

FACULDADE AUTÔNOMA DE DIREITO – FADISP
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU*
DOUTORADO EM FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO

HAMILTON GOMES CARNEIRO

**A LIMITAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA FRENTE À RESERVA
DA LEGÍTIMA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO:**

um estudo crítico e propositivo

São Paulo

2022

HAMILTON GOMES CARNEIRO

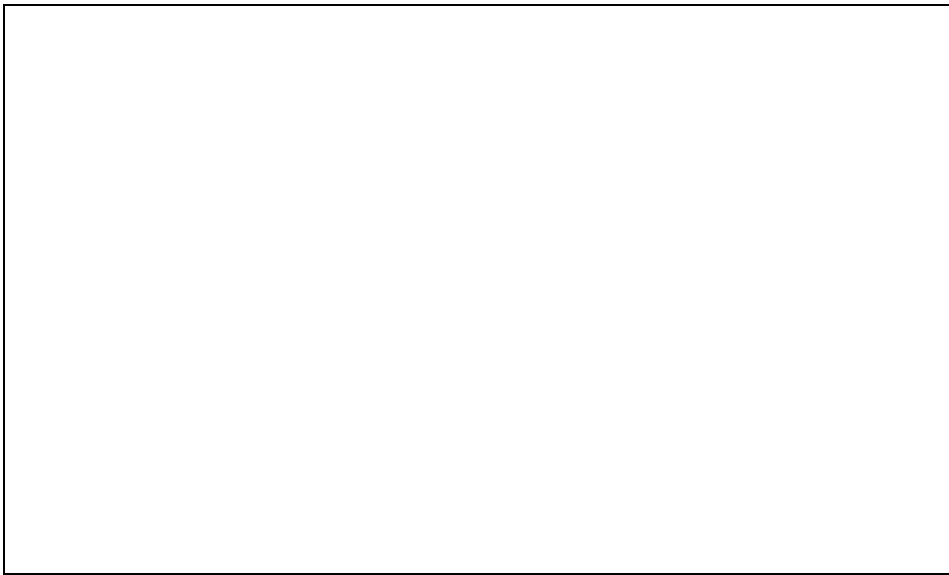
**A LIMITAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA FRENTE À RESERVA
DA LEGÍTIMA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO:**

um estudo crítico e propositivo

Tese apresentada à Banca de Defesa do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade Autônoma de Direito – FADISP, como exigência parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito, sob a orientação da Profa. Dra. Carolina Noura de Moraes Rêgo.

São Paulo

2022



HAMILTON GOMES CARNEIRO

**A LIMITAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA FRENTE À RESERVA
DA LEGÍTIMA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO:**

um estudo crítico e propositivo

Tese apresentada à Banca de Defesa do
Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da
Faculdade Autônoma de Direito – FADISP,
como exigência parcial para obtenção do grau
de Doutor em Direito.

Banca examinadora:

Profa. Dra. Carolina Noura de Moraes Rêgo (Orientadora)
Faculdade Autônoma de Direito – FADISP

AGRADECIMENTOS

A Deus, por me permitir viver com saúde, trabalhar, estudar, ler e redigir este trabalho. Foram muitos anos de estudos e leituras, com sacrifícios físicos e emocionais para chegar ao término desta tese.

Aos meus pais, Osmar Gomes Furtado e Andiará Gomes Carneiro. Ao meu pai, por sua ajuda na leitura e releitura dos meus manuscritos, desde o início de minha carreira, apontando, com sua educação e *finesse*, os erros que encontrava e fazendo observações muito úteis, e à minha mãe, por ser o esteio da casa e por sempre ser uma grande incentivadora do meu progresso profissional e acadêmico, mesmo tolerando meu humor oscilante ou minhas ausências nas viagens para as aulas presenciais em São Paulo ou no curso de verão na Europa.

Ao professor Mário Delgado, meu primeiro orientador no doutorado da Faculdade Autônoma de Direito (FADISP) em 2018, sendo que na disciplina ministrada fomos agraciados com o privilégio de ter como requisito final da matéria a elaboração de um artigo jurídico, inclusive participando de uma banca de examinadores de notável saber jurídico, que nos proporcionou questionamentos e ensinamentos sobre como seria enfrentar e debater com profissionais excepcionais nas suas respectivas áreas.

Aos professores Henrique Garbellini Carnio e Ricardo dos Santos Castilho. O Dr. Henrique Garbellini é um baluarte de conhecimento, com especial talento de transmitir ensinamentos profundos e fazer as pessoas meditarem muito sobre o direito e a vida em sociedade. Por sua vez, o Dr. Ricardo Castilho, no seu vasto conhecimento e na sua pedagogia mesclada entre a clássica e a atual, nos fez ler pelo menos dois livros por mês, com os respectivos fichamentos escritos à mão em folhas de papel almaço, a fim de adquirirmos sabedoria “bebendo” diretamente da fonte seminal dos antigos filósofos da antiguidade (John Locke, Jean-Jacques Rousseau, Arthur Schopenhauer, Michel Foucault, René Descartes etc.), bem como dos novos filósofos (Niklas Luhmann, Amartya Sen etc.), sem se falar nos debates de altíssimo nível entre os alunos que se tornaram, com a convivência fraterna, grandes amigos para a eternidade.

À professora Carolina Noura de Moraes Rêgo, minha orientadora, que com inteligência, dinamismo e competência soube me guiar nesta tese, orientando-me em todos os detalhes deste estudo com sua leitura dinâmica e rápidas respostas nos *e-mails*, nas

correções e nas reuniões por vídeo, uma vez que a pandemia da doença pelo novo coronavírus impossibilitou os encontros presenciais.

À professora Austréia Magalhães Candido da Silva, por aceitar participar da banca examinadora e por sua capacidade invejável de investigação acadêmica, uma vez que já a assisti examinando outro candidato, em que fez observações muito pertinentes para melhorar e aperfeiçoar a tese apresentada.

Ao professor Lauro Ishikawa, por ter sido um dos examinadores entrevistadores da seleção para o ingresso neste doutorado, inclusive tratando todos os candidatos com muita educação e lhanza ímpares, e por me dar a honra de compor também a banca de qualificação desta tese. Destaco também o apoio que nos deu no curso de verão na Europa, especialmente na Espanha, na histórica cidade de Valladolid, e na Itália, na bela cidade medieval de Siena.

Ao Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, por me proporcionar incentivo para trabalhar e estudar durante todo esse período de desenvolvimento desta tese.

Enfim, foram alguns anos de muito aprendizado que armazenei na mente e no coração. Lições para toda a vida!

RESUMO

O objetivo da presente tese consiste em propor uma readequação legislativa que priorize a autonomia privada do testador, em que a reserva da legítima passe a ter uma nova concepção frente às novas demandas contemporâneas apresentadas nas relações familiares. Nesse sentido, buscou-se analisar a liberdade na autonomia da vontade privada em relação ao direito de disposição do testamento e da herança, admitindo a exclusão da obrigatoriedade dos herdeiros necessários e a possibilidade de o testador realizar a doação integral de seu patrimônio para quem ele preferir. Sob essa perspectiva, considerou-se o desenvolvimento de um estudo crítico e propositivo acerca da autonomia privada do testador e do direito à legítima, concebendo-os como fundamentos constitucionais para o embasamento deste trabalho científico. A metodologia empregada envolveu estudo bibliográfico, documental, descritivo e exploratório, com abordagem qualitativa das informações coletadas. Por fim, ao analisar todas as *nuances* e especificidades que envolvem o tema, buscou-se defender a necessidade de repensar o instituto da legítima, o qual restringe bastante a autonomia da vontade do testador. Desse modo, propõe-se que a legítima seja extinta, tornando possível que o testador, com fundamento na autonomia da vontade, possa dispor plenamente de todo seu patrimônio, excetuando-se a situação de algum(a) cônjuge/companheiro(a) ou filho(a) com alguma deficiência que não possa manter a própria subsistência. Assim, estabelecendo-se uma alteração no Código Civil, por meio do projeto de lei proposto nesta tese, com a exclusão da obrigatoriedade dos herdeiros necessários, o testador poderia realizar a doação em vida para quem lhe deu assistência, e não para a família que o abandonou e que, somente após sua morte, reapareceu para pleitear seu patrimônio. Ao se analisar a intervenção do Estado no direito à propriedade privada do testador, torna-se difícil identificar a função social dentro da restrição legal estabelecida sobre a metade da herança disponível, podendo esta ser admitida somente em grave ofensa ao direito à propriedade. Não se busca aqui discutir a função social da propriedade privada em sua integralidade, mas sim, apenas no caso específico da sucessão testamentária, o instrumento da proteção à legítima que suscita a desnaturação pelo fato de que um dos elementos fundamentais à condição de proprietário é justamente, além de gozar, fazer uso e reivindicar, poder também dispor de sua propriedade.

Palavras-chave: autonomia da vontade privada; reserva da legítima; herança.

