

Nelson Rosenvald  
Cristiano Chaves de Farias  
Felipe Braga Netto

# Curso de **DIREITO** **CIVIL**

**11<sup>a</sup>**

Edição

REVISTA  
ATUALIZADA  
AMPLIADA

Sucessões

**7**

**2025**



**EDITORA**  
*Jus***PODIVM**

[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

## CAPÍTULO IV

# A sucessão testamentária (a sucessão de acordo com a vontade do titular do patrimônio)

**Sumário** • 1. Lineamentos sobre o testamento: 1.1 Breve esboço evolutivo; 1.2 A pouca utilização prática da sucessão testamentária; 1.3 A liberdade de dispor sob a perspectiva civil-constitucional – 2. Noções conceituais, objeto e características do testamento: 2.1 Noções conceituais sobre o testamento; 2.2 O objeto do testamento e as possibilidades de outras disposições de vontade; 2.3 A função promocional do testamento (possibilidade de disposições existenciais em testamento): atos de disposição do próprio corpo, disposições de carga genética e manifestações literárias biográficas *post mortem*; 2.4 A natureza não testamentária do testamento vital (*living will* ou diretivas antecipadas); 2.5 Características fundamentais do testamento; 2.6 A proibição do pacto sucessório – 3. Capacidade testamentária: 3.1 Lineamentos gerais; 3.2 A capacidade testamentária ativa (legitimação para testar); 3.3 Momento de verificação da capacidade testamentária ativa; 3.4 A capacidade testamentária passiva (a legitimação para suceder); 3.5 Prazos especiais para a impugnação do testamento e das cláusulas testamentárias (regras testamentárias distintas da teoria geral dos negócios jurídicos) – 4. As diferentes formas testamentárias: 4.1 Referências gerais e a necessidade de aproveitamento da vontade, com eventual mitigação das formalidades testamentárias; 4.2 O testamento elaborado por meio eletrônico; 4.3 As testemunhas testamentárias; 4.4 Testamento público; 4.5 Testamento cerrado, secreto ou místico; 4.6 Testamento particular ou holografo (inteiramente escrito pelo testador); 4.7 Testamentos especiais: marítimo/aeronáutico; 4.8 Testamentos especiais: militar; 4.9 A exigência de prévia chancela judicial para o cumprimento de testamentos; 4.10 A cláusula geral de possibilidade de celebração de negócio jurídico atípico pelos interessados com alteração do procedimento e a sua aplicação à facilitação da ação de cumprimento de testamento; 4.11 A possibilidade de alteração do procedimento sucessório de cumprimento de testamento e de inventário – 5. O codicilo: 5.1 Prolegômenos; 5.2 Noções conceituais; 5.3 Objeto do codicilo; 5.4 Revogação do codicilo – 6. As cláusulas testamentárias; 6.1 Introdução: as disposições testamentárias; 6.2 A nulidade das cláusulas derogatórias; 6.3 Cláusulas testamentárias submetidas aos elementos acidentais (condição, termo e encargo); 6.4 Interpretação das disposições testamentárias; 6.5 Invalidez das disposições testamentárias; 6.6 Nomeação por certo motivo; 6.7 Cláusulas testamentárias restritivas – 7. A redução das cláusulas testamentárias – 8. O direito de acrescer: 8.1 Lineamento da matéria; 8.2 O direito de acrescer no campo sucessório; 8.3 Condições exigidas para o direito de acrescer entre coerdeiros; 8.4 Condições exigidas para o direito de acrescer entre colegatários; 8.5 Direito de acrescer no legado de usufruto – 9. O testamenteiro: 9.1 Noções gerais; 9.2 Funções do testamenteiro; 9.3 Aceitação do encargo pelo testamenteiro; 9.4 Remuneração do testamenteiro – 10. A substituição testamentária: 10.1 Prolegômenos sobre a possibilidade de substituição testamentária; 10.2 Espécies de substituição testamentária previstas no direito brasileiro; 10.3 A substituição vulgar ou ordinária; 10.4 A substituição recíproca; 10.5 A substituição fideicomissária – 11. Invalidez, caducidade, revogação e rompimento do testamento; 11.1 Noções gerais sobre a extinção do testamento; 11.2 Extinção do testamento por invalidez; 11.3 Caducidade do testamento; 11.4 Revogação do testamento; 11.5 Rompimento do testamento.

*“Você que só ganha pra juntar  
O que é que há, diz pra mim, o que é que há?  
Você vai ver um dia em que fria você vai entrar*

*Por cima uma laje, embaixo a escuridão  
É fogo, irmão! É fogo, irmão!*

*Você que não pára pra pensar  
Que o tempo é curto e não pára de passar  
Você vai ver um dia, que remorso!*

*Como é bom parar, ver um sol se pôr  
Ou ver um sol raiar e desligar, e desligar*

*Você que só faz usufruir  
E tem mulher pra usar ou pra exibir  
Você vai ver um dia em que toca você foi bulir!  
A mulher foi feita pro amor e pro perdão  
Cai nessa não, cai nessa não*

*Você que não gosta de gostar  
Pra não sofrer, não sorrir e não chorar  
Você vai ver um dia em que fria você vai entrar!*

*Por cima uma laje e embaixo a escuridão  
É fogo, irmão! É fogo, irmão!”*

**(Toquinho e Vinícius de Moraes, *Testamento*,<sup>1</sup>  
de Toquinho e Vinícius de Moraes)**

## 1. LINEAMENTOS SOBRE O TESTAMENTO

### 1.1. Breve esboço evolutivo

Nem sempre se tolerou a transmissão hereditária decorrente da vontade do autor da herança.

Durante muito tempo, prevaleceu o entendimento de que a elaboração de um testamento está marcada pelo individualismo, como uma expressão do egoísmo humano, em prejuízo da proteção da família e da própria sociedade como um todo.

No Egito e na Índia da Antiguidade não se conheceu o testamento. A sucessão estava atrelada à Religião e não se conferiam liberdades pessoais ao titular do patrimônio.

Na Grécia, por sua vez, a admissão e regulamentação do testamento é bem posterior à Guerra do Peloponeso. Por igual, na Roma Antiga as primeiras manifestações testamentárias são bem ulteriores à fundação da cidade. Havia lógica. “O direito de

1. Em 1971, Vinícius e Toquinho excursionaram pela Argentina, promovendo uma série de shows na Boate La Fusa, em Mar del Plata. Ali foi gravado um disco, ao vivo, acompanhados de Maria Bethânia nos vocais. Neste álbum está gravada *Testamento*, um dos maiores sucessos musicais da época.

testar, isto é, o direito de dispor dos bens para depois da morte, fazendo-os passar a outros indivíduos que não o herdeiro natural, estava em oposição com aquelas crenças religiosas, base do direito de propriedade e do direito das sucessões”, consoante o preciso relato histórico de Fustel de Coulanges.<sup>2</sup>

Bem posteriormente, de acordo com a própria conformação social da época, “apareceram o testamento *in procinctu*, isto é, perante o Exército em ordem de batalha, e o testamento *per aes et libram*, que foi a forma especial dos plebeus, e da qual procedem as formas testamentárias modernas”, consoante a narrativa de Clóvis Beviláqua.<sup>3</sup>

E acrescenta:

“O Direito Canônico instituiu o testamento feito perante o pároco, perante duas ou três testemunhas idôneas, e o testamento *ad pias causas*, feito por qualquer modo capaz de provar a disposição. Por essa forma, cercou as disposições testamentárias de favores excepcionais, no interesse da Igreja; porém, para maior estímulo dos crentes abastados, decretados a privação da comunhão e da sepultura àquele que morresse esquecido de deixar alguma coisa à Igreja. Para obviar tal condenação, na falta de testamentificação, os herdeiros concordavam em despojar-se de uma parte da herança em proveito da alma do falecido.”

Sem dúvidas, o fundamento decisivo para o reconhecimento da sucessão testamentária foi a afirmação da *propriedade privada*. É que um dos poderes inerentes à propriedade (CC, art. 1.228) é a *livre disposição*, reconhecendo ao titular a prerrogativa de transferir a coisa a quem bem entender, como lhe aprouver.

Daí a expressão doutrinária de que *a testamentificação é uma das faculdades resultantes do direito de propriedade*.<sup>4</sup>

Corroborando da fundamentação, o filósofo alemão Gustav Radbruch<sup>5</sup> percebe que “a função social das unidades econômicas faz que se torne desejável a sua perduração ainda para além da morte dos seus proprietários atuais”. Por isso, o fundamento justificador do testamento é “a manifestação do direito de propriedade na sua projeção para além da morte do *de cuius*”.<sup>6</sup> Por isso, afirma que o testamento é a forma *primária de sucessão, na medida em que materializa a vontade do titular do patrimônio*.

Reconhecendo o cabimento indiscutível da sucessão testamentária e saltando historicamente para o mundo moderno, nota-se que os grandes Códigos do mundo

2. FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis, cf. *A Cidade Antiga*, cit., p. 64.

3. BEVLÁQUA, Clóvis, cf. *Direito das Sucessões*, cit., p. 219-222.

4. OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de, *apud* TARTUCE, Flávio, cf. *Direito Civil*, cit., p. 350.

5. A linha de pensamento do filósofo germânico Gustav Radbruch (21.11.1878 – 23.11.1949) é interessante. Ao longo da primeira metade do século XX, defendeu uma Filosofia do Direito de caráter neokantiano, voltada para a construção de valores jurídicos formais e relativos criados racionalmente, presos à estrutura positiva do direito, sem caráter universal, na medida em que é dependente da decisão do poder. Em meados do século XX, após o desenvolvimento de um positivismo nazista, em guinada diametralmente oposta, Radbruch desenvolveu uma teoria de proteção aos direitos fundamentais, visivelmente humanista. Passou a afirmar que o Direito deve conferir às pessoas direitos fundamentais que precisam ser respeitados e efetivados e que uma lei contrária aos valores humanistas é inválida, ainda que “formalmente válida”.

6. RADBRUCH, Gustav, cf. *Filosofia do Direito*, cit., p. 73.

ocidental (França, art. 985; Itália, art. 759; Argentina, art. 3.607; Portugal, art. 1.739, dentre outros) admitem o testamento como uma manifestação absoluta da autonomia privada, garantindo ao titular a disposição de seu patrimônio (propriedade privada) em favor de pessoas indicadas.

