, Zachary. Reducing inequality on the cheap: when legal rule design should incorporate equity as well as efficiency. *The Yale Law Journal*, New Haven, n. 123, n. 7, p. 2478-2510, 2014. Disponível em: https://www.yalelawjournal.org/pdf/123.7.Liscow_qrzdqzgf.pdf. Acesso em: 1 ago. 2018.
- LISCOW, Zachary. Is efficiency biased? *The University of Chicago Law Review*, Chicago, n. 85, p. 1649-1718, 2018. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6106&context=uclev>. Acesso em: 1 ago. 2018.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista Direito GV*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, maio 2005. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/download/35261/34057/0>. Acesso em: 14 jan. 2022.
- MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto do partido comunista*. Lisboa, Portugal: Avante!, 1997. Disponível em: https://www.pcp.pt/sites/default/files/documentos/1997_manifesto_partido_comunista_editorial_avante.pdf. Acesso em: 1 ago. 2018.
- MASAGÃO, Mario. Fundações criadas por testamento. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, São Paulo, n. 40, p. 70-76, 1945. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/66040/68650/87414>. Acesso em: 1 ago. 2018.
- MCGARY, Kathleen. Inheritance and bequests. In: DURLAUF, Steven N.; BLUME, Lawrence E. (ed). *The new Palgrave dictionary of economics*. 2nd ed. London: Macmillan Press, 2008.
- MCGRANAHAN, Leslie. *The widow's offering: inheritance, family structure, and the charitable gifts of women*. Federal Reserve Bank of Chicago, 2007. (Working Paper, n. 18).
- MENGER, Anton. *El estado socialista*. Trad. de Miguel Domenge Mir. Barcelona, ES: Imprenta de Henrich y Ca, 1908. t. 2.
- MILLER, Howard S. *The legal foundations of American philanthropy: 1776-1844*. Madison: The State Historical Society of Wisconsin, 1961.
- MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. *The myth of ownership: taxes and justice*. Oxford, England: Oxford Scholarship Online, 2003.
- NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Apontamentos sobre o princípio da solidariedade no sistema do direito privado. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (org.). *Coleção doutrinas essenciais: direito civil, Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 2.
- NEVARES, Ana Luiza Maia. Fundamentos da sucessão legítima. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- OETTINGEN, Gabriele. *Rethinking positive thinking: inside the new science of motivation*. London: Current Publishing, 2015.
- OSTROWER, Francie. *Why the wealthy give: the culture of elite philanthropy*. Princeton, US: Princeton University Press, 1995.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- PIKETTY, Thomas. *O capital no século XXI*. Tradução de Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado dos testamentos*. Leme: BH Editora e Distribuidora, 2005.
- POWELL, Rhian. *Leaving an inheritance: the dilemmas of bequest giving*. 2021. Tese (Doutorado em Filosofia) – School of Social Sciences, Cardiff University, 2021.
- RADDON, Mary-Beth. Neoliberal legacies: planned giving and the new philanthropy. *Studies in Political Economy*, Ottawa, CA, v. 81, n. 1, p. 27-48, 2008.
- RAUSCH, Aluizio Porcaro. O acúmulo intergeracional de riqueza e tributação de heranças e doações no Brasil. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, DF, v. 17, n. 113, p. 547-578, out./jan. 2016. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1172/1119>. Acesso em: 1 ago. 2018.
- READ, Harlan Eugene. *The abolition of inheritance*. New York: The MacMillan Company, 1918.
- RIBEIRO, Raphael Rego Borges. O fracasso da constitucionalização do direito sucessório no Código civil de 2002 e a necessidade de uma teoria crítica do direito das sucessões. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 1-50, 2021. Disponível em: <https://civilistica.com/wp-content/uploads/2021/05/Ribeiro-civilistica-com-a.10.n.1.2021.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2022.
- RIBEIRO, Raphael Rego Borges. A extensão do direito à sucessão forçada. *RBD Civil: Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 28, n. 2, p. 123-155, abr./jun. 2021. <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/download/666/462>. Acesso em: 14 jan. 2022.
- ROSENVALD, Nelson. *Solidariedade familiar*. Disponível em: https://docs.wixstatic.com/ugd/d27320_8513eafd50634628aee164a682af53da.pdf. Acesso: 10 jul. 2018. Acesso em: 14 jan. 2022.
- SANDERS, Michael; SMITH, Sarah. *A warm glow in the after life?: the determinants of charitable bequests*. Briston: University of Briston, Centre for Market and Public Organisation, 2014. (Working Paper, n. 326).
- SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 1-30, jul./set. 2012. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/29/17>. Acesso em: 14 jan. 2022.
- SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. *Revista de direito do Estado: RDE*, Rio de Janeiro, n. 2, p. 83-118, abr./jun. 2006.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed., 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness*. New York: Penguin, 2009.
- TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Função social da propriedade e legalidade constitucional. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 17, ago./dez. 2000.
- WALDECK, Sarah E. An appeal to charity: using philanthropy to revitalize the estate tax. *Virginia Tax Review*, Charlottesville, v. 24, n. 3, p. 667-731, Winter, 2005.

Artigo recebido em 1/2/2022.

Artigo aprovado em 25/2/2022.

Raphael Rego Borges Ribeiro é Professor Adjunto de Direito Civil na Universidade Federal do Oeste da Bahia. Bacharel, Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia, com Doutorado-Sanduiche na University of Ottawa.