ABSTRACT

The goal of this paper is to propose a legislative readjustment that prioritizes the testator's private autonomy, in which the reserve of the legitimate starts to have a new conception in the face of the new contemporary demands presented in family relationships. In this sense, we sought to analyze the freedom in the autonomy of the private will in relation to the right of disposition of the will and inheritance, admitting the exclusion of the obligation of the necessary heirs and the possibility of the testator making the full donation of his patrimony to whom he prefers. From this perspective, it was considered the development of a critical and propositional study about the testator's private autonomy and the right to legitimate, conceiving them as constitutional foundations for the basis of this scientific paper. The methodology used involved bibliographic, documentary, descriptive and exploratory study with a qualitative approach from the collected data. Finally, by analyzing all the nuances and specificities involved on the subject, it was sought to defend the necessity of rethinking the institute of the legitimate, which greatly restricts the autonomy of the testator's will. Thus, it is proposed that the legitimate be extinguished, making it possible for the testator, based on the autonomy of the will, to be able to fully dispose of all his assets, except for the situation of some spouse/partner or child with a disability who cannot maintain their own subsistence. Therefore, establishing an amendment to the Civil Code, through the law project proposed on this paper, with the exclusion of the mandatory heirs required, the testator could make a donation in life to the person who assisted him, and not to the family that abandoned him and that, only after his death, reappeared to claim his patrimony. Analyzing the intervention of the State on private property's right of the testator, it becomes difficult to identify the social function within the legal restriction established on half of the available inheritance, which can only be admitted in serious violation of the right to property. It is not intended to discuss here the social function of the private property in its integrity, but rather, only in the specific case of testamentary succession, the instrument of protection of the legitimate that raises the denaturing by the fact that one of the fundamental elements to the condition of owner is precisely, besides rejoice in, make use of and claim, he can also dispose of his property.

Keywords: private will autonomy; legitimate reserve; inheritance.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AC	Apelação Cível
AI	Agravo de Instrumento
CC	Código Civil
CCJC	Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania
CCTCI	Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática
CF	Constituição Federal
CPC	Código de Processo Civil
IBDFAM	Instituto Brasileiro de Direito de Família
ILPIs	Instituições de longa permanência para idosos
PL	Projeto de Lei
PLS	Projeto de Lei do Senado
REsp	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJDFT	Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios
TJMG	Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
TJRJ	Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
TJRS	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	DA SUCESSÃO NO DIREITO BRASILEIRO: SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA E SUCESSÃO LEGÍTIMA.....	14
2.1	Testamento e sucessão testamentária: conceitos e evolução histórica.....	14
2.2	Espécies de testamentos	18
2.2.1	<i>Testamentos ordinários</i>	20
2.2.1.1	<i>O testamento público</i>.....	20
2.2.1.2	<i>O testamento cerrado</i>	23
2.2.1.3	<i>O testamento particular</i>	27
2.2.2	<i>Testamentos especiais</i>.....	29
2.2.2.1	<i>O testamento marítimo</i>	29
2.2.2.2	<i>O testamento aeronáutico</i>	30
2.2.2.3	<i>O testamento militar</i>.....	31
2.3	O objeto e os efeitos do testamento	33
2.4	O direito das sucessões e os aspectos patrimoniais.....	40
2.5	A sucessão legítima decorrente de norma legal	46
2.6	Ordem de vocação hereditária	52
2.6.1	<i>Descendentes</i>	53
2.6.2	<i>Ascendentes</i>	54
2.6.3	<i>Cônjuge sobrevivente</i>	55
2.6.4	<i>Colaterais</i>	56
2.7	Aceitação e renúncia à herança.....	58
3	DOS ASPECTOS SUCESSÓRIOS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO	62
3.1	A sucessão do(a) companheiro(a).....	62
3.2	Do inventário e da partilha e o direito dos herdeiros na sucessão	78
3.3	O direito das sucessões e a Constituição Federal de 1988	82
3.4	Considerações acerca do abandono afetivo no contexto familiar	86
3.5	O dano moral e o direito de família contemporâneo.....	87
3.5.1	<i>Obrigação alimentícia</i>	87
3.5.2	<i>Obrigação imaterial dos filhos para com os pais idosos</i>	88
3.6	Excludentes da sucessão.....	89
3.6.1	<i>Indignidade</i>	90

3.6.2	<i>Deserdação</i>	91
3.6.3	<i>Diferença entre indignidade e deserdação</i>	91
3.6.4	<i>Ação judicial declaratória de indignidade</i>	92
3.7	Indignidade sucessória e deserdação fundamentada no art. 1.962, incisos I, II e IV, do Código Civil.....	93
3.8	Caso de exclusão de herança fundamentado no art. 1.962, inciso IV, combinado com o art. 1.965, ambos do Código Civil	95
3.9	Herança digital e a sucessão legítima	96
4	MITIGAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA E A POSSIBILIDADE DE ATUALIZAÇÃO DO TRATAMENTO DADO À LEGÍTIMA NO DIREITO SUCESSÓRIO	110
4.1	Mitigação da autonomia privada	110
4.2	Direito comparado: análise da disposição sucessória e a reserva da legítima nos ordenamentos jurídicos argentino e brasileiro	114
4.3	<i>De lege ferenda</i> : as mudanças em relação à legítima	122
4.3.1	<i>A desconstrução principiológica da reserva da legítima no Brasil</i>	122
4.3.2	<i>As possíveis melhorias no direito sucessório brasileiro ante a alteração da legítima</i>	125
4.3.3	<i>O Projeto de Lei n. 3.799/2019 e as possibilidades de alteração no quantum da legítima</i>	128
4.4	Proposta de projeto de lei defendida em favor da adequação do tratamento dado à legítima pela autonomia privada do testador.....	131
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	137
	REFERÊNCIAS	140
	APÊNDICE A – PROPOSTA DE PROJETO DE LEI	152
	ANEXO A – PROJETO DE LEI N. 3.799, DE 2019	156
	ANEXO B – PROJETO DE LEI N. 3.050, DE 2020	178
	ANEXO C – PROJETO DE LEI N. 3.051, DE 2020	180
	ANEXO D – PROJETO DE LEI N. 410, DE 2021	183
	ANEXO E – PROJETO DE LEI N. 1.144, DE 2021	186
	ANEXO F – PROJETO DE LEI N. 1.689, DE 2021	191
	ANEXO G – PROJETO DE LEI N. 2.664, DE 2021	195
	ANEXO H – PROJETO DE LEI N. 365, DE 2022	198
	ANEXO I – PROJETO DE LEI N. 703, DE 2022	203

1 INTRODUÇÃO

Esta tese de doutorado traz proeminente contextualização sobre tema que há tempos movimenta o Poder Judiciário e que está relacionado aos limites da autonomia privada na sucessão testamentária. Sob essa perspectiva, considerou-se o desenvolvimento de um estudo crítico e propositivo acerca da autonomia privada do testador e do direito à legítima, concebendo-os como fundamentos constitucionais para o embasamento deste trabalho científico.

Esse assunto se renova com a repercussão de emblemáticos óbitos ocorridos no Brasil, os quais trazem à tona as circunstâncias que obstam a livre autonomia da vontade do testador, mediante o impedimento legal de dispor do seu patrimônio na sua integralidade, em contrassenso às outras normas dispostas no direito brasileiro. Nesse sentido, o presente estudo admite aspectos atinentes à autonomia da vontade *versus* a higidez da sucessão testamentária à luz do princípio da segurança jurídica.

De tal modo, para se construir uma base intelectual que permita o entendimento desses institutos, faz-se necessário compreender as *nuances* do direito sucessório, em submissão às diretrizes que compõem o direito constitucional brasileiro e, por via reflexiva, nas mais distintas disposições infraconstitucionais.

O indivíduo passa a vida sendo guiado pelo desejo de cumular patrimônio e com a falsa sensação de livre arbítrio sobre os bens adquiridos, certo de que possui total gerência sob suas posses e principalmente quanto ao destino que estas terão ao passarem a compor sua herança. Todavia, pelo atual ordenamento jurídico, essa não é uma realidade após sua morte.

O vocábulo *herança* adveio do latim *haerentia*, podendo ser definido como um conjunto de haveres e deveres deixados pelo sujeito após sua morte, o qual constitui direito tutelado na Constituição Federal de 1988 (CF/1988), em que foi instituído o direito à herança no ordenamento jurídico brasileiro. Portanto, após o falecimento, todo e qualquer bem deixado por alguém, em regra, passa a pertencer imediatamente a seus herdeiros.

O direito à herança foi abarcado pelo rol dos direitos fundamentais, delineado no art. 5º, inciso XXX, da CF/1988, assegurando, em igualdade aos relevantes direitos inerentes, a inviolabilidade à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. O referido direito também se encontra disposto no Código Civil de 2002 (CC/2002), embora por ele

não se extraia um conceito *lato sensu* do instituto sucessório, e, até por isso, são imprescindíveis as contribuições da doutrina num todo, especialmente quanto à conceituação, caracterização e peculiaridades do instituto.

Com base na influência romano-germânica, o sistema jurídico brasileiro adotou no direito hereditário o instituto da reserva da legítima, segundo o qual é determinado que o indivíduo pode dispor livremente de apenas metade de todo seu patrimônio adquirido mediante testamento, quando tiver herdeiros necessários – os quais também são determinados por lei, sendo estes descendentes, ascendentes, cônjuge ou companheiro do *de cujus*. Com isso, de logo, tem-se desconstruída a ideia de autonomia sob a gerência dos bens privados do indivíduo, pois metade do patrimônio está comprometida pela legítima dos herdeiros necessários, com raras exceções legais de desfazimento desta.