Entre nós outros, incorporando os valores emanados das Ordenações Portuguesas, o testamento vem sendo admitido como uma manifestação da liberdade humana desde as primeiras legislações.

Hodiernamente, o art. 1.786 da Codificação de 2002 é de clareza meridiana ao proclamar a possibilidade de elaboração de testamento como declaração volitiva digna de proteção do sistema legal: “a sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade.” Logo em seguida, confirma que na ausência de manifestação testamentária, aplicam-se as regras da sucessão legítima residualmente: “morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo” (CC, art. 1.788).

O sistema, pois, reconhece uma duplicidade de possibilidades sucessórias. Procurando conciliar a *autonomia privada* e a *especial proteção da família* (CF, art. 226), consagra-se um sistema dual sucessório: *i*) sucessão legítima (por força de lei, em favor de pessoas previamente estabelecidas no próprio Código Civil); *ii*) sucessão testamentária (de acordo com a vontade do autor da herança, expressa em declaração de última vontade, testamento).

A *sucessão legítima*, como visto alhures, também chamada de *testamento tácito* ou *sucessão ab intestato*, decorre de lei, independentemente de qualquer declaração volitiva, beneficiando, por ordem preferencial, pessoas previamente contempladas no Código Civil (art. 1.829). Havendo herdeiro necessário, a sucessão legítima é impositiva ao autor da herança, que somente poderá dispor, no testamento, da metade de seu patrimônio líquido. Isso porque a outra metade se torna indisponível à sua vontade, restando bloqueada. Esta porção indisponibilizada chama-se *legítima*.

Já a *sucessão testamentária* decorre de uma declaração expressa de vontade do autor da herança, escolhendo as pessoas que pretende beneficiar e a porção patrimonial que deixará para cada uma delas. É uma clara manifestação clara da autonomia privada. O poder de dispor livremente em testamento, contudo, sofre restrições no caso de existir algum *herdeiro necessário*. Nessa hipótese, somente é possível dispor da metade do patrimônio líquido disponível (respeito à legítima).

Registre-se, oportunamente, ser possível a concomitância entre a sucessão legítima e testamentária. Isto ocorre quando: *i*) o autor da herança tem herdeiros necessários, somente podendo dispor da cota disponível em testamento; *ii*) apesar de não ter herdeiros necessários, o titular do patrimônio opta por não dispor da integralidade do seu patrimônio na declaração de última vontade. Nesse segundo caso, os bens não testados ficarão para os herdeiros legítimos facultativos existentes (colaterais, por exemplo).

Não havendo nenhum herdeiro facultativo, o Poder Público arrecadará o patrimônio remanescente, através do procedimento especial de herança jacente e vacante.

## 1.2. A pouca utilização prática da sucessão testamentária

Malgrado o Código Civil lhe tenha dedicado quase uma centena e meia de artigos (do art. 1.857 ao 1.990), a prática cotidiana revela que não é comum o uso do testamento pela população brasileira.

Tratar da morte não é um assunto aceitável em uma sociedade que cultua somente a vida. A morte é tratada com menoscabo e como uma impiedosa vilã. Aqui, convém a lembrança da obra *As intermitências da morte*, do escritor lusitano José Saramago. No belíssimo texto, apresenta-se uma localidade na qual a morte, simplesmente, deixou de ocorrer, mantendo vivas todas as pessoas, inclusive os pacientes terminais, criando uma multidão de moribundos. Uma das frases é significativa: “no dia seguinte ninguém morreu”.<sup>7</sup> Assim, percebia-se a existência de pessoas que, mesmo contra a sua própria vontade, mantinham-se, indefinidamente, vivas, em uma zona cinzenta entre a vida e a morte. Abre-se, então, um relevante debate sobre a vida, a morte, o amor e o sentido, ou a falta dele, no que tange à existência humana.<sup>8</sup>

Motivos diversos se combinam.

*Primus*, por um motivo *econômico*. A elaboração de um testamento pressupõe, naturalmente, a existência de patrimônio a ser transmitido para um beneficiário. Ora, em um país com francas (e lamentáveis) desigualdades sociais, perceber que a maioria da população não possui bens revela um claro motivo para a não utilização do testamento:<sup>9</sup> a maioria da população não tem o que dispor em testamento.

*Secundus*, apresenta-se uma razão *religiosa*. Percebendo que a cultura religiosa brasileira tem a morte como um adversário cruel e implacável, um destino inexorável cuja chegada se deve retardar ao máximo, nota-se que para muitos elaborar um

7. É imperdível a passagem em que bem se retrata o assunto abordado: “então ela, a morte, levantou-se, abriu a bolsa que tinha deixado na sala e retirou a carta de cor violeta. Olhou em redor como se estivesse à procura de um lugar onde a pudesse deixar, sobre o piano, metida entre as cordas do violoncelo, ou então no próprio quarto, debaixo da almofada em que a cabeça do homem descansava. Não o fez. Saiu para a cozinha, acendeu um fósforo, um fósforo humilde, ela que poderia desfazer o papel com o olhar, reduzi-lo a uma impalpável poeira, ela que poderia pegar-lhe fogo só com o contacto dos dedos, e era um simples fósforo, o fósforo comum, o fósforo de todos os dias, que fazia arder a carta da morte, essa que só a morte podia destruir. Não ficaram cinzas. A morte voltou para a cama, abraçou-se ao homem e, sem compreender o que lhe estava a suceder, ela que nunca dormia, sentiu que o sono lhe fazia descair suavemente as pálpebras. *No dia seguinte ninguém morreu*” (p. 214).

8. Na obra, o saudoso literata português, merecidamente galardoado com o Prêmio Nobel de Literatura, sempre sarcástico e irônico, critica o comportamento da sociedade contemporânea, apresentando as reações de diferentes setores da comunidade (Igreja, imprensa, economistas, funerárias, casas de pensão, hospitais, seguradoras, famílias com moribundos em casa...) à situação de uma vida sem morte, SARAMAGO, José, *As intermitências da morte*, São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

9. “Como primeiro fator do afastamento testamentário, cite-se a falta de patrimônio para dispor, o que atinge muitos dos brasileiros, ainda na atualidade, mesmo com a melhora do nível econômico do brasileiro médio”, TARTUCE, Flávio, cf. *Direito Civil*, cit., p. 356.

testamento seria como atrair a morte. Um mau presságio. Como se quem não fizesse testamento não fosse morrer... Também por isso, o volume de testamentos em nosso país é irrelevante.<sup>10</sup>

*Tertius*, há uma causa visivelmente *jurídica*, de *política legislativa*. É que a ordem de vocação hereditária contemplou como beneficiários da sucessão, supletivamente, as pessoas que, muito provavelmente, o autor da herança gostaria de beneficiar, como os *descendentes*, os *ascendentes* e o *cônjuge ou companheiro*. Ora, se as pessoas que o titular gostaria de transmitir o seu patrimônio já estão contempladas, cessa a motivação de elaborar um testamento.

E, para além de tudo isso, não se olvide que o planejamento testamentário pode implicar, também, em desgastes temporais, financeiros e emocionais, gerando, não raro, desavenças e conflitos entre os herdeiros e a deterioração ou mesmo o perecimento do patrimônio a ser transmitido, ou de parte dele.

Por isso, “sem receio de erro, podemos asseverar que para dez sucessões legítimas que se abrem, ocorre uma única sucessão testamentária”, consoante o generoso cálculo de Washington de Barros Monteiro.<sup>11</sup>

Podemos dizer ainda que a disciplina jurídica do testamento no Código Civil reflete muito mais o século XIX que o século XXI. É arcaica, pesada, extremamente formalista. Fecha os olhos inteiramente para as tecnologias que fazem parte do nosso dia a dia. Aliás, o Código Civil brasileiro de 2002 já nasceu velho nesse ponto e não houve nenhuma alteração legislativa fundamental nesses mais de 20 anos em matéria de testamento. Talvez por isso a sucessão testamentária seja algo tão distante da maioria das pessoas, sobretudo das mais humildes.

O ato de testar exige garantias e cuidados, não há dúvida. O que o século XXI não aceita é um labirinto ritualístico e arcaico, claro reflexo de outros tempos. A tendência para as próximas décadas é que tenhamos leis que mudem esse cenário. Leis que reflitam os novos tempos. Leis que facilitem, e não dificultem, o ato de testar, sobretudo conectando-o com as novas tecnologias digitais (que alteraram completamente o nosso modo de ser e de conviver). Diversos países já estão trilhando esse caminho, e é só questão de tempo para que o Brasil faça o mesmo.

10. O tema instigou Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka a uma ponderada reflexão: “o brasileiro não gosta, em princípio, de falar a respeito da morte, e sua circunstância é ainda bastante mistificada e resguardada, como se isso servisse para ‘afastar maus fluidos e más agruras’ [...] Assim, por exemplo, não se encontra arraigado em nossos costumes o hábito de adquirir, por antecipação, o lugar destinado ao nosso túmulo ou sepultura, bem como não temos, de modo mais amplamente difundido, o hábito de contratar seguro de vida, assim como não praticamos, em escala significativa, a doação de órgãos para serem utilizados após a morte. Parece que essas atitudes, no dito popular, ‘atraem o azar’”, CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, cf. *Direito das Sucessões*, cit., p. 215.

11. MONTEIRO, Washington de Barros, cf. *Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões*, cit., p. 123.

### 1.3. A liberdade de dispor sob a perspectiva civil-constitucional e a (im)possibilidade de renúncia antecipada à herança

É certo e incontroverso que o fundamento essencial da sucessão testamentária é a *autonomia privada*, marca registrada dos negócios jurídicos como um todo, como decorrência inexorável da liberdade – que é núcleo duro da dignidade humana.

É célebre a frase do jurista francês Raymond-Théodore Troplong, que chegou a presidir a Corte de Cassação gaulesa: “o testamento é o triunfo da liberdade no Direito Civil”.

Para além disso, lembrando que o direito sucessório é corolário do exercício do *direito constitucional de propriedade privada* (CF, art. 5º, XXII e XXX), observamos que a regra geral há de ser a plena liberdade de testamento, reconhecendo ao titular a livre disposição de seus bens. A Carta Magna de 5 de outubro não autoriza outra interpretação, sob pena de amesquinhar a propriedade privada, retirando um de seus elementares poderes: a livre disposição.