Em suma, o Código Civil de 2002, que pouco foi alterado no que concerne ao direito sucessório em relação ao código anterior, possui legislações contraditórias acerca da disposição de patrimônio por meio de doação, seja *inter vivos* ou *causa mortis*, pois a referida norma confere liberdade e autonomia de disposição ao detentor do patrimônio, e, em seguida, restringe essa liberdade, sob determinada condição, à metade.

A propósito, o direito das sucessões pode ser entendido como sendo um conjunto de normas que dispõem sobre a transferência patrimonial de uma pessoa, por efeito de sua morte. No direito civil, essa alteração da titularidade de bens é considerada objeto de investigação desta área do direito.

No direito das sucessões, estudam-se normas e demais disposições relacionadas à transferência de bens do *de cujus* para seus herdeiros. No direito sucessório brasileiro, existem essencialmente duas modalidades de sucessão *causa mortis*, são elas: a legítima e a testamentária. A sucessão legítima opera por intermédio da transferência de titularidade do patrimônio aos herdeiros expressamente indicados na legislação civil (art. 1.829 do CC/2002), desde que não haja regular testamento instituído. Já a sucessão testamentária é assinalada por restrita liberdade do autor da herança – *de cujus* – para transmitir a titularidade dos seus bens para outros indivíduos após seu óbito, ou seja, o *de cujus* tem maior ingerência no que se refere à destinação da sua herança, exteriorizada como ato jurídico de última vontade, mediante testamento ou codicilo, podendo dispor de metade do seu patrimônio.

A sucessão legítima se distingue da testamentária principalmente por seu caráter cogente. Na sucessão testamentária, há um espaço favorável para o exercício da autonomia privada. Já na sucessão legítima, a lei estabelece normas que, ao serem satisfeitas, possibilitam a definição da titularidade no que concerne à herança.

O foco deste estudo, por óbvio, cinge-se à sucessão testamentária, mas emerge do conflito existente entre o direito de propriedade e a proteção ao núcleo familiar a que será destinada a herança, uma vez que o testador é impedido de dispor do seu patrimônio na sua integralidade. Entretanto, em vida e com a disponibilização dos bens sendo realizada de maneira onerosa, aquele mesmo sujeito poderia se desfazer de todo seu patrimônio, sem qualquer impedimento legal. Por outro lado, aos herdeiros é oportunizado aceitação ou repúdio à herança, como consectário do direito à liberdade, inserida no art. 5º, *caput* e inciso LIV, da Constituição Federal de 1988.

Destarte, as limitações impostas pelo ordenamento jurídico pátrio se apresentam incongruentes e, sobremaneira, conflituosas com outros direitos fundamentais, com ênfase à autonomia privada e ao direito de propriedade. Sendo assim, as restrições aos limites de dispor livremente dos seus bens pelo *de cuius* partem de uma concepção autoritária, advinda de protecionismo exacerbado e centralizado do poder estatal, oriundos de um dispositivo legal então obsoleto, cuja vigência contrasta com os aludidos limites da autonomia privada, em uma equação que se apresenta injusta e desarrazoada.

Os princípios da solidariedade familiar e da dignidade da pessoa humana, assim como o afeto que se presume existir nas relações familiares, esteiam a legítima em seu caráter mais primitivo, e não postulam na realidade atual, tendo em vista que família não é sinônimo de afeto contínuo e permanente e que vários idosos são completamente abandonados na velhice por seus entes. Também não é garantida a igualdade entre herdeiros, uma vez que a posição que estes se encontram necessita que sejam tratados de modo desigual, a exemplo de quando há presença de herdeiro em condição de vulnerabilidade.

Dessa maneira, têm crescido as posições doutrinárias modernas a favor de uma reestruturação da reserva da legítima no Brasil, por não ser mais possível convergir os fundamentos da manutenção da legítima com seus efeitos atuais e as necessidades que demanda a sociedade contemporânea.

Com esta pesquisa, busca-se responder aos seguintes questionamentos: de que modo a garantia da legítima limita a liberdade testamentária? Qual seria a melhor maneira de conformar a liberdade de testar? Considerando o fundamento da legítima, o que motiva a vigência desse instituto tão antigo no Brasil, mesmo diante de tantas transformações na sociedade, com destaque para o abandono afetivo?

A justificativa para a realização desta tese decorre da necessidade de se analisar a pertinência da manutenção da legítima dentro da sucessão testamentária brasileira, a qual se dá graças à autonomia da vontade do testador. Desse modo, evidenciou-se o interesse em avaliar a possibilidade e a forma de implantação de uma reforma no direito sucessório brasileiro concernente à reserva da legítima.

Nesse diapasão, o objetivo deste estudo consiste em propor uma readequação legislativa que priorize a autonomia privada do testador, em que a reserva da legítima passe a ter uma nova concepção frente às novas demandas contemporâneas apresentadas nas relações familiares. Nesse sentido, buscou-se analisar a liberdade na autonomia da vontade privada em relação ao direito de disposição do testamento e da herança, admitindo a exclusão da obrigatoriedade dos herdeiros necessários e a possibilidade de o testador realizar a doação integral de seu patrimônio para quem ele preferir.

Com relação aos aspectos metodológicos, para estudar sobre o instituto da reserva da legítima no Brasil e sobre a limitação imposta à autonomia privada do testador, utilizou-se pesquisa bibliográfica realizada em livros, legislações, artigos científicos e teses que tratam do tema exposto e seus desdobramentos na medida em que serão explanados no decorrer deste estudo. Por meio de abordagem qualitativa, foi feita uma comparação dos conceitos e ideias conflitantes preteritamente publicadas sobre o tema. Também foi realizado estudo descritivo, por intermédio da análise dos efeitos da legítima sob a autonomia privada do indivíduo na disposição de seus bens, o que também possibilitou a arguição de meios de alteração do instituto legal abordado.

2 DA SUCESSÃO NO DIREITO BRASILEIRO: SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA E SUCESSÃO LEGÍTIMA

Nesta seção, aborda-se a sucessão no direito brasileiro, considerando o direito de crescer, o qual admite as espécies de sucessão testamentária e legítima no direito sucessório. Para tanto, em relação ao testamento e à sucessão testamentária, faz-se necessário apresentar seus conceitos, sua evolução histórica, as espécies de testamento, o objeto e os efeitos do testamento, bem como o direito das sucessões e os aspectos patrimoniais pertinentes.

Por conseguinte, analisa-se a sucessão legítima decorrente de norma legal, objeto de estudo da presente tese. Por fim, são apresentadas as concepções acerca da ordem de vocação hereditária e a aceitação e renúncia à herança.

2.1 Testamento e sucessão testamentária: conceitos e evolução histórica

O testamento pode ser definido como um ato de última vontade, pelo qual uma pessoa dispõe da totalidade ou de parte dos seus bens para depois de sua morte (arts. 1.857, *caput*, e 1.858¹, do CC/2002), não se restringindo apenas a patrimônio, podendo o testador dispor sobre questões não patrimoniais.

Ao cumprir suas formalidades previstas em lei, o testamento torna-se um ato jurídico perfeito, realizado em vida, pronto e acabado, porém ineficaz, já que só produz efeitos *causa mortis*, entrando em vigor apenas depois do falecimento do *de cujus*. O testamento é definido por Paulo Nader como:

Testamento é modalidade de negócio jurídico unilateral, personalíssimo, formal, revogável, *mortis causa*, cujo objeto é a destinação de bens, para pessoas físicas ou jurídicas, respeitada a quota dos herdeiros necessários, ou disposição de natureza não econômica, expressamente admitida em lei.²

A sucessão testamentária tem como características, que informam o testamento, diferenciando-o de outros atos de natureza civil, ser um ato personalíssimo (art. 1.858 do

¹ “Art. 1.857. Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte. [...] Art. 1.858. O testamento é ato personalíssimo, podendo ser mudado a qualquer tempo.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 22 abr. 2021).

² NADER, Paulo. **Curso de direito civil: direito das sucessões**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. 6, p. 280.

CC/2002), ou seja, intransmissível e irrenunciável, em que apenas a própria pessoa pode confeccionar seu testamento, não podendo ser exercido por outro, exceto o titular, nem mesmo por procuração. Nesse sentido, destaca-se o modelo de testamento especial (militar), explícito no art. 1.893³, *caput*, do CC/2002.

O testamento é um negócio jurídico unilateral, bastando somente a manifestação de vontade do testador para ser válido e formalizado. Se o autor do testamento respeitou os limites e os requisitos legais do determinado instituto jurídico, nada mais basta para que o ato tenha validade jurídica e torne-se acabado, porém ainda ineficaz.⁴

Por ser unilateral, a última manifestação de vontade não comporta a ideia de aceitação; não existindo outra parte para receber o testamento, não se tem a participação direta ou indireta do beneficiário do testamento para que ele seja perfeito, podendo ocorrer até destes desconhecê-lo no momento da abertura da sucessão, devendo ser um ato totalmente desprendido, produzindo efeitos desde o momento que é outorgado.⁵

Efeito que decorre da unilateralidade do testamento é a previsão do CC/2002, em seu art. 1.863⁶, proibindo o testamento conjuntivo, aquele produzido na mesma manifestação de última vontade, por duas ou mais pessoas.

Para Carlos Roberto Gonçalves⁷, o impedimento desse ato jurídico ocorre tanto na situação de dois ou mais testadores deixarem os bens para terceiros como também no caso de um testador favorecer o outro, na mesma cédula testamentária e vice-versa. Podem os dois cônjuges dirigir-se ao cartório e cada um produzir seu ato de última vontade, ainda que cada um deixe seus referidos bens ao outro companheiro.

³ “O testamento dos militares e demais pessoas a serviço das Forças Armadas em campanha, dentro do País ou fora dele, assim como em praça sitiada, ou que esteja de comunicações interrompidas, poderá fazer-se, não havendo tabelião ou seu substituto legal, ante duas, ou três testemunhas, se o testador não puder, ou não souber assinar, caso em que assinará por ele uma delas. [...]” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 22 abr. 2021).

⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: sucessões**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017, v. 6, p. 19.

⁵ VELOSO, Zeno. **Comentários ao Código Civil: parte especial: direito das sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 21, p. 24.

⁶ “Art. 1.863. É proibido o testamento conjuntivo, seja simultâneo, recíproco ou correspectivo.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 22 abr. 2021).

⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, v. 7, p. 41.

O ato de última vontade é, conforme explica Carlos Roberto Gonçalves⁸, um ato solene, no qual devem ser observadas as formalidades previstas na lei como meio de assegurar sua autenticidade e a liberdade do testador. Esta característica intrínseca do testamento tem como efeito garantir que este não tenha vícios que o anulem, devendo ser seguido o que tem em regra. A formalidade visa à proteção da segurança, da conservação e da importância jurídica do testamento, para o testador, para quem o redige e para as demais pessoas que participam do negócio jurídico, fazendo com que seja atendido rigorosamente o que dispôs o *de cujus* no seu ato de última vontade.

Já Maria Berenice Dias⁹ entende que o ato de última vontade é um ato gratuito, ou seja, um ato de desprendimento, no qual o testador não busca uma contraprestação, ou correspectivo, não objetiva trazer vantagens para si. Quem se beneficia do testamento não necessita dar a quem testa uma contraprestação de cunho patrimonial. Não pode fazer com que a partir dos bens transmitidos ao beneficiário, este tenha que criar uma obrigação para com o testador.

Ademais, de acordo com Maria Helena Diniz¹⁰, é veementemente vedado ao testador exigir um benefício do herdeiro ou legatário em troca de disposições testamentárias que beneficie de qualquer maneira estes. Segundo a autora, o patrimônio do falecido é “[...] o conjunto de direitos e deveres que se transmitem aos herdeiros legítimos ou testamentários, exceto se forem personalíssimos ou inerentes à pessoa do *de cujus*”¹¹. Seguindo esse viés, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho¹² afirmam que não pode o sucessor comprar uma parte ou o todo do patrimônio do testador, este ainda estando vivo, sendo um ato extremamente antiético e terminantemente proibido no ordenamento jurídico brasileiro.

É um ato essencialmente revogável, conforme Orlando Gomes¹³, podendo ser alterado a qualquer tempo, total ou parcialmente, sendo inválida a cláusula que impeça sua revogação, devendo ser considerada não escrita, pois a revogabilidade é princípio de ordem pública, sendo, portanto, irrenunciável. Importante é destacar que o que pode ser

⁸ GONÇALVES, 2017, p. 231.

⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013a, p. 217.

¹⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 6, p. 525.

¹¹ DINIZ, *loc. cit.*

¹² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 358.

¹³ GOMES, Orlando. **Sucessões**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 93.

revogado são disposições de caráter patrimonial, no que diz respeito às de caráter não patrimonial, como reconhecimento de filho, são válidas mesmo que o testador revogue o testamento.

Segundo Zeno Veloso¹⁴, a característica de irrevogabilidade parte do pressuposto de que o testador poderia variar sua vontade, pode “desdizer-se” em momento subsequente, fazendo com que este atributo testamentário seja inquestionável. Por fim, ressalte-se a ideia de que se o *de cujus* deixou vários testamentos, o que prevalece é o último, a não ser que concorra junto com o anterior para completar as disposições de última vontade de quem testa. É ato *causa mortis*, ou seja, só produz efeitos após a morte do testador, sendo o óbito o pressuposto essencial para ter eficácia como título translativo da propriedade.

O testamento é válido e perfeito como negócio jurídico, porém sua eficácia só é estabelecida no momento da abertura da sucessão, que se dá com o evento morte do *de cujus*. Enquanto este permanecer vivo, os herdeiros só têm mera expectativa de direito.

No Brasil, a Consolidação das Leis Civis (art. 978¹⁵) e o Código Civil de 1916 (art. 1.572¹⁶) sofreram grande influência do Código Civil francês, adotando o princípio de *saisine*.¹⁷ No que diz respeito à sucessão, no Código Civil de 1916 dispunha de normas gerais sobre transmissão hereditária, sucessão intestada e testamentária, inventário e partilha. Ensina Maria Berenice Dias¹⁸ que, na sua vigência, só era reconhecida a família constituída do matrimônio, logo os filhos só seriam considerados legítimos se fossem advindos do casamento. Já os nascidos de relações extramatrimoniais eram chamados de ilegítimos.

Por conta de diversas transformações sociais, tanto no meio cultural como no meio ético, o Código Civil de 2002 trouxe grandes mudanças, resguardando direitos antes negados. A Constituição Federal, em seu art. 5º, garante o direito à herança. Hoje, tanto os filhos advindos fora do casamento como aqueles adotados não são tratados com distinção,

¹⁴ VELOSO, 2003, p. 41.

¹⁵ “Na sucessão á intestado a posse civil dos falecidos transmite-se logo á seus herdeiros com todos os efeitos da posse natural, não sendo necessário que esta se-tome.” (FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das leis civis**. Brasília, DF: Senado Federal, 2003, v. 2, p. 581).

¹⁶ “Aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.” (BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, DF: Presidência da República, [2001]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em: 30 maio 2021).

¹⁷ GONÇALVES, 2017, p. 27.

¹⁸ DIAS, 2013a, p. 360.

conforme dispõe no art. 227, § 6º¹⁹, da Carta Magna. A sucessão também encontra previsão legal no Código de Processo Civil²⁰ (CPC) (arts. 982 a 1.169), na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro²¹ (art. 10), na Lei n. 11.441, de 4 de janeiro de 2007²², e no próprio Código Civil (arts. 1.784 a 2.027).

2.2 Espécies de testamentos

O Código Civil de 2002 divide o testamento em duas espécies, que devem ser seguidas suas formalidades por inteiro, não cabendo a interferência ou o compilado de modalidades testamentárias distintas. São elas: os testamentos ordinários (público, cerrado e particular) e os testamentos especiais (marítimo, aeronáutico e militar).²³

Admitem-se três modalidades de testamentos ordinários: público, cerrado e particular. Carlos Roberto Gonçalves²⁴ explica que esse tipo de testamento se caracteriza por exigência de cumprimento de formalidades específicas de cada testamento e de formalidades gerais para todo tipo de instrumento testamentário. Os requisitos visam a garantir maior seriedade ao ato, bem como maior segurança às manifestações de última vontade. O legislador não permitiu que o testador pudesse escolher a maneira de manifestar sua intenção de última vontade, devendo o testador optar por uma das modalidades previamente estabelecidas.

Não há outra modalidade de testamento ordinário além das três supramencionadas. O testador tem a faculdade de escolher o modo como deseja testar, caso seja pela via ordinária e cada testamento tem de obedecer às suas formalidades e aos requisitos legais específicos, tendo uma autonomia e aspecto próprio.

¹⁹ “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.” (BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 abr. 2021).

²⁰ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 25 abr. 2021.

²¹ BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 14 maio 2021.

²² BRASIL. Lei nº 11.441, de 4 de janeiro de 2007. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 144, n. 4, p. 1, 5 jan. 2007. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=1&data=05/01/2007>. Acesso em: 22 abr. 2021.

²³ GONÇALVES, 2017, p. 17.

²⁴ *Ibid.*, p. 16.

O diploma civil, porém, prescreve também as modalidades especiais de testamento, que, de acordo com Carlos Roberto Gonçalves²⁵, devem ser utilizadas em circunstâncias extraordinárias, nas quais o disponente desejando manifestar suas disposições de última vontade e não podendo se socorrer da maneira ordinária acaba resultando na confecção do testamento especial, emergencial ou acidental.

Existem apenas três modalidades especiais de testamento no ordenamento jurídico: o testamento marítimo, o aeronáutico e o militar. Para Zeno Veloso²⁶, o modo especial de testar não pode ser uma faculdade do disponente, se este tem condições de dispor sobre a via ordinária, não se pode optar pelo formato acidental, sendo causa de nulidade do instrumento. Ainda segundo o autor, as particularidades marcantes dos testamentos especiais são a simplificação na sua elaboração, a redução das formalidades e dos requisitos e a simplicidade das solenidades, em relação aos testamentos ordinários. Todos se sujeitam a prazos de eficácia (com exceção ao previsto no art. 1.895²⁷ do CC/2002), caducando caso decorra o tempo determinado em lei.