No entanto, conquanto o elemento volitivo seja (e assim será, para sempre) o elemento propulsor dos testamentos – e dos negócios jurídicos, como um todo –, dúvida inexistente de que a sua compreensão não pode ser absoluta ou ilimitada, precisando se realizar a autonomia privada à luz da proteção dedicada à pessoa humana e aos seus valores essenciais (dignidade, segurança, igualdade, liberdade) e as fundamentais instâncias de sua promoção e desenvolvimento (saúde, trabalho, educação).

Ademais, para além do respeito à dignidade humana, a proteção de interesses sociais e coletivos pode, hipoteticamente, superar em importância os interesses individualistas, justificando um arrefecimento, uma mitigação, da autonomia privada. É a partir deste entendimento, com inspiração na lição de Francisco Amaral, que “a autonomia privada pode e deve direcionar-se”, dizendo respeito “aos deveres das pessoas em relação à sociedade, superando-se o individualismo jurídico em favor dos interessados comunitários e corrigindo-se os excessos da autonomia da vontade dos primórdios do liberalismo e capitalismo”.<sup>12</sup>

Uma visão constitucional do testamento, pois, mitiga, arrefece, o individualismo da vontade quando importe em sacrifício da dignidade de terceiros ou da coletividade, com vistas a evitar a periclitância de valores constitucionais protegidos com primazia.

Um bom exemplo disso é a limitação ao poder de testar quando há herdeiros necessários incapazes. De fato, não parece que se possa autorizar um pai a dispor da inteireza de seu patrimônio quando possui um filho incapaz, a quem é obrigado a assistir materialmente, suprimindo os alimentos necessários, enquanto perdurar a necessidade. Nesse caso, vislumbramos uma natural relativização da autonomia privada, em respeito à dignidade do filho incapaz.

12. AMARAL, Francisco, cf. *Direito Civil: Introdução*, cit., p. 357.

A outro giro, se os herdeiros necessários são maiores e capazes, sem qualquer necessidade de suprimento material, não enxergamos legitimidade e justa motivação em limitar a liberdade de testamento. Isso porque o simples fato de ter um herdeiro necessário não nos parece suficiente para conduzir a uma *obrigação* de transmissão de bens, sacrificando a autonomia privada e a liberdade de disposição patrimonial. Tal conduta, estabelecida pelos arts. 1.845 e 1.846 do Código Civil, se nos afigura uma *intervenção indevida e ilegítima do Estado em uma relação privada*.

Parece-nos uma verdadeira violência impedir alguém de transmitir o seu patrimônio livremente se não tem herdeiro necessário incapaz. Vale refletir a partir de um exemplo concreto: é razoável a limitação da liberdade de testar de um pai cujos filhos são maiores e capazes e possuem um vasto patrimônio, maior do que o do próprio genitor, quando este, ciente disso, gostaria de beneficiar um irmão desamparado e desafortunado? A nós, parece que a liberdade humana deveria prevalecer. Até porque se assim não for, restaria indagar, *o que é que eu vou fazer com essa tal liberdade?*

De há muito, Platão, em seu *Tratado das Leis*, já se mostrava indignado com a restrição à liberdade humana de testar os seus bens, supondo um homem, em seu leito de morte, exigindo o reconhecimento do seu direito de fazer testamento: “Ó Deuses!, não é crueldade não poder eu dispor dos meus bens como entenda e em favor de quem me agrada, deixando mais a este, menos àquele, segundo o afeto que me têm demonstrado?”. Porém, o legislador de milênios respondia, como se mantém a fazer o atual: “Tu, que não podes contar com mais de um dia, tu que apenas passas pela Terra, acaso te compete decidir tais negócios? Tu não és senhor nem de teus bens, nem de ti próprio; tu e os teus bens pertencem inteiramente à tua família, isto é, aos teus ancestrais e à tua posteridade”.

O tema continua a instigar reflexões atentas e acuradas. Grandes pensadores contemporâneos, como Robert Nozick, sustentam que situações como esta caracterizam “um poder ilegítimo preexistente do Estado de enriquecer algumas pessoas à custa de outras”. E almejando uma melhor conformação política, social e econômica, defende: “o Estado mínimo é o que melhor reduz as possibilidades dessa tomada ou manipulação do Estado por pessoas que desejam poder ou benefício econômico”.<sup>13</sup> E a respeito dessa discussão sobre a livre disposição da propriedade para depois da morte adverte o filósofo de Harvard que não se pode ignorar os direitos de quem é titular de um patrimônio adquirido pessoalmente, em especial fruto de seu esforço e trabalho, de escolher o caminho que os seus bens devem percorrer, por transmissão sucessória. Sabendo as potencialidades, fraquezas, méritos... de seus familiares e das pessoas que o circundam, o titular precisa ter respeitada a sua vontade (quando não existam herdeiros necessários incapazes, em nosso sentir):

“Ignorar os que dão e transferem (a propriedade), e seus direitos, é a mesma coisa que ignorar os produtores e os direitos que eles têm.” (op. cit., p. 189)

13. NOZICK, Robert, cf. *Anarquia, Estado e utopia*, cit., p. 294.

Note-se, portanto, que a regra geral no campo sucessório é a *liberdade de testar*, corolário da *autonomia privada*. Todavia, dúvida inexistente de que essa liberdade pode sofrer restrições, dêse que legítimas e justificáveis.

De todo modo, afigura-se-nos possível uma renúncia antecipada à herança por uma pessoa plenamente capaz, através de um ato unilateral de vontade livre e desembaraçado. Seria o exemplo de um contrato de casamento ou de união estável, no qual uma das partes renuncia à condição de herdeiro do outro no futuro.

E não se objete que a aludida renúncia estaria em rota de colisão frontal com a proibição de pacto sucessório (CC, art. 426). Isso porque o aludido dispositivo legal nulifica o negócio jurídico que tenha por objeto a herança de uma pessoa ainda viva, por conta de uma ofensa à ética mínima que deveria permear uma relação familiar. Todavia, a *renúncia não é um negócio jurídico e, como tal, não pode estar alcançado pelo citado dispositivo legal (CC, art. 426)*. Até mesmo por conta da elementar regra hermenêutica orientadora de uma interpretação restritiva para toda e qualquer norma que estabeleça limitação de direitos. Ora, em se tratando de uma proibição legal (CC, art. 426), não se pode ampliar a sua interpretação para abranger a renúncia, que não é, a toda evidência, um negócio jurídico, afastada a consensualidade e o caráter sinalagmático.

A tudo isso, acresça-se que admitir a renúncia antecipada à herança importa em prestigiar a autonomia privada, garantindo a autodeterminação das pessoas e, ao mesmo tempo, privilegiar uma compreensão mais existencial e menos patrimonialista dos núcleos familiares.

## 2. NOÇÕES CONCEITUAIS, OBJETO E CARACTERÍSTICAS DO TESTAMENTO

### 2.1. Noções conceituais sobre o testamento

O vocábulo *testamento* tem origens incertas e assume sentidos diversos.

Relata Paulo Nader, por exemplo, que “nas antigas cartas diplomáticas, foi empregado no sentido de doação”. Diferentemente, na “Sagrada Escritura o vocábulo *testamento* às vezes quer dizer pacto, convenção. Sob tal acepção teria sido empregado por São Jerônimo, ao afirmar que ‘por testamento não se entende só a vontade de quem morre, mas o pacto de quem vive’”.<sup>14</sup>

Etimologicamente, a expressão *testamento* deita as suas raízes nas antigas palavras latinas *testari* e *mentum*, das quais derivou, nos textos do Imperador Justiniano, a expressão *testatio mentis*, significando a vontade ou a mente, em presença de testemunhas.

Talvez por essa origem se explique a repetida lição de Ulpiano de que *o testamento é um testemunho justo da nossa mente, feito de modo solene, para que tenha valor depois da morte*.

14. NADER, Paulo, cf. *Curso de Direito Civil*, cit., p. 196.

A partir dessas origens, justifica-se plenamente o conceito elementar de testamento, partilhado pela quase unanimidade dos civilistas, pátrios e alienígenas, desde os clássicos aos contemporâneos. Certamente, não é despidendo conferi-lo:

“É o ato personalíssimo, unilateral, gratuito, solene e revogável, pelo qual alguém, segundo as prescrições da lei, dispõe, total ou parcialmente, do seu patrimônio para depois de sua morte; ou nomeia tutores para seus filhos menores, ou reconhece filhos, ou faz outras declarações de última vontade.”  
(BEVILÁQUA, Clóvis, cf. *Direito das Sucessões*, cit., p. 225)

“O testamento é uma disposição de última vontade, pela qual uma pessoa regula o destino do seu patrimônio depois da sua morte, e regula as relações jurídicas para o tempo, em que já não exista, vontade suprema que vigora quando o sujeito desapareceu e que, precisamente por isso, mais do que qualquer outra declaração, exige respeito e impõe escrupulosa obediência.”  
(RUGGIERO, Roberto de, cf. *Instituições de Direito Civil*, cit., p. 521)

“É o ato personalíssimo e revogável pelo qual alguém, de conformidade com a lei, não só dispõe, para depois da morte, no todo ou em parte, do seu patrimônio, mas também faz outras estipulações.”  
(DINIZ, Maria Helena, cf. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, cit., p. 175)

A simples – e ainda que perfunctória – leitura das lições doutrinárias conduz, com mãos seguras, à conclusão de que o testamento é um negócio jurídico (e, como tal, marcado pela revogabilidade) *personalíssimo de manifestação da autonomia privada, pelo qual o titular dispõe do seu patrimônio para depois do seu óbito e, por igual, declara outras vontades de natureza econômica ou não*.<sup>15</sup>

Nota-se, pois, que o testamento não se restringe à declaração de patrimônio para depois do falecimento, sendo possível também a sua utilização para outras manifestações volitivas, com ou sem conteúdo econômico. Seria o exemplo da disposição do corpo humano para fins altruísticos ou científicos para depois da morte (CC, art. 14), do reconhecimento de filhos pelo testador (CC, art. 1.609), da prática de deserdação de herdeiro necessário (CC, art. 1.961), da instituição de um bem de família (CC, arts. 1.711-1.713), da constituição de uma fundação (CC, art. 62), da nomeação de um tutor para filhos incapazes deixados (CC, art. 1.729, Parágrafo único), da instituição de um condomínio (CC, art. 1.332), da criação de uma servidão sobre bem imóvel (CC, art. 1.378), dentre outras possibilidades.