Não se deduz a partir disso que os testamentos excepcionais não devam obedecer a preceitos do direito comum. O que há é a redução e a flexibilidade das solenidades, pretendendo satisfazer situações particulares. Faculta-se ao testador, de maneira menos embaraçosa e complexa, valer-se da sua vontade de dispor do seu patrimônio, em condições especiais que se encontra, não podendo produzir seu testamento pelo formato ordinário.²⁸

Consoante Carlos Roberto Gonçalves²⁹, mantêm-se intactos e aplicados os princípios valorosos do direito, em destaque aos princípios do direito sucessório. Portanto, devem ser respeitados o princípio à vedação do testamento conjuntivo (art. 1.863 do CC/2002), a ordem de vocação hereditária, a quota parte dos herdeiros necessários e as regras inerentes à sucessão testamentária de modo geral. A liberdade e os benefícios previstos na elaboração do testamento especial se limitam apenas à sua forma.

²⁵ GONÇALVES, 2017, p. 18.

²⁶ VELOSO, 2003, p. 24.

²⁷ “Caduca o testamento militar, desde que, depois dele, o testador esteja, noventa dias seguidos, em lugar onde possa testar na forma ordinária, salvo se esse testamento apresentar as solenidades prescritas no parágrafo único do artigo antecedente.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 22 abr. 2021).

²⁸ VELOSO, *op. cit.*, p. 24.

²⁹ GONÇALVES, *op. cit.*, p. 18.

2.2.1 Testamentos ordinários

No que concerne aos testamentos ordinários, o Código Civil brasileiro prevê, em seu art. 1.862, os seguintes tipos: o testamento público, o testamento cerrado e o testamento particular, e que são descritos a seguir.

2.2.1.1 O testamento público

O testamento público é aquele em que a declaração de última vontade é feita em cartório de notas, perante o tabelião ou substituto legal, bastando apenas o interessado em produzir o testamento dirigir-se ao cartório acompanhado de duas testemunhas para lavratura do tabelião em seu registro de notas, garantindo ao ato um teor de maior seriedade e estabilidade, sendo pequenas as chances de ser anulado.³⁰ É a maneira de se testar mais comum dentro da cultura social brasileira.

Considerando a sentença proferida³¹ no ano de 2020 acerca da ação de anulação de testamento público do humorista Chico Anysio, destaca-se a admissão da alegação quanto à não inclusão do nome de um dos seus filhos, ator e comediante conhecido como Lug de Paula, bem como o fato de que o testamento dispunha sobre a totalidade dos bens, de modo que findou por prejudicar a legítima dos herdeiros.

Com essa decisão jurisprudencial, observa-se que se faz necessário muito mais acolher a vontade daquele que está testando, mesmo que com meros vícios, mas que não

³⁰ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 11.

³¹ “A legislação civil exige a igualdade somente no que diz respeito à parte legítima, o que, por si só, indica a liberdade do ascendente em dispor apenas quanto à metade disponível, ainda que tratando desigualmente os filhos. Antes de adentrar no mérito relativo a qual legatário será o destinatário da parte disponível do acervo hereditário, deve-se fixar o equivalente à legítima e os respectivos destinatários, o que não foi feito. Se o testador era proprietário de metade do imóvel do Condomínio Golden Royal, e se a legítima corresponde a um quarto do imóvel, e considerando que o testador possuía sete herdeiros necessários, caberá aos sete herdeiros necessários do imóvel. Todos os demais bens os herdeiros necessários deverão herdar a metade, ficando a outra metade conforme disposição testamentária. Assim, resta demonstrada o vício no testamento, devendo ser declarada a nulidade do testamento lavrado. Eventuais alegações acerca de apropriação indevida do patrimônio do testador deverá ser requerido pelas vias próprias. Face ao exposto, tendo restado evidenciado nos autos o vício no negócio jurídico, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO para declarar nulo o testamento lavrado [...] em 18.08.2011. Ante a sucumbência da Ré Malgarete – os demais réus concordaram com o pedido –, condeno-a ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, que fixo em 10% sobre o valor da causa nos termos do artigo 85, § 2º, c/c 86, parágrafo único, do CPC. Traslade-se cópia da presente sentença para os autos do inventário e cumprimento de testamento.” (TJRJ, Processo nº 0001447-22.2013.8.19.0209 *apud* BANKS, Eduardo. Conheça a sentença que anulou o testamento de Chico Anysio. **Tribuna da Imprensa Livre**, Rio de Janeiro, 25 jun. 2020. Disponível em: <https://tribunadaimpressalivre.com/conhecam-a-sentenca-que-anulou-o-testamento-de-chico-ansio/>. Acesso em: 22 abr. 2021.

comprometam a vontade livre e consciente do testador pode ser extraída, ainda que existam pequenas imperfeições no modo como o testamento foi criado. Tal entendimento garante o cumprimento da sua finalidade, que é preservar a disposição de última vontade autônoma e consciente do *de cujus*, sem interferências externas, usando para isso a redução do rigor das formalidades testamentárias.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho³² afirmam que a publicidade do testamento público não se dá apenas pelo caráter público do tabelião notarial, mas também pela leitura da cédula testamentária em voz alta, diante de duas testemunhas, no mínimo, estas que nesse ato são representantes da sociedade ou do público geral, com o registro no livro de notas cartorial, além da assinatura de todos envolvidos no ato, de modo a assegurar o total conhecimento das cláusulas testamentárias.

Para Paulo Nader³³, é permitido ao testador portar e basear-se, no momento da confecção do testamento público, em texto previamente escrito, notas, minutas ou apontamentos, como forma norteadora das ideias e disposições testamentárias, previamente analisadas pelo tabelião e aceitas legalmente pelo mesmo, sendo indispensável a declaração oral do testador como seu ato de última vontade.

O art. 1.864³⁴ do Código Civil elenca os requisitos que devem ser seguidos para a elaboração e conseqüentemente a validade do testamento público. Uma delas é a escritura testamentária feita por tabelião ou aquele que for investido de poderes ou atribuição legal para praticar o ato, sendo permitido também às autoridades diplomáticas nos consulados brasileiros e suas extensões exercer o mesmo papel de notário.

Preliminarmente, o tabelião deve reconhecer o testador, no sentido de identificar o mesmo, por intermédio de documentação exibida e da sua capacidade mental para praticar o ato jurídico. As testemunhas também devem identificar o testador, como meio de certificar

³² GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 41.

³³ NADER, 2016, p. 31.

³⁴ “Art. 1.864. São requisitos essenciais do testamento público: I - ser escrito por tabelião ou por seu substituto legal em seu livro de notas, de acordo com as declarações do testador, podendo este servir-se de minuta, notas ou apontamentos; II - lavrado o instrumento, ser lido em voz alta pelo tabelião ao testador e a duas testemunhas, a um só tempo; ou pelo testador, se o quiser, na presença destas e do oficial; III - ser o instrumento, em seguida à leitura, assinado pelo testador, pelas testemunhas e pelo tabelião. Parágrafo único. O testamento público pode ser escrito manualmente ou mecanicamente, bem como ser feito pela inserção da declaração de vontade em partes impressas de livro de notas, desde que rubricadas todas as páginas pelo testador, se mais de uma.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 22 abr. 2021).

sua identidade, sendo requisito intrínseco para a validade do testamento. O oficial público deve fazer o mesmo procedimento com as testemunhas, o reconhecimento documental das mesmas, sendo ainda conveniente constar no livro notarial o número e órgão expedidor das carteiras de identidades do testador e das testemunhas presentes.³⁵

Arnaldo Rizzardo³⁶ leciona que o testamento público deve ser confeccionado e lavrado, em geral, no cartório de notas, não obstante sendo possível, em circunstâncias peculiares, que seja feito o ato em locais diversos, tais como: na casa do testador, hospital em que o mesmo se encontra, entre outros lugares, independente de horário e/ou dia, deslocando-se para o local o oficial portando o livro notarial. No entanto, deve constar no termo o motivo que se deu para que a produção do testamento fosse feita em local diverso do tabelionato.

É imprescindível a presença das duas testemunhas junto com o oficial, não sendo permitida a assinatura no livro em momento posterior. Ademais, o ato de produção do testamento não necessita ser contínuo, podendo ser interrompido e recomeçado, desde que continue obedecendo às formalidades legais, sendo pertinente constar no livro a interrupção e a continuação.³⁷

Para Caio Mario da Silva Pereira³⁸, a presença das testemunhas durante todo o ato de lavratura e confecção do testamento público é indispensável, estando em local que dê para ouvir perfeitamente as cláusulas testamentárias declaradas pelo testador. Devem obrigatoriamente conhecer a língua portuguesa, como meio de compreender o que está sendo dito e lido na produção do ato, e serem idôneas, em função da importância e gravidade do instituto jurídico que elas estão participando. Ressalta-se que devem as testemunhas entender a língua portuguesa, podendo o estrangeiro fazer parte do encargo, bastando o conhecimento do idioma na escrita e na reprodução (fala). Não é nulo o testamento que ultrapasse o número de duas testemunhas. Presumidamente, consoante o art. 1.864, inciso III, do Código Civil, devem, no mínimo, as testemunhas saberem assinar, cabendo ao tabelião verificar se estas têm capacidade para isso. Porém, uma das duas deve saber ler e escrever se for necessário assinar a rogo.

³⁵ NADER, 2016, p. 31.

³⁶ RIZZARDO, 2015, p. 11.

³⁷ RIZZARDO, *loc. cit.*

³⁸ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**: direito das sucessões. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v. 6, p. 49.

Quanto ao analfabeto, de acordo com Orlando Gomes³⁹, pode esse testar na forma pública, sendo necessário que o tabelião faça constar no livro notarial que o testador não sabe assinar seu nome, devendo ser assinado a rogo, ou seja, a testemunha assina o próprio nome, declarando a rogo do testador.

No que se refere ao surdo, o Código Civil, em seu art. 1.866⁴⁰, permite que ele pratique o testamento público, indicando que faça a leitura do testamento. Não sabendo ler, solicite que outro proceda à leitura da cédula testamentária, podendo ser o tabelião ou as testemunhas, sempre na presença destas.

Com relação ao cego, esta é a única modalidade de testamento permitida no ordenamento jurídico pátrio. Para Orlando Gomes⁴¹, a exigência prevista em lei é que a cédula testamentária seja lida duas vezes, fazendo-se constar no livro por ser requisito essencial, uma pelo tabelião ou oficial notarial, e outra por uma das testemunhas indicadas pelo testador. Se o cego sabe assinar, o próprio assina seu testamento. Não sabendo, a testemunha designada para ler a cédula testamentária assina a rogo por ele.

2.2.1.2 O testamento cerrado

A segunda forma ordinária de testar é o testamento cerrado, que, segundo Maria Helena Diniz⁴², é também chamado de testamento secreto ou místico, porque apenas o testador terá conhecimento do inteiro teor do conteúdo, e tem como sua maior peculiaridade o cerramento da cédula testamentária, em que consiste no ato do tabelião, após o auto de aprovação, lacrar o testamento, sem o conhecimento do conteúdo testamentário, perante a presença do testador e de, no mínimo, duas testemunhas.

O testamento cerrado impede que terceiros tomem conhecimento do conteúdo, pois nem o tabelião e nem as testemunhas conhecem seu teor. Isso garante uma vantagem a essa modalidade de testamento em relação à forma pública, tendo em vista que no cerrado o conteúdo da cédula testamentária não ficará acessível em livro público e nem à leitura

³⁹ GOMES, 2015, p. 36.

⁴⁰ “O indivíduo inteiramente surdo, sabendo ler, lerá o seu testamento, e, se não o souber, designará quem o leia em seu lugar, presentes as testemunhas.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 22 abr. 2021).

⁴¹ GOMES, *op. cit.*, p. 36.

⁴² DINIZ, 2015, p. 282.

subsequente, pois logo depois de aprovado, o instrumento é cerrado, isto é, costurado. Quem adota essa modalidade testamentária para suas disposições de última vontade visa a manter o caráter secreto, para que evite transtornos, brigas e discórdias entre os herdeiros em geral.⁴³

Paulo Nader⁴⁴ entende que a desvantagem da forma testamentária cerrada é que se o lacre do cerramento for rompido, o testamento é revogado, pois pressupõe que foi aberto pelo próprio testador (art. 1.972⁴⁵ do Código Civil). Se for à época da abertura da sucessão, não terá como resgatar as declarações de última vontade do *de cujus*. Se o vício for antes da morte, poderá o testador versar novamente, seguindo a mesma forma ou diversa de testar. Outro inconveniente é de que se o testamento desaparecer, não terá como ele ser cumprido, podendo ser resolvido por intermédio da duplicata da cédula testamentária, resguardando suas formalidades legais e sendo autenticadas todas as folhas e guardadas em locais diversos.

Para que tenha validade, o testamento cerrado deve seguir requisitos e formalidades intrínsecas, compostas no art. 1.868⁴⁶ do Código Civil. Orlando Gomes⁴⁷ entende que as duas solenidades devem ser obedecidas para a concessão de validade da forma testamentária cerrada. A primeira delas é a cédula testamentária, que visa a reunir as informações de manifestação de última vontade do testador, compreendendo as particularidades para suas escolhas e como fazê-las. A segunda fase é o auto de aprovação, elaborado pelo tabelião, consistindo em instrumento público, declarando que recebeu do testador o determinado instrumento testamentário.

Caio Mario da Silva Pereira⁴⁸ afirma que a cédula testamentária pode ser escrita tanto pelo testador como por outro que, a rogo do testador, a produza. É uma faculdade que tem o disponente, podendo delegar a terceiros ou até mesmo ao próprio tabelião ou substituto legal

⁴³ NADER, 2016, p. 31.

⁴⁴ NADER, *loc. cit.*

⁴⁵ “O testamento cerrado que o testador abrir ou dilacerar, ou for aberto ou dilacerado com seu consentimento, haver-se-á como revogado.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 22 abr. 2021).

⁴⁶ “O testamento escrito pelo testador, ou por outra pessoa, a seu rogo, e por aquele assinado, será válido se aprovado pelo tabelião ou seu substituto legal, observadas as seguintes formalidades: [...]” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 22 abr. 2021).

⁴⁷ GOMES, 2015, p. 44.

⁴⁸ PEREIRA, 2017, p. 25.

notarial que irá aprovar o auto (art. 1.870⁴⁹ do Código Civil). Entretanto, não podem escrever a rogo o herdeiro ou legatário, o cônjuge do *de cujus* ou seu companheiro, seus ascendentes ou seus irmãos (art. 1.870, I, do Código Civil).

O instrumento testamentário pode ser escrito ou datilografado, desde que, sendo adotada esta última forma, sejam autenticadas e enumeradas todas as folhas para que estejam em circunstâncias aptas para a aprovação pelo tabelião. Da mesma maneira, pode ser a cédula testamentária digitada e depois impressa, resguardando todos os cuidados para sua autenticação. As disposições de derradeira vontade podem ser escritas tanto em língua nacional como em língua estrangeira, seja pelo testador ou por terceiro, a seu rogo, uma vez que nem o tabelião e nem as testemunhas não precisam ter conhecimento do seu conteúdo, caso o testador decida. Se optado pela escrita em língua estranha, deverá, no momento da abertura da cédula testamentária, ser transcrita para a língua portuguesa, por tradutor juramentado em juízo.⁵⁰

A cédula testamentária escrita, datilografada ou digitada, consoante Carlos Roberto Gonçalves⁵¹, deve ser entregue assinada pelo testador ao tabelião, na presença de duas testemunhas (art. 1.868, I, do Código Civil), momento em que se inicia a prática notarial do testamento cerrado e completa-se o ato complexo que teve início com a manifestação de vontade do disponente, adquirindo então caráter público. O testador deve entregar pessoalmente seu testamento ao tabelião, não comportando representação por se tratar de ato personalíssimo, acompanhado de duas testemunhas e estas devem assinar o auto de aprovação. É necessário haver a manifestação declaratória de que aquele instrumento é seu ato de última vontade, sendo requisito essencial (art. 1.868, III, do Código Civil) e deseja que ele seja aprovado pelo tabelião. As testemunhas apenas participam da apresentação do testamento ao representante notarial, e não necessitam conhecer o conteúdo da cédula testamentária. Devem elas apenas assistir a entrega do testamento, ouvir a manifestação do testador e certificar-se que, logo em seguida, foi feita a lavratura do auto de aprovação.

Tendo então o tabelião recebido do testador o testamento, com a declaração de que aquela é sua vontade, na presença de duas testemunhas, procederá à lavratura do auto de

⁴⁹ “Se o tabelião tiver escrito o testamento a rogo do testador, poderá, não obstante, aprová-lo.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 22 abr. 2021).

⁵⁰ GOMES, 2015, p. 45.

⁵¹ GONÇALVES, 2017, p. 307.

aprovação. Segundo Arnaldo Rizzardo⁵², consiste na escritura contendo o auto de aprovação iniciando-se na linha seguinte ao término da última palavra da cédula testamentária, cabendo ao tabelião dar autenticidade ao documento por meio de seu sinal público, observando se há rasuras, borrões, emendas, averiguando, assim, sua legalidade, devendo o auto ser assinado por todos (tabelião, testador e testemunhas) e ser uma solenidade única (art. 1.868, III, do Código Civil).

Ainda citando Arnaldo Rizzardo⁵³, é conveniente constar no auto de aprovação a data do mesmo, não sendo necessário que coincida o mesmo dia da lavratura do testamento com o dia do auto de aprovação, acontecendo normalmente de a cédula ser feita e datada em momento diverso anterior. Em seguida, no auto, o tabelião consignará a qualificação completa do testador e de suas testemunhas e que todos estão aptos mentalmente e fisicamente para exercer tanto o ato de testar como o de testemunhar. É imprescindível que conste no auto ainda quem escreveu a cédula, se foi o testador ou pessoa a seu rogo e a razão para delegar este alguém.

Consoante o Código Civil, em seus arts. 1.874 e 1.875, concluído o auto de aprovação, deve então o tabelião proceder ao cerramento do testamento, sendo a operação final do testamento cerrado. Em seguida será devolvido ao testador que irá guardar ou designará alguém para fazê-lo, para que possa ser apresentado em juízo no momento da abertura da sucessão do disponente, devendo constar em livro notarial a solenidade do ato, sendo, no entendimento de Maria Berenice Dias⁵⁴, o único registro que permanece no cartório de notas, já que não reproduz cópia do testamento para armazenamento.

No que se refere à abertura, registro e cumprimento do testamento cerrado, o assunto é abordado tanto pelo Código Civil quanto pelo Código de Processo Civil. Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho⁵⁵, falecendo o testador, o instrumento testamentário deve ser apresentado em juízo. Deve então o juiz, primeiramente, conferir se o testamento está inviolável. Se não achar nenhum vício que o torne nulo ou falso, o abrirá e mandará que o escrivão o leia na presença do apresentante, este que deve constar no termo de abertura e como obteve o testamento.