Facilmente se percebe, portanto, a imperfeição da redação do art. 1.626 do Código Civil de 1916 que, de modo audacioso e incompleto, conceituou o testamento como “o ato revogável pelo qual alguém, de conformidade com a lei, dispõe, no todo ou em parte, do seu patrimônio, para depois da sua morte”. No mesmo tom, o art. 667 do Código Civil do Reino da Espanha ainda dispõe que o “ato por meio do qual

15. Com muita proximidade, Flávio Tartuce preleciona ser possível definir o testamento “como um negócio jurídico unilateral, personalíssimo e revogável pelo qual o testador faz disposições de caráter patrimonial ou extrapatrimonial, para depois de sua morte. Trata-se do ato sucessório de exercício da autonomia privada por excelência”, TARTUCE, Flávio, cf. *Direito Civil*, cit., p. 351.

uma pessoa dispõe, para depois de sua morte, de todos os seus bens ou parte deles, chama-se testamento”.

Ora, a definição é *inexata* e *incompleta*, não resistindo a uma análise amíúde. Inexata “porque o testamento é um negócio não exclusivamente patrimonial” e incompleta “por não mencionar os seus caracteres essenciais”,<sup>16</sup> inclusive a possibilidade de outras disposições contidas na declaração.

Com melhor técnica e apuro jurídico, o art. 1.857 da Lei Civil em vigor abre mão de apresentar definições, preferindo ser mais enfático:

Art. 1.857, Código Civil:

“Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte.

§ 1º A legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento.

§ 2º São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado.”

Ressalta o codificador que, ordinariamente, qualquer pessoa pode dispor dos seus bens, total ou parcialmente, bem como pode apresentar manifestações volitivas não patrimoniais, para depois de seu falecimento, dê que respeitada a legítima dos herdeiros necessários.

É dizer: o testamento é um negócio jurídico de amplo objeto, servindo, a um só tempo, para o titular dispor do seu patrimônio para depois da morte, bem assim como para manifestar outras declarações de vontade, ainda que sem conteúdo econômico, como o reconhecimento de filhos, a nomeação de tutor ou a destinação de seu cadáver.

## 2.2. O objeto do testamento e as possibilidades de outras disposições de vontade

Conquanto escape ao senso comum vigente, a simples análise do conceito de testamento revela que o seu objeto não se restringe à disposição de patrimônio pelo testador.

Efetivamente, é possível a utilização do testamento para a consecução de outras finalidades, de diversos matizes e naturezas, tenham, ou não, conteúdo patrimonial. Isso porque a marca registrada do testamento é a *declaração de vontade*, como expressão indiscutível da autonomia privada. Funda-se, por conseguinte, na possibilidade de regulamentação de interesses particulares, independentemente da gênese patrimonial.

Nesse diapasão, consta do próprio texto legal serem “*válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado*” (CC, art. 1.857, § 2º). Dessa forma, vislumbra-se no ato testamentário duas

16. ESPÍN, Pascual Martínez, cf. *Derecho de Sucesiones*, cit., p. 93.

categorias de manifestações: *i)* de cunho patrimonial e *ii)* de caráter não patrimonial (existencial).

A propósito, existem disposições diversas no próprio Código Civil aludindo, expressamente, à possibilidade de uso do testamento para outros fins, distintos da transmissão de patrimônio para depois do óbito. Assim, o testamento pode ser utilizado, dentre outros fins:

- i)* Para fins de deserdação do herdeiro necessário (CC, art. 1.961), indicando a sua causa respectiva;
- ii)* Para nomear um testamenteiro, com o fito de fazer cumprir a declaração de última vontade do testador (CC, art. 1.976);
- iii)* Para nomear um tutor, a fim de prestar assistência moral e material a um filho menor que se torne órfão de ambos os pais (CC, art. 1.729, Parágrafo único);
- iv)* Para reconhecer um filho do testador, ainda não registrado pelo pai (CC, art. 1.609);
- v)* Para a concessão do perdão expresso ao filho indigno ou anteriormente deserddado, com vistas a garantir a transmissão de patrimônio (CC, art. 1.818).

Merece destaque o fato de que as demais declarações de vontade contidas em um testamento não serão afetadas por conta da eventual invalidade (nulidade ou anulabilidade), caducidade ou revogação do testamento. Isso porque a interpretação das cláusulas testamentárias que contêm outras declarações volitivas é *autônoma* e *independente*, não seguindo as exigências formais e substanciais para a validade das disposições patrimoniais ali contidas.

Exemplificando, se, por ventura, um testador reconhece a paternidade de um filho não registrado, mesmo que o testamento venha a ser revogado ou declarado inválido (nulo ou anulável), perdura o reconhecimento filiatório, plenamente válido e eficaz.

### **2.3. A função promocional do testamento (possibilidade de disposições existenciais em testamento): atos de disposição do próprio corpo, disposições de carga genética e manifestações literárias biográficas *post mortem***

Efetivamente, o objeto de um testamento pode não apresentar conteúdo patrimonial, por conta da admissibilidade de outras disposições volitivas, como destacado alhures.

Admite-se, pois, que o testamento contenha disposições *existenciais*, relacionadas à proteção de uma pessoa humana, por prismas diferentes e múltiplos. Em outras palavras, disposições testamentárias podem estar vocacionadas a promover a dignidade e a salvaguarda de valores intrínsecos a uma pessoa.

É o que se convencionou designar *função promocional do testamento*.

A tese é desenvolvida com o intuito de assegurar uma busca de mecanismos capazes de tutelar adequadamente as disposições testamentárias que contenham objetivos qualificados pelo testador. Pretende-se que a tendência natural do testamento à satisfação de interesses econômicos não asfixie as situações jurídicas existenciais, personalíssimas, almejadas.

Ou seja, é preciso *conferir especial atenção aos objetivos qualificados do testador, quais sejam, aqueles que dizem respeito à sua esfera pessoal e existencial*, conforme as palavras pioneiras de Ana Luíza Maia Nevares.

Volvendo a visão para o campo da aplicação prática da teoria, vale a pena apresentar alguns interessantes casos de disposições não patrimoniais contidas em um testamento. Senão vejamos.

Uma primeira curiosa situação diz respeito à possibilidade de dispor do corpo humano, ou de partes dele, para depois da morte.

Sobre o tema, o art. 14 do Código Civil estabelece ser *“válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte”*. Evidencia, portanto, que a disposição do corpo para depois da morte depende, basicamente, da *manifestação de vontade do próprio titular*, o que pode ser feito por meio de testamento. Chama-se *direito ao cadáver*. É o caso da pessoa que pretende deixar o seu corpo para ser estudado em Faculdade de Medicina, por exemplo, ou que pretende ver o seu corpo criogenizado. Registre-se, inclusive, que a declaração de vontade relativa ao destino do cadáver não precisa ser por instrumento público, em razão da ausência de expressa exigência legal. Afinal de contas, a partir do que reza o art. 107 do Código Civil, somente é necessária a escritura pública quando há expressa disposição de lei ou declaração das partes. Se não há texto legal expresso a exigir a forma pública, é possível dispor sobre o destino do corpo para depois da morte por instrumento particular.<sup>17</sup>

Aliás, indo mais longe, a Corte de Justiça fluminense já teve oportunidade de, corretamente, garantir o cumprimento da vontade de uma pessoa em ser criogenizada,

---

17. Palmilhando essas sendas, a jurisprudência superior acatou o posicionamento aqui apresentado: “(...) 3. O procedimento da criogenia em seres humanos não possui previsão legal em nosso ordenamento jurídico. Nesses casos, para preencher a lacuna normativa sobre a matéria, o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro enumera as técnicas de integração da norma jurídica, estabelecendo que: ‘quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito’. 3.1 Na hipótese, deve-se aplicar a analogia jurídica (*iuris*), pois o nosso ordenamento jurídico, além de proteger as disposições de última vontade do indivíduo, como decorrência do direito ao cadáver, contempla diversas normas legais que tratam de formas distintas de destinação do corpo humano após a morte em relação à tradicional regra do sepultamento... 3.2. Da análise das regras correlatas dispostas no ordenamento jurídico, considerando a necessidade de extração da norma jurídica a ser aplicada ao caso concreto, verifica-se que não há exigência de formalidade específica para a manifestação de última vontade do indivíduo, sendo perfeitamente possível, portanto, aferir essa vontade, após o seu falecimento, por outros meios de prova legalmente admitidos, observando-se sempre as peculiaridades fáticas de cada caso. do pai da recorrente e das recorridas submetido ao procedimento da criogenia no referido instituto.” (STJ, Ac. unân. 3ª T., REsp. 1.693.718/RJ, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 26.3.19, DJe 4.4.19).

após o seu óbito, malgrado não tenha, expressamente, materializado o seu desejo por declaração escrita.<sup>18</sup> Trata-se de respeito à autonomia privada, fazendo valer a vontade do titular, mesmo após o seu falecimento.

Em perspectiva distinta, no que tange à retirada de órgãos de pessoas mortas para fins de transplantes, a dicção do art. 4º da Lei nº 9.434/97 exige, para a retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo humano de pessoas falecidas, a autorização do cônjuge (ou, por evidente, do companheiro) ou do parente próximo. Ou seja, segundo o texto legal, a realização de transplante *post mortem* depende da *autorização dos familiares do falecido*, sendo irrelevante a sua manifestação de vontade ainda vivo. Inclusive, o Decreto nº 9.175/2017, corroborando esse entendimento, é enfático ao exigir manifestação expressa dos familiares. Chega-se, então, à seguinte conclusão: o titular pode dispor do seu corpo, no todo ou em parte, para depois da morte, por meio de um testamento, exceto para fins de transplantes. Para esse específico desiderato é necessário, por expressa disposição legal, o consentimento dos familiares.<sup>19</sup>

Outra pertinente situação versa sobre a possibilidade de destinação de material genético para a reprodução assistida *post mortem*, caracterizando o chamado *testamento genético*. Defendendo a possibilidade de uma inseminação artificial homóloga *in vivo post mortem*, Cristiano Colombo propõe que “o critério jurídico da filiação não pode ser resumido ao critério estritamente voluntarista, tampouco biologista”,<sup>20</sup> admitindo que alguém declare a vontade de que o seu material genético venha a gerar uma concepção filiatória depois do seu falecimento. Advoga, inclusive, a decorrência de efeitos sucessórios, por conta desse “testamento da sua carga genética” para fins reprodutivos.

- 
18. “1. Prova documental robusta que demonstra que o *de cuius* desejava ver o seu corpo submetido ao procedimento de criogenia. A criogenia ou criopreservação consiste na preservação de cadáveres humanos em baixa temperatura para eventual e futura reanimação e se insere dentre os avanços científicos que deram nova roupagem à ciência, rompendo com antigos paradigmas sociais, religiosos e morais. 2. Disputa acerca da destinação dos restos mortais do pai pelas litigantes, cujo desate não consiste na unificação da vontade das partes, mas, sim, na perquirição da real vontade do falecido. 3. Disposição de última vontade quanto à destinação do seu cadáver, que recai no rol dos direitos da personalidade constitucionalmente assegurados. Inexistência de testamento ou codicilo que não deve inviabilizar o cumprimento dos seus desígnios, sob pena de afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana. [...] 5. Os elementos constantes dos autos, em especial a prova documental, demonstram de forma inequívoca o desejo do falecido de ter o seu corpo congelado após a sua morte” (TJ/RJ, Ac. 20a Câmara Cível, ApCív. 0057606-61.2012.8.19.0001, Rel. Des. Flávia Romano de Resende, j. 13.6.12).
19. Procurando harmonizar os citados dispositivos legais (o art. 4º da Lei de Transplantes e o art. 14 do Código Civil), o Enunciado 277 das Jornadas de Direito Civil propõe que, havendo manifestação de vontade do titular, ainda vivo, no sentido de ser, ou não, doador de órgãos, há de ser respeitada. Apenas na hipótese de o titular não ter declarado a sua vontade é que os familiares deliberam após o seu óbito: “O art. 14 do Código Civil, ao afirmar a validade da disposição gratuita do próprio corpo, com objetivo científico ou altruístico, para depois da morte, determinou que a manifestação expressa do doador de órgãos em vida prevalece sobre a vontade dos familiares, portanto, a aplicação do art. 4º da Lei nº 9.434/97 ficou restrita à hipótese de silêncio do potencial doador.”
20. COLOMBO, Cristiano, cf. *Da reprodução assistida homóloga post mortem e o direito à sucessão legítima*, cit., p. 160.

Também digna de referência é a possibilidade do testador, por meio de seu testamento, deixar registros literários para a publicação de uma autobiografia, declarando a vontade de vê-los publicados pelos seus sucessores. Nesse caso, para além do cumprimento do encargo imposto aos herdeiros, há uma discussão atinente à eventual responsabilização civil por violação da personalidade alheia, em razão de fatos constantes da obra.

Não se perca de vista que a restrição à liberdade de expressão constitui, em linhas gerais, uma prática inaceitável em um Estado constitucional de Direito e deve ser reprimida. Nessa esteira, inclusive, o Supremo Tribunal Federal, ao decidir sobre a inconstitucionalidade da Lei de Imprensa,<sup>21</sup> já alertou para a circunstância de que o ordenamento constitucional brasileiro não admite a figura da censura prévia como mecanismo afirmador das democracias. No entanto, em se tratando de detalhes particulares da vida privada de uma pessoa (inclusive das pessoas públicas, as chamadas celebridades), considerando que a liberdade de expressão não pode ser absoluta, é possível pensar na incidência dos instrumentos da responsabilidade civil, com vistas à proteção dos direitos da personalidade. Essa utilização dos instrumentos do direito indenizatório, no que diz respeito à publicação de dados personalíssimos em biografias, evidencia uma solução possível para a harmônica convivência entre a liberdade de expressão e a personalidade alheia: conceder *precedência ao direito cujo exercício não anulará o outro, permitindo que posteriormente se corrijam os equívocos de origem*. Com isso, deve ser prestigiada a liberdade de expressão, cujo exercício abusivo pode desencadear instrumentos efetivos de proteção da personalidade. Ao revés, privilegiar os direitos da personalidade importaria em sacrificar, inteiramente, a liberdade de expressão.

A solução, inclusive, foi prestigiada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIn 4815/DF, oportunidade em que se reconheceu que a liberdade de pensamento, de expressão e de imprensa permitem, inclusive, a publicação de biografias mesmo que não autorizadas pelo biografado ou por seus sucessores. Utilizando a técnica de *interpretação conforme a Constituição*, o Pretório Excelso determinou que se empreste aos arts. 20 e 21 do Código Civil (que cuidam, respectivamente, da proteção da imagem e

---

21. Significativo o trecho aqui transcrito da decisão do Pretório Excelso: “2. Regime constitucional da liberdade de imprensa como reforço das liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de expressão em sentido genérico, de modo a abarcar os direitos à produção intelectual, artística, científica e comunicacional. A Constituição reservou à imprensa todo um bloco normativo, com o apropriado nome ‘Da Comunicação Social’ (capítulo V do título VIII). A imprensa como plexo ou conjunto de ‘atividades’ ganha a dimensão de instituição-ideia, de modo a poder influenciar cada pessoa de per se e até mesmo formar o que se convencionou chamar de opinião pública. Pelo que ela, Constituição, destinou à imprensa o direito de controlar e revelar as coisas respeitantes à vida do Estado e da própria sociedade. A imprensa como alternativa à explicação ou versão estatal de tudo que possa repercutir no seio da sociedade e como garantido espaço de irrupção do pensamento crítico em qualquer situação ou contingência. Entendendo-se por pensamento crítico o que, plenamente comprometido com a verdade ou essência das coisas, se dota de potencial emancipatório de mentes e espíritos. *O corpo normativo da Constituição brasileira sinonimiza liberdade de informação jornalística e liberdade de imprensa, rechaçante de qualquer censura prévia a um direito que é signo e penhor da mais encarecida dignidade da pessoa humana, assim como do mais evoluído estado de civilização*” (STF, Ac. Tribunal Pleno, ADPF 130, rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 30.4.09, DJU 6.11.09).

da vida privada), sem redução de texto, para “a) em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível o consentimento de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo por igual desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas); b) reafirmar o direito à inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa, nos termos do inciso X do art. 5º da Constituição da República, cuja transgressão haverá de se reparar mediante indenização” (STF, Ac. unân. Tribunal Pleno, ADIn 4815/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 10.6.15).<sup>22</sup>

De todo modo, registre-se que, havendo violação da personalidade alheia, incidem os instrumentos da responsabilidade civil e penal sobre o infrator. No caso específico de reparação civil de danos, a pretensão indenizatória recairá sobre o autor do escrito (no caso exemplificado, sobre o seu espólio) e sobre a editora que publicou a obra, por conta do entendimento solidificado no Enunciado 221 da súmula de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Súmula 221, Superior Tribunal de Justiça:

“São civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação.”

#### **2.4. A natureza não testamentária do testamento vital (*living will* ou *diretivas antecipadas*)**

Não se pode deixar de registrar, com enfoque em uma importante discussão (ética, jurídica, religiosa e moral), que não traz consigo qualquer característica de testamento a figura jurídica apelidada (indevidamente) de *testamento vital*.

O *testamento vital* é bem melhor compreendido a partir da expressão *diretivas antecipadas*, consubstanciando o debate sobre o direito de morrer dignamente (*right to die*). Não se trata de uma figura testamentária. Aliás, sequer equiparada por analogia ao testamento disciplinado no Código Civil. Por isso, não se lhe aplicam as regras e princípios norteadores das disposições testamentárias.

No que tange às *diretivas antecipadas*, é mister perceber que se a morte é o corolário, a consequência lógica, da vida, nada é mais natural do que asseverar que o *direito à vida digna* (CF, art. 1º, III) traz consigo, a reboque, o *direito a uma morte*

22. Consta em linguagem poética da decisão: “o direito à liberdade de expressão – transcendendo o cogitar solitário e mudo e permitindo a exposição do pensamento – permeia a história da humanidade, pela circunstância mesma de ser a comunicação própria das relações entre as pessoas e por ela não apenas se diz do bem, mas também se critica, se denuncia, se conta e reconta o que há de vida e da vida, da própria pessoa e do outro, fazendo-se a arte exprimindo-se o humano do bem e do mau, da sombra e do claro. E forma-se pela expressão do que é, do que se pensa ser, do que se quer seja, do que foi e do que se pensa possa ser a história humana transmitida. Afinal, no princípio é o Verbo. Encarna-se a vida no Verbo. E o verbo faz-se carne e torna-se vida.”

*igualmente digna*. Com essa inspiração, é de se defender o reconhecimento de um direito à morte digna, como consectário da própria dignidade humana. Pondera, nessa trilha, Anderson Röhe que “a dor e o sofrimento tornaram-se desvalores rejeitados por uma sociedade adoradora do corpo e da perfeição. Daí a necessidade de uma Medicina operante que assegure aos homens o seu bem-estar físico e mental, proporcionando uma boa morte, mais humana e capaz de ser compreendida”.<sup>23</sup>

Seguramente, não se trata de apresentar um posicionamento favorável ou contrário. Não é esse o caso! O que se exige é uma cuidadosa reflexão, liberta das influências pessoais (de ordem religiosa, ética...), para estabelecer as latitudes do direito à morte digna. Mais do que isso, seja qual for o posicionamento a prevalecer, é imperioso se reconhecer que o único ponto indelével (e insubstituível) nessa discussão é o reconhecimento de que a dignidade da pessoa humana também se projeta na morte.