⁵² RIZZARDO, 2015, p. 522.

⁵³ RIZZARDO, *loc. cit.*

⁵⁴ DIAS, 2013a, p. 571.

⁵⁵ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 164.

Carlos Roberto Gonçalves⁵⁶ explica que a ideia do art. 735 do CPC é dar a maior rigorosidade possível à forma cerrada de testar, sem esquecer algo que seja relevante para fazer valer a vontade do *de cujus*. Feita a abertura do testamento, será feito seu registro para que o teor do instrumento seja cumprido, buscando realizar da maneira mais objetiva a vontade do testador.

Quanto aos analfabetos, estes estão proibidos de testar na forma ordinária cerrada, com previsão legal no art. 1.872 do Código Civil. Com relação ao surdo-mudo, caso saiba escrever, poderá confeccionar seu testamento na modalidade cerrada, mas deverá escrever o testamento e assiná-lo, e ao entregá-lo ao oficial público, na presença das duas testemunhas, deverá explanar na frente do papel que aquele é seu ato de disposição de última vontade e quer que seja cumprido, de acordo com o art. 1.873 do Código Civil.

2.2.1.3 O testamento particular

O testamento particular ou testamento hológrafo é escrito pelo próprio testador, devendo constar sua assinatura, lido perante três testemunhas e por elas também subscrito. Essa modalidade de testamento pode ser escrita de próprio punho ou mediante processo mecânico⁵⁷: máquina de escrever (pouco usada nos dias de hoje) ou computador.

Conforme Orlando Gomes⁵⁸, como vantagem tem-se o testamento particular a característica simples do ato, sem necessidade de oficial notarial, trazendo uma rapidez maior e uma consequente economia pelo não pagamento de custas ao tabelionato. Em contrapartida, a desvantagem é que essa é a forma de testar menos segura, porque está condicionada à sobrevivência de pelo menos uma das testemunhas presentes no dia da solenidade, além da sua memória do teor do testamento. Não tem o caráter sigiloso, visto que as testemunhas presentes tomarão conhecimento do conteúdo previsto no instrumento testamentário, inclusive confirmando posteriormente em juízo. Ademais, se o testamento não for encontrado, não tem como cumpri-lo, mesmo que qualquer das testemunhas confirme sua existência e reproduza todo seu teor.

⁵⁶ GONÇALVES, 2017, p. 307.

⁵⁷ “Art. 1.876. O testamento particular pode ser escrito de próprio punho ou mediante processo mecânico.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 22 abr. 2021).

⁵⁸ GOMES, 2015, p. 39.

Essa modalidade testamentária, por se tratar de atividade personalíssima, não comporta a assinatura a rogo, ou seja, não se admite que outra pessoa escreva o testamento a pedido do testador. Zeno Veloso⁵⁹ entende que a escrita deve ser de maneira autônoma e livre. Se, havendo intervenção de terceiro, deve ser mínima, de caráter simples e assistente, sem influenciar na vontade de quem testa. Não vicia o ato se for redigido pelo acompanhamento de minutas, anotações e rascunho e nem se no corpo do texto, quando escrito a próprio punho, conter borrões, erros ortográficos, comportando a interpretação futura do juiz. Se feito através de meio mecânico, não poderá conter borrões, rasuras e nem espaços em branco.

Em seguida, o documento deve ser lido na presença de, no mínimo, três testemunhas (art. 1.876, § 1º⁶⁰, do Código Civil), sendo estas necessárias no momento da solenidade, visto que, pelo menos uma destas deverá afirmar em juízo a existência e o conteúdo do testamento, no momento da abertura da sucessão. Para Arnaldo Rizzardo⁶¹, é indispensável a assinatura das testemunhas no corpo do instrumento testamentário, sendo vedada a ausência da rubrica de uma das três e deverão assinar só depois da leitura do disponente. Este deve informar que estão presentes as atestantes, sob pena de ser anulável o testamento por não conhecer a razão de assinatura de uma pessoa não citada no momento solene. Como se deve ouvir o testamento, estão proibidos de serem testemunhas o surdo e o surdo-mudo. O mudo pode ser, mas não é recomendável. O analfabeto e o que sabe assinar, mas está impossibilitado de fazê-lo, também não podem ser testemunhas, visto que é necessária a assinatura no instrumento.

Com relação ao testador, este deve ler o conteúdo do testamento, não podendo, portanto, produzirem essa modalidade testamentária o mudo, surdo-mudo e o cego. Em regra, o ato de leitura deve ser feito para todas as testemunhas, podendo ser em língua estrangeira, desde que estas entendam o teor do instrumento do disponente (art. 1.880 do CC/2002), devendo no momento do seu cumprimento, ser redigido por testador juramentado em juízo, consoante o art. 192, *caput*, e parágrafo único, do CPC. Para Orlando Gomes⁶², é conveniente para quem está testando apontar a data do próprio testamento, como meio de esclarecer sua capacidade para a prática do ato e qual testamento deve ser cumprido caso apareça outro no momento do cumprimento do instrumento.

⁵⁹ VELOSO, 2003, p. 127.

⁶⁰ “Se escrito de próprio punho, são requisitos essenciais à sua validade seja lido e assinado por quem o escreveu, na presença de pelo menos três testemunhas, que o devem subscrever.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 22 abr. 2021).

⁶¹ RIZZARDO, 2015, p. 523.

⁶² GOMES, 2015, p. 39.

Cumprindo-se as formalidades necessárias para o testamento, este permanecerá com o testador ou com quem ele indicar. Para não correr o perigo de extravio, sumiço, podem ser feitas cópias, devendo ser previsto o número no instrumento testamentário.⁶³

Falecendo o autor do testamento particular, este será publicado em juízo, podendo ser requerido na pessoa do herdeiro, legatário, testamenteiro ou terceiro detentor do testamento (art. 737 do CPC). Carlos Roberto Gonçalves⁶⁴ afirma que a publicação testamentária tem o propósito de garantir autenticidade ao instrumento testamentário, constituindo uma medida anterior à sua execução. Não havendo dúvidas em relação às formalidades legais, o juiz mandará registrar, arquivar e fazer cumprir as disposições de última vontade do *de cujus*.

2.2.2 Testamentos especiais

O Código Civil brasileiro estabelece, em seu art. 1.886, apenas três modalidades especiais de testamento no ordenamento jurídico, são elas: o marítimo, o aeronáutico e o militar.

2.2.2.1 O testamento marítimo

Dentre as modalidades especiais, o testamento marítimo, segundo Carlos Roberto Gonçalves⁶⁵, consiste na elaboração de testamento em circunstâncias que tragam algum risco de vida enquanto o passageiro ou tripulante, nas viagens de alto mar e/ou em viagem fluvial, não conseguir desembarcar em algum ponto no qual possa testar na forma ordinária. O comandante da embarcação marítima lavrará o testamento, sendo a ele atribuída a função notarial, na presença de duas testemunhas, registrando-se o testamento no livro do diário de bordo, consoante o art. 1.888 do Código Civil.

Caio Mario da Silva Pereira⁶⁶ explica que as testemunhas devem ser idôneas, saberem assinar e de preferência escolhidas entre os passageiros. Deverão assistir todo o ato, e assinarão o testamento junto com quem o escreveu e o testador. Este, ao estar impossibilitado de fazê-lo, designará alguém para fazer a seu rogo. Caso prefira a maneira sigilosa, o testador, na presença de duas testemunhas que devem reconhecê-lo, entregará a cédula escrita e

⁶³ VELOSO, 2003, p. 127.

⁶⁴ GONÇALVES, 2017, p. 255.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 347.

⁶⁶ PEREIRA, 2017, p. 25.

assinada por ele, ou por outrem a seu rogo, declarando que naquele instrumento consta suas disposições de última vontade. O comandante, na forma de escrivão, deverá anotar no diário de bordo (equiparado ao livro de notas do tabelião) todo o ocorrido, inclusive datando o instrumento. Se o comandante desejar testar, seu testamento será recebido por seu substituo legal.

Para Carlos Roberto Gonçalves⁶⁷, uma das peculiaridades do testamento marítimo é que este não tem validade no caso de ser realizado no momento em que a embarcação estiver em porto no qual o testador tivesse condições para desembarcar e testar na forma ordinária (art. 1.892 do Código Civil). Outra característica é a perda de eficácia do instrumento, visto que o testamento caducará se o testador não vir a óbito durante a viagem ou nos 90 dias subsequentes ao seu desembarque, podendo fazer outro testamento pelas vias ordinárias (art. 1.891 do Código Civil), valendo-se, porém, de acordo com Orlando Gomes⁶⁸, as disposições que possam ser aproveitadas como o reconhecimento de filho.

Como requisito para validade, o navio em que é produzido o instrumento deve ser nacional (mesmo que se encontre em águas de outros países ou internacionais), mercante ou de guerra. Quem testa deverá estar a bordo no navio, podendo ser passageiro ou tripulante. O testamento marítimo ficará guardado com o comandante, que deverá entregá-lo às autoridades administrativas no primeiro porto nacional.⁶⁹

Faculta-se ao testador, na vontade de testar, valer-se das formas ordinárias testamentárias ainda que o desembarque seja feito em território estrangeiro.⁷⁰ E falecendo o testador, o instrumento deverá ser entregue a autoridade competente em porto nacional para que seja encaminhado ao juiz competente, verificando este os requisitos para o testamento.⁷¹

2.2.2.2 O testamento aeronáutico

O testamento aeronáutico ocorre quando surge a necessidade de elaboração de testamento em voos transcontinentais, de percursos muito longos, em caso de doença ou indisposição e iminência de morte próxima.⁷² As formas e requisitos desse tipo de testamento

⁶⁷ GONÇALVES, 2017, p. 347.