Nesse mesmo senso, Roxana Cardoso Brasileiro Borges afirma haver, hoje em dia, uma “reapropriação da morte pelo próprio doente. Há uma preocupação sobre a salvaguarda da qualidade de vida da pessoa, mesmo na hora da morte. Reivindica-se uma morte digna, o que significa ‘a recusa de se submeter a manobras tecnológicas que só fazem prolongar a agonia’”.<sup>24</sup>

Sobre o tema, é importante mencionar a Resolução nº 1.995, de 9 de agosto de 2012, do Conselho Federal de Medicina, combatendo as dores diversas decorrentes de tratamentos e procedimentos médicos que prolongam a vida dos doentes terminais sem chance de cura (a chamada *futilidade médica*), em clara sintonia com o direito à vida digna. O ato regulamentar determina aos médicos o respeito às *diretivas antecipadas de vontade manifestadas pelo paciente*. Através dessas diretivas antecipadas (também chamadas de *testamento vital*), o paciente pode definir, enquanto estiver no gozo de suas faculdades mentais, os *limites terapêuticos* a serem adotados em seu tratamento de saúde, em eventual hipótese de estado terminal. Exige-se, para tanto, declaração expressa de vontade (diretiva antecipada de vontade, consoante a expressão consagrada na Espanha). Esta declaração, por óbvio, terá validade e eficácia e prevalecerá, inclusive, sobre qualquer outro parecer não médico e sobre a própria manifestação de vontade dos familiares (§ 3º do art. 2º da Resolução).

Inexiste qualquer necessidade de registro em cartório da declaração de vontade, em face da inexistência de exigência expressa da Resolução.

Seguramente, trata-se de uma *significativa homenagem ao reconhecimento do direito à morte digna como uma consequência natural do direito à vida digna*. Cuida-se, tão só, do direito do paciente de *morrer sem sofrimentos desnecessários*, na medida em que a Medicina não conseguiu estabelecer a cura daquela situação.

23. RÖHE, Anderson, cf. *O paciente terminal e o direito de morrer*, cit., p. 123.

24. BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro, cf. “Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital. Análise constitucional e penal e direito comparado”, cit., p. 284.

Harmoniza-se, inclusive, com o art. 15 do Estatuto Civil,<sup>25</sup> que consagra a possibilidade de dispor do corpo para depois da morte, e com a própria *autonomia privada*, que rege as relações do Direito Civil.

Não há sentido, realmente, na intervenção estatal nesse campo.

Como já antecipávamos nas edições anteriores de nosso volume dedicado ao estudo da *Parte Geral do Direito Civil*, ao nosso sentir, o paciente terminal que, no pleno gozo de sua faculdade mental, declarou a sua vontade, deve ter a sua autonomia privada respeitada, a fim de que se efetive a sua dignidade na plenitude. Agora, com o advento da Resolução CFM nº 1.995/12, é válida e eficaz a declaração prévia de vontade em face da premente necessidade de respeitar a autonomia privada do paciente terminal, a partir de preceitos éticos e jurídicos e da terminalidade inexorável da vida humana.

Com o mesmo raciocínio, Luciana Dadalto também já afirmava que a “*declaração prévia de vontade do paciente terminal é válida no Brasil, mesmo com a inexistência de legislação específica, a partir de uma interpretação principiológica do ordenamento jurídico pátrio*”.<sup>26</sup>

Já se colhe interessante precedente jurisprudencial de aplicação das diretivas antecipadas, respeitando inteiramente o direito de morrer dignamente:

“Biodireito. Ortotanásia. Testamento vital.

1. Se o paciente, com o pé esquerdo necrosado, se nega à amputação, preferindo, conforme laudo psicológico, morrer para ‘aliviar o sofrimento’; e, conforme laudo psiquiátrico, *se encontra em pleno gozo das faculdades mentais, o Estado não pode invadir seu corpo e realizar a cirurgia mutilatória contra a sua vontade*, mesmo que seja pelo motivo nobre de salvar sua vida.

2. O caso se insere no denominado Biodireito, na dimensão da ortotanásia, que vem a ser a morte no seu devido tempo, sem prolongar a vida por meios artificiais, ou além do que seria o processo natural.

3. O direito à vida garantido no art. 5º, *caput*, deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa, previsto no art. 2º, III, ambos da CF, isto é, vida com dignidade ou razoável qualidade. A Constituição institui o direito à vida, não o dever à vida, razão pela qual não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a tratamento ou cirurgia, máxime quando mutilatória. Ademais, na esfera infraconstitucional, o fato de o art. 15 do CC proibir tratamento médico ou intervenção cirúrgica quando há risco de vida, não quer dizer que, não havendo risco, ou mesmo quando para salvar a vida, a pessoa pode ser constrangida a tal.

4. Nas circunstâncias, a fim de preservar o médico de eventual acusação de terceiros, tem-se que o paciente, pelo quanto consta nos autos, fez o denominado testamento vital, que figura na Resolução no 1995/2012, do Conselho Federal de Medicina.”

(TJ/RS, Ac. unân. 1ª Câmara Cível, ApCív. 70054988266 – comarca de Viamão, Rel. Des. Irineu Mariani, j. 20.11.13, DJRS 27.11.13)

25. Art. 15, Código Civil: “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.”

26. DADALTO, Luciana, cf. *Testamento vital*, cit., p. 148.

Registre-se, em arremate do tema, que não se pode confundir as *diretivas antecipadas* com a eutanásia (que nada mais é do que uma morte piedosa, sem sofrimento, por relevante valor moral), com a *mistanásia* (conhecida como *eutanásia social* e muito comum em hospitais brasileiros quando, diante de um acidente, por exemplo, o médico tem de escolher qual dos pacientes será atendido primeiro) e com a *ortotanásia* (que é a eutanásia por omissão, apenas cometida pelo médico que deixa de prolongar o inevitável processo de morte do paciente, por meios artificiais, que poderiam prostrar aquela situação fática).

Lado outro, as *diretivas antecipadas* se põem em contraposição à *distanásia*, que é o prolongamento artificial do processo (natural) de morte, ainda que à custa do sofrimento do paciente. É a continuação, por intervenção da Medicina, da agonia, mesmo sabendo que, naquele momento, não há chance conhecida de cura. Enfim, é uma verdadeira obstinação pela pesquisa científica, pela tecnologia e tratamento médico, olvidando o direito do paciente à sua dignidade intangível, mesmo no momento da morte.

O direito brasileiro, através do Código Penal, mantém a eutanásia no âmbito da ilicitude, olvidando todos os demais aspectos da controvérsia.

## 2.5. Características fundamentais do testamento

Palmilhando o caminho aberto pela compreensão predominante de testamento no direito brasileiro, é possível afirmar que se trata de um *negócio jurídico pelo qual se dispõe do patrimônio, no todo ou em parte, para depois da morte, além de se facultar outras declarações de vontade*.

A partir desse balizamento, então, é mister extrair as características fundamentais desse negócio jurídico especial. Até mesmo porque, em razão da peculiaridade de seu objeto (a declaração de vontade para produzir efeitos depois do óbito do manifestante), o testamento congrega uma multiplicidade inusitada de características, raramente reunidas em uma única figura negocial.

Em síntese direta, o testamento é um negócio jurídico *i)* personalíssimo; *ii)* unilateral; *iii)* gratuito; *iv)* com eficácia *post mortem*; *v)* com formalidades exigidas por lei e *vi)* revogável, a qualquer tempo.

Minuciosamente, merecem análise essas características.

O testamento é um *negócio jurídico personalíssimo (intuitu personae)*. Sem dúvida, somente o próprio titular do patrimônio pode deliberar sobre o seu destino, para além de seu falecimento. Ninguém mais. É a chamada *autofeitura do testamento*.

Não é à toa que o art. 1.858 do *Codex*, seguindo a redação do art. 3.711 do Código argentino, estabelece que “o testamento é ato personalíssimo”.

Inadmitte-se, inclusive, a elaboração por meio de representante, legal ou convencional, mesmo que constituído por instrumento público e com poderes especiais.<sup>27</sup>

27. É a mesma opção do direito francês, alemão, espanhol, mexicano, chileno e uruguaio. Em sentido distinto, porém, o art. 469 do Código Civil da Bolívia permite o testamento por mandato.

A disposição testamentária, nessa hipótese, é nula por afronta ao exposto texto legal (CC, art. 166).

Nessa tocada, antevendo o caráter personalíssimo da declaração testamentária, o legislador decretou a vedação ao testamento conjuntivo: “é proibido o testamento conjuntivo, seja simultâneo, recíproco ou correspectivo” (art. 1.863).<sup>28</sup> Com isso, proíbe-se que duas ou mais pessoas estabeleçam disposições testamentárias conjuntamente, preservando o personalismo do ato. Ou seja, por um único instrumento não podem testar duas ou mais pessoas. “Entende-se por testamento conjuntivo o que contém dois atos feitos num só, isto é, duas pessoas, ao mesmo tempo, de mão comum, fazem um testamento”, como leciona Antônio Elias de Queiroga.<sup>29</sup> A proibição é peremptória: sequer pessoas casadas entre si ou mesmo pai e filho podem fazer um testamento simultaneamente.

Nada impede, contudo, que o testador seja auxiliado por terceiro que, por exemplo, digite a sua declaração volitiva.

Igualmente, é possível a duas ou mais pessoas utilizar de cédulas testamentárias distintas para dispor de sua vontade, autonomamente. Seria o exemplo de cônjuges ou de pai e filho que elaboram testamentos individuais, mesmo que contenham eventuais beneplácitos comuns.<sup>30</sup>

Ainda quanto à participação de terceiros na elaboração de um testamento, Paulo Nader chama a atenção para um necessário cuidado em relação aos efeitos da presença do beneficiário, exarando a sua aceitação à deixa. “Se houve algum tipo de acordo entre ambos, o testamento será nulo; se houve apenas erro de direito, nula será apenas a aceitação, pois esta deve ser feita, necessariamente, após a abertura da sucessão”.<sup>31</sup> A isso acresça-se que se o beneficiário funcionou como testemunha ou autoridade pública, será nulo o benefício, por conta de sua falta de legitimação sucessória (CC, art. 1.801).

28. Explica Carlos Roberto Gonçalves que a proibição alcança todo e qualquer testamento conjuntivo (de mãos comuns ou mancomunado), “seja simultâneo (disposição conjunta em favor de terceira pessoa), recíproco (instituinte benefícios mútuos) ou correspectivo (disposições em retribuição de outras correspondentes). Justifica-se a proibição porque tais disposições constituem espécies de pacto sucessório”, GONÇALVES, Carlos Roberto, cf. *Direito Civil Brasileiro*, cit., p. 230.

29. QUEIROGA, Antônio Elias de, cf. *Curso de Direito Civil*, cit., p. 105.

30. A orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de reconhecer a validade de testamentos individuais, mesmo contendo disposições de bens comuns: “I. O testamento é consubstanciado por ato personalíssimo de manifestação de vontade quanto à disponibilização do patrimônio do testador, pelo que pressupõe, para sua validade, a espontaneidade, em que titular dos bens, em solenidade cartorária, unilateral, livremente se predispõe a destiná-los a outrem, sem interferência, ao menos sob o aspecto formal, de terceiros. II. O art. 1.630 da lei substantiva civil veda o testamento conjuntivo, em que há, no mesmo ato, a participação de mais alguém além do testador, a indicar que o ato, necessariamente unilateral na sua realização, assim não o foi, pela presença direta de outro testador, a descaracterizá-lo com o vício da nulidade. III. Não se configurando, na espécie, a última hipótese, já que o testamento do *de cujus*, deixando suas cotas para sua ex-sócia e concubina, e o outro por ela feito, constituíram atos distintos, em que cada um compareceu individualmente para expressar seu desejo sucessório, inaplicável, à espécie, a cominação prevista no referenciado dispositivo legal, corretamente interpretado pelo Tribunal *a quo*” (STJ, Ac. unân. 4ª T., REsp. 88.388/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 5.10.00, DJU 27.11.00, p. 164).

31. NADER, Paulo, cf. *Curso de Direito Civil*, cit., p. 204.

Além disso, o testamento é um negócio *unilateral*.<sup>32</sup> De fato, aperfeiçoa-se o testamento com uma única manifestação de vontade, que já se mostra suficiente para a produção de efeitos. Mesmo ocorrendo eventual renúncia ao patrimônio transmitido, o negócio se aperfeiçoou, sendo os efeitos dela decorrentes operados em outro nível, sem afetar a existência e validade do ato.

Outrossim, trata-se de um negócio jurídico *gratuito* ou *benéfico*, por não atribuir qualquer vantagem ao testador, encapsulando o benefício diretamente no sucessor indicado. Lembra, no ponto, Flávio Tartuce que inexistente, no testamento, “o sacrifício bilateral que identifica os negócios onerosos. Desse modo, não há qualquer remuneração ou contraprestação para a aquisição de bens ou direitos decorrentes de um testamento”.<sup>33</sup>

Cuidando-se de um negócio gratuito, sobreleva a lembrança da incidência da regra da *interpretação restritiva dos negócios gratuitos*, estampada no art. 114 do Código Civil.<sup>34</sup>

Para além disso, os efeitos do testamento somente são produzidos *depois da morte do testador*, garantindo-lhe um enquadramento como um negócio *causa mortis*. Enquanto vivo o seu autor, nenhum efeito decorrerá, em relação às deixas patrimoniais nele contidas. Somente com o advento do óbito do testador os efeitos patrimoniais decorrem. Antes disso, trata-se de mera expectativa de direito.

É, também, o testamento um negócio jurídico *formal*, por conta das exigências e formalidades estabelecidas em lei e que exigem atendimento, sob pena de nulidade. Isto é, são formalidades *ad solemnitatem*, por serem essenciais à validade do ato negocial, não se restringindo a servir como prova do negócio. Ilustrativamente, exige-se instrumento escrito (mas não necessariamente por escritura pública) para a sua celebração, não se tolerando, como regra, o testamento oral, com exceção do testamento nuncupativo militar. Ao lado do casamento, ousamos dizer, inclusive, o testamento é um dos negócios mais solenes do sistema jurídico brasileiro. Aliás, tanta formalidade parece, inclusive, para nós, um *verdadeiro desestímulo ao testamento*. Por isso, entendemos que deve o juiz se valer do aproveitamento da vontade em sede testamentária, buscando preservar e respeitar a vontade do autor da herança.

Dentre as diversas solenidades exigidas para a validade do ato, no entanto, não figura a necessidade de constar a palavra “testamento” no instrumento escrito, sendo irrelevante a nomenclatura utilizada. Exigir algo distinto, convenha-se, chegaria ao limite da burocracia.

No ponto, não se pode olvidar a necessária homenagem ao *princípio da conservação dos negócios jurídicos*, também incidente no testamento, pelo qual, sempre

32. “O testamento é negócio jurídico unilateral não receptício, pois se aperfeiçoa mediante uma única vontade, a do testador, dirigida à produção de determinados efeitos práticos e jurídicos que lhe são próprios”, CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de, cf. *Direito das Sucessões*, cit., p. 519.

33. TARTUCE, Flávio, cf. *Direito Civil*, cit., p. 358.

34. Art. 114, Código Civil: “os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente.”

que possível a vontade nele manifestada, deve ser preservada. Aliás, não é por outro motivo que a Lei Civil contempla os institutos da *conversão substancial* (art. 170), da *ratificação* (art. 172) e da *redução* (art. 184).

A *conversão substancial* diz respeito à possibilidade de recategorização do negócio nulo, aproveitando-se a manifestação de vontade para reconhecer outro negócio jurídico, dêz que respeitados seus requisitos formais. Seria o exemplo do aproveitamento de um testamento eventualmente nulo, por defeito na forma, em um contrato de doação. Já a *ratificação do negócio jurídico* (também chamada de *sanação* ou *convalidação* ou, ainda, como preferiu o legislador, *confirmação*), por seu turno, concerne à possibilidade de as partes, por vontade expressa ou tácita, declararem aprovar um determinado negócio ou ato anulável<sup>35</sup> – inadmitida a confirmação do ato nulo, como desfecha o art. 169 do *Codex*. E, finalmente, a *redução da invalidade do negócio jurídico*, contemplada no art. 184 da Codificação, é instituto aplicável às hipóteses de invalidade parcial do negócio jurídico, tendo cabimento quando, dentro de um mesmo ato negocial, são manifestadas duas ou mais declarações de vontade. Ou seja, incide a redução parcial da invalidade se existem diferentes vontades manifestadas no mesmo ato e quando for admitida a separação delas, permitindo a extirpação da parte comprometida (inválida) do negócio, aproveitando-se a parte válida. Veja-se que não é a intenção das partes que o ato somente produzisse efeitos parciais (como se já estivessem antevendo a nulidade parcial), mas sim o princípio acolhido pelo sistema civil pátrio de conservação dos negócios que releva nesta figura. É uma espécie de *isolamento da invalidade*, aproveitando-se os demais termos do negócio. Seria, por exemplo, a hipótese de um testamento inválido que contém cláusula de reconhecimento de filho. Supondo a existência de algum vício na declaração patrimonial, em nada estará comprometido ato perfilhatório.

Todos os institutos (como se pode perceber) convergem na busca incessante do respeito ao fim visado pelo testador, sempre que possível. É dizer: esses institutos servem como instrumento de busca da máxima preservação do elemento volitivo, chave-mestra do testamento, assegurando o desiderato almejado na declaração de vontade.

Entendemos, portanto, ser necessária uma especial parcimônia, um cuidado, na apreciação da eventual invalidade de um testamento por preterição de alguma formalidade, para que não seja sacrificada a sua substância por apego formalista. Fundamentalmente, há de se prestigiar a *intenção do testador*, mesmo que com alguma flexibilização de formalidade. Os tempos atuais não mais se coadunam com excesso de burocracia e solenidades desmedidas.<sup>36</sup>

35. Nos termos do art. 367 do Diploma Material Civil, a obrigação anulável admite convalidação por meio de novação, bem como o casamento anulável pode ser objeto de confirmação (CC, art. 1.647), desde que as partes tenham capacidade para tanto.

36. “Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, em relação ao testamento particular não se deve prestigiar o formalismo obsoleto em prejuízo da intenção do testador, desde que, por óbvio, estejam presentes subsídios suficientes a demonstrar a sua verdadeira vontade” (TJ/MG, Ac. 5ª Câmara Cível, ApCív. 1.0024.13.363715-7/001 – comarca de Belo Horizonte, Rel. Des. Barros Levenhagen, j. 9.10.14, *DJMG* 20.10.14).

A orientação da jurisprudência superior, inclusive, já está bem direcionada nesse rumo:

“1. Ainda que seja imprescindível o cumprimento das formalidades legais a fim de preservar a segurança, a veracidade e legitimidade do ato praticado, deve se interpretar o texto legal com vistas à finalidade por ele colimada. Na hipótese vertente, o testamento particular foi digitado e assinado por quatro testemunhas, das quais três o confirmaram em audiência de instrução e julgamento. Não há, pois, motivo para tê-lo por inválido.

2. Interpretação consentânea com a doutrina e com o Código Civil, art. 1.876, §§ 1º e 2º.”

(STJ, Ac. unân. 4ª T., REsp. 701.917/SP, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 2.2.10, DJe 1.3.10)

“O testamento é um ato solene que deve submeter-se a numerosas formalidades que não podem ser descuradas ou postergadas, sob pena de nulidade.

*Mas todas essas formalidades não podem ser consagradas de modo exacerbado, pois a sua exigibilidade deve ser acentuada ou minorada em razão da preservação dos dois valores a que elas se destinam – razão mesma de ser do testamento –, na seguinte ordem de importância: o primeiro, para assegurar a vontade do testador, que já não poderá mais, após o seu falecimento, por óbvio, confirmar a sua vontade ou corrigir distorções, nem explicitar o seu querer que possa ter sido expresso de forma obscura ou confusa; o segundo, para proteger o direito dos herdeiros do testador, sobretudo dos seus filhos.”*

(STJ, Ac. unân. 4ª T., REsp. 302.767/PR, Rel. Min. César Asfor Rocha, j. 5.6.01, DJU 24.9.01, p. 313)

Em arremate, lembre-se que o testamento é um negócio *revogável*, por excelência, em face de sua própria essência. Bem o diz, inclusive, o art. 1.858 da Lei Civil: “o testamento é ato *personalíssimo*, podendo ser mudado a qualquer tempo”. É o que se convencionou denominar *revogabilidade essencial*.

Vale, inclusive, a ressalva de que é nula a cláusula testamentária que retire do testador o direito à revogação, total ou parcial, do testamento. É a chamada cláusula derogatória ou derogativa, que será nula de pleno direito. Convém a cátedra de Washington de Barros Monteiro sobre o tema: “o testamento é negócio jurídico essencialmente revogável. A vontade do testador pode ser modificada, no todo ou em parte, ou revogada, pura e simplesmente. Esse direito do disponente torna-se de tal modo sagrado que nem ele próprio poderia proibir-se o uso de semelhante faculdade. Qualquer estipulação contrária a essa liberdade seria radicalmente nula e não vincularia o testador”.<sup>37</sup>

Sobre a revogação do testamento, inclusive, vale o destaque de não se exigir qualquer formalidade essencial. Basta a clara manifestação de vontade do titular, consubstanciando a sua autonomia privada. Inclusive não se exige que a revogação tenha a mesma forma do testamento revogado. Com isso, um testamento público pode ser revogado

37. MONTEIRO, Washington de Barros, cf. *Curso de Direito Civil*, cit., p. 125.

por instrumento particular. Até porque se exigida fosse a mesma forma, um testamento marítimo somente poderia ser revogado se o testador fizesse uma nova viagem.

Revogado o testamento, naturalmente, não há que se falar em qualquer direito dos frustrados beneficiários.<sup>38</sup>

## 2.6. A proibição do pacto sucessório

Dispõe o art. 426 do Código Civil que “*não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva*”.

Portanto, restringe o nosso sistema jurídico como única maneira de se operar a transmissão de todo um patrimônio ao negócio jurídico unilateral *mortis causa*, que é o testamento.

Em qualquer de suas modalidades (ordinárias ou especiais), requer o ato de vontade do testador o atendimento a específicas solenidades para ver reconhecida a sua validade, restando a sua eficácia condicionada ao evento morte.

Com essa disposição, o direito pátrio veda qualquer espécie de contrato sucessório, sem exceções.<sup>39</sup>

É de tamanha robustez a proibição de que um negócio jurídico disponha sobre a herança de uma pessoa que abrange a transferência de qualquer tipo de direito sucessório futuro, bem como toda e qualquer disposição relativa a tais direitos, como, por exemplo, a renúncia à herança de alguém que ainda não faleceu. Sequer a anuência do titular do patrimônio convalidará o negócio jurídico.

Todavia, é inválido o contrato de herança de pessoa viva, seja ele estipulado pela pessoa de cuja herança se trata, ou por duas pessoas alheias ao *de cuius*. Conhecido como *pacto sucessório*, é negócio jurídico bilateral, efetivado com a integração do consentimento dos herdeiros e/ou legatários. Assim, existem dois fortes motivos para nulificar o pacto. *Primus*, porque sobejaria desnaturada a revogabilidade das disposições de última vontade, pois ao contratante seria vedada a rescisão unilateral do pacto, privando uma pessoa da natural liberdade de regular a sua própria sucessão. *Secundus*, por entender que a vedação da sucessão contratual também é de ordem moral. A formalização de um contrato de tal natureza é conhecida como *pacto corvina*, pois geraria um clima de expectativa de óbito entre os herdeiros, que como corvos aguardam por este momento.

38. “O testamento é um ato unilateral, personalíssimo e um negócio jurídico revogável, nos termos do art. 1.858 do Código Civil. Desta feita, a conduta da apelada ao revogar o testamento que beneficiava a apelante, não constitui ilícito civil e, portanto, restam ausentes os requisitos capazes de ensejar a indenização” (TJ/MG, Ac. 14ª Câmara Cível, ApCív. 1.0388.06.011986-3/001, Rel. Desa. Hilda Teixeira da Costa, j. 14.2.08).

39. Este é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: “Revela-se nula a partilha de bens realizada em processo de separação amigável que atribui ao cônjuge varão promessa de transferência de direitos sucessórios ou doação sobre imóvel pertencente a terceiros, seja por impossível o objeto, seja por vedado contrato sobre herança de pessoas vivas” (STJ, Ac. unân. 4ª T., REsp. 300.143/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 21.11.06, DJU 12.2.07, p. 262).

Opta-se, pois, pela nulidade do ato pela ilicitude do objeto, pois a prestação atenta contra a ordem pública (CC, art. 166, II).

De qualquer modo, o nosso ordenamento jurídico permite a partilha em vida pelo ascendente, por ato entre vivos, desde que o doador estipule direito real de usufruto sobre renda suficiente para a sua subsistência (CC, art. 548).

Art. 2.018, Código Civil:

“É válida a partilha feita por ascendente, por ato entre vivos ou de última vontade, contanto que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários.”

Aqui, a hipótese é diversa. Há uma transferência antecipada de patrimônio que dispensa o futuro inventário. A divisão patrimonial produz efeitos imediatos sob a forma de escritura de doação, respeitando as legítimas dos herdeiros necessários.

Anuindo ao nosso entendimento, o saudoso jurista Zeno Veloso discorre: “quando realizada por ato entre vivos, a partilha deve obedecer aos requisitos de forma e de fundo das doações. A divisão entre os herdeiros tem efeito imediato, antecipando o que eles iriam receber somente com o passamento do ascendente. Se foi omitido algum herdeiro necessário, a partilha em vida é nula; se sobrevém herdeiro necessário, é ineficaz”.<sup>40</sup>

Para a validade da partilha em vida é fundamental a presença concomitante de todos os herdeiros necessários, sob pena de nulidade frontal.<sup>41</sup>

Veja-se, ademais, que a vedação ao pacto sucessório não impede que alguém realize liberalidades em vida com bens integrantes de seu patrimônio. Tratando-se de disposições em prol de descendentes e cônjuge, qualquer valor porventura doado será considerado como adiantamento de legítima, sujeito à colação ao tempo do óbito. A conferência é indispensável para a reposição da igualdade das legítimas. Caso a liberalidade seja efetuada em favor de outros beneficiários, haverá a redução das doações que se revelem inoficiosas (CC, art. 549).

Outrossim, é possível indagar: em face da proibição dos pactos sucessórios, seria válida a estipulação em favor de terceiro<sup>42</sup> que admita a outorga de vantagem após a

40. VELOSO, Zeno, cf. *Comentários ao Código Civil*, cit., p. 437.

41. “Todos os descendentes sucessíveis devem participar de tal ato (partilha em vida), com inclusão dos netos, em nome do direito de representação. A falta de uma só das partes descaracteriza a partilha, à qual se impõe o respeito às quotas dos herdeiros necessários. Desrespeitada que seja a legítima de um só herdeiro, configura-se nulidade suscetível de contaminar a totalidade do ato”, ALMADA, Ney de Mello, cf. *Sucessões*, cit, p. 369.

42. Sobre as estipulações em favor de terceiros, já escrevemos noutra sede: “A estipulação em favor de terceiro é contrato *sui generis*. Forma-se quando o estipulante (ou promissário) convencionou com o promitente, a concessão de uma vantagem patrimonial em prol de um terceiro, que se constitui em beneficiário. Em outras palavras, duas pessoas celebram um negócio jurídico cujo desiderato é favorecer a situação jurídica patrimonial de um estranho ao ato de autonomia privada, que culmina por adquirir um direito próprio a esta vantagem, convertendo-se em credor do promitente. Esta categoria contratual exige, por conseguinte, a presença de dois requisitos: a existência de um terceiro e a aquisição por este de um direito próprio a um benefício”, FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, cf. *Curso de Direito Civil: Contratos*, cit., p. 429.

morte do estipulante, prevendo ainda que desde logo renuncie ele ao direito de revogar a estipulação? Esta atribuição será considerada uma disposição testamentária ou um contrato em que a morte aparece unicamente como um termo? Entendemos que na estipulação a favor de terceiros *mortis causa*, pela própria natureza da atribuição, é ínsita a revogabilidade até o momento da morte do estipulante. Neste caso, a situação do terceiro é de mera expectativa, tal qual a de quem foi designado como sucessor testamentário. Mas, se o promissário renunciar ao poder de revogação, consolida-se o benefício na esfera do terceiro, transformando-se em um direito eventual. Ou seja, o direito será adquirido pelo terceiro, independentemente de aceitação, embora o momento desta aquisição seja diferido no tempo. Contudo, não se pode excluir que o negócio jurídico se qualifique como *inter vivos* – com a prestação *post mortem* – e a morte do estipulante seja vista como um termo a que se subordinam os efeitos de execução do negócio.

### 3. CAPACIDADE TESTAMENTÁRIA

#### 3.1. Lineamentos gerais

O Ordenamento Civil elegeu os seres humanos, as *peessoas naturais*, como potenciais titulares das relações jurídicas (ao lado das *peessoas jurídicas*), dando-lhes aptidão genérica para a prática de atos da vida civil.

A *capacidade* surge, nessa ambiência, como uma espécie de medida jurídica da personalidade – que é reconhecida a todas as pessoas naturais e jurídicas.

Em resumo, a *capacidade jurídica* envolve a aptidão para adquirir direitos e assumir deveres pessoalmente. Mais especificamente, significa que as mais diversas relações jurídicas (celebrar contratos, casar, adquirir bens, postular perante o Poder Judiciário...) podem ser realizadas pessoalmente pelas pessoas plenamente capazes ou por intermédio de terceiros (o representante ou assistente) pelos incapazes.

A capacidade jurídica é dividida em *capacidade de direito* (também dita *de aquisição* ou *de gozo*), reconhecida indistintamente a toda e qualquer titular de personalidade, seja pessoa natural ou jurídica; e *capacidade de fato* (ou *de exercício*), que é a aptidão para praticar pessoalmente, por si mesmo, os atos da vida civil.<sup>43</sup> Ilustrando a matéria, percebe-se que uma criança com oito anos de idade possui capacidade de direito (que é a potencialidade de ser titular de relações jurídicas), embora não disponha de capacidade de fato, não lhe sendo possível praticar pessoalmente qualquer ato jurídico. Assim, convém notar que a capacidade de fato presume a capacidade de direito, mas a recíproca não é verdadeira. Nem todo aquele que dispõe de capacidade de direito tem, a outro giro, a capacidade de fato.

43. Pondera o eminente civilista argentino Ricardo Rabinovich-Berkman que seria mais próprio e correto falar em “capacidade de titularizar direito e capacidade de exercer direitos” (*Derecho Civil: Parte General*, op. cit., p. 409).