⁶⁸ GOMES, 2015, p. 108.

⁶⁹ GONÇALVES, *op. cit.*, p. 347.

⁷⁰ NADER, 2016, p. 303.

⁷¹ VELOSO, 2003, p. 24.

⁷² GONÇALVES, *op. cit.*, p. 256.

se assemelham às do marítimo, com algumas adaptações, como, por exemplo, ao invés de ser o comandante que lavra o testamento, será uma pessoa designada por ele a praticar este ato. Isto se dá pelo fato de que o comandante não deve se afastar das suas funções.

O testador deve fazer suas considerações de última vontade na presença de duas testemunhas ou por pessoa designada pelo comandante. O termo que deve conter a assinatura de todos é ser lavrado pelo comandante. Também é necessário que todos estejam reunidos simultaneamente no momento da solenidade. Caso não possa assinar o disponente, quem exercer o papel equiparado ao de oficial notarial assim o declarará, e assinará pelo testador, a seu pedido, uma das testemunhas instrumentárias.

Como no marítimo, deverá o comandante guardar o testamento, entregando às autoridades administrativas competentes no primeiro aeroporto nacional, incluindo a devida entrega no diário de bordo (art. 1.890⁷³ do Código Civil). Pode se valer dessa modalidade testamentária tanto os tripulantes como os passageiros. O prazo decadencial é igual ao marítimo, não morrendo o testador no curso da viagem e nem nos noventa dias subsequentes ao seu desembarque em terra, podendo fazer outro testamento pela via ordinária. Falecendo o testador, o instrumento deverá ser entregue a autoridade competente em aeroporto nacional para que seja encaminhado ao juiz competente, verificando este os requisitos para o cumprimento do testamento.

2.2.2.3 O testamento militar

O testamento militar é aquele elaborado por militar e outras pessoas a serviço das Forças Armadas em campanha, abrangendo também os civis como médicos, enfermeiros, telegrafistas etc. que estiverem participando de operações de guerra, dentro ou fora do País. O testador poderá usar dessa modalidade testamentária quando estiver participando da guerra, em campanha ou praça sitiada, não podendo se desvincular das tropas ou do campo de batalha, ou quando não houver no local um tabelionato para que o interessado possa testar de forma ordinária, ou quando a situação de perigo seja real e iminente por conta da possibilidade de não sobreviver após a batalha ou até o término da mesma.

⁷³ “O testamento marítimo ou aeronáutico ficará sob a guarda do comandante, que o entregará às autoridades administrativas do primeiro porto ou aeroporto nacional, contra recibo averbado no diário de bordo.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 22 abr. 2021).

Paulo Nader⁷⁴ afirma que uma inovação feita na modalidade testamentária militar trazida pelos arts. 1.893 a 1.896 do Código Civil de 2002, em relação aos arts. 1.600 a 1.603 do Código Civil anterior. Antes o legislador restringia a produção do testamento militar aos militares e civis “ao serviço do Exército”. Com o atual Código Civil, mudou-se a redação para “a serviço das Forças Armadas”, o que ampliou o número de pessoas que podem valer-se da forma militar para testar, alcançando, desse modo, aqueles que prestam serviços à Marinha, à Aeronáutica e, conforme entendimento doutrinário, à Polícia Militar. Ressaltando que não é o vínculo militar com determinada instituição que determina essa modalidade testamentária, e sim o perigo iminente em que a pessoa se encontra. Porém, há de ser feito em terra, pois se ao contrário for, ensejará a forma marítima ou aeronáutica.

Semelhante ao que é estabelecido no testamento público, o comandante atuará como tabelião no caso de o testador estar em serviço na tropa, ou como oficial de saúde ou diretor de hospital em que o testador esteja sendo tratado, lavrando-se na presença de duas testemunhas. Se o disponente estiver impossibilitado de assinar, deve ser designada, a seu rogo, uma testemunha adicional para assinar por ele. Já no caso de o testador ser o oficial com maior grau, a escrita do testamento será realizada por aquele que o substituir.⁷⁵

Correspondente ao cerrado, o testador entregará a cédula ao auditor (o militar encarregado da Justiça no acompanhamento, ou o juiz militar que julga os soldados) ou aquele que lhe faça às vezes nessa atividade, aberta ou cerrada, escrita a próprio punho (não podendo ser elaborado por meios mecânicos), por alguém a seu rogo, na presença de duas testemunhas, sendo necessário ao auditor ou oficial competente datar minuciosamente a solenidade do ato, assinando a nota ele e as testemunhas presentes, devolvendo-se em seguida ao disponente.⁷⁶ O testamento nuncupativo, previsto no art. 1.896⁷⁷ do Código Civil, é feito de viva voz

⁷⁴ NADER, 2016, p. 31.

⁷⁵ “Art. 1.893. O testamento dos militares e demais pessoas a serviço das Forças Armadas em campanha, dentro do País ou fora dele, assim como em praça sitiada, ou que esteja de comunicações interrompidas, poderá fazer-se, não havendo tabelião ou seu substituto legal, ante duas, ou três testemunhas, se o testador não puder, ou não souber assinar, caso em que assinará por ele uma delas. [...]” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 22 abr. 2021).

⁷⁶ “Art. 1.894. Se o testador souber escrever, poderá fazer o testamento de seu punho, contanto que o date e assine por extenso, e o apresente aberto ou cerrado, na presença de duas testemunhas ao auditor, ou ao oficial de patente, que lhe faça as vezes neste *mister*. [...]” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 22 abr. 2021).

⁷⁷ “As pessoas designadas no art. 1.893, estando empenhadas em combate, ou feridas, podem testar oralmente, confiando a sua última vontade a duas testemunhas.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 22 abr. 2021).

por pessoa em situação de combate ou ferida, sendo designadas duas testemunhas. Para sua elaboração, exige-se que o sujeito esteja em risco de vida e não possa utilizar a forma escrita.

Para Carlos Roberto Gonçalves⁷⁸, é a exceção à regra o fato de que o testamento deve ser celebrado por escrito. Como desvantagem, o testamento pode ser facilmente fraudado, uma vez que a vontade do testador pode ser deturpada e em razão da facilidade da simulação, quando, por exemplo, aparecem duas pessoas se apresentando como testemunhas, afirmando que o *de cujus* dispôs nuncupativamente em favor de terceiro.

O testamento nuncupativo só terá eficácia caso o testador venha a morrer na guerra ou não convalescer do ferimento. O disponente sobrevivendo e ainda estando em guerra, poderá renovar e ratificar sua última vontade por uma forma escrita, numa das outras modalidades de testamento militar (arts. 1.893 e 1.894 do Código Civil) ou até mesmo do testamento hológrafo. Caso a guerra acabe, será possível testar nas modalidades ordinárias.

O prazo de caducidade (art. 1.895⁷⁹ do Código Civil) é igual às outras modalidades especiais, se o testador permanecer durante noventa dias ininterruptos em local que possa dispor pela via ordinária, mesmo que tal prazo seja por conta de ele ter estado em diversos lugares, somando-se os prazos, perderá a eficácia o testamento militar. Caso seja semelhante ao cerrado, não caducará se for escrito de próprio punho, datado e assinado pelo testador, tendo sido homologado pelo auditor ou oficial, com duas testemunhas, por expressar a vontade do testador de modo seguro e definitivo.

2.3 O objeto e os efeitos do testamento

O testamento não corresponde apenas à manifestação de última vontade acerca dos bens patrimoniais, mas também pode o testador dispor sobre questões não patrimoniais como o reconhecimento de filhos tidos fora do casamento, nomeação de tutor para filho menor, a disposição gratuita do próprio corpo, a instituição de bem de família, as despesas de sufrágios pela alma do falecido, entre outras.

⁷⁸ GONÇALVES, 2017, p. 257.

⁷⁹ “Caduca o testamento militar, desde que, depois dele, o testador esteja, noventa dias seguidos, em lugar onde possa testar na forma ordinária, salvo se esse testamento apresentar as solenidades prescritas no parágrafo único do artigo antecedente.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 22 abr. 2021).

O testamento há de ser ato jurídico perfeito, mas em vida é ineficaz. A produção dos seus efeitos só ocorre quando o testador que o elaborou já não mais existe enquanto pessoa. Diferente do que se vê no direito civil, em que o sujeito produz ato jurídico perfeito e aguarda suas consequências, ainda em vida; no direito sucessório, tem-se um ato pronto e acabado, porém ineficiente. Prepondera a última manifestação da vontade, de modo que o ato subsequente, a rigor, revoga o antecedente.

Como bem preceitua Maria Berenice Dias⁸⁰, podem existir vários testamentos, contanto que um não contradite o que está disposto nos demais. O testamento posterior pode conservar o anterior, acrescentar algo ou modificá-lo em partes, permanecendo os dois para efeitos sucessórios. Conservam-se as disposições que harmonizarem com o posterior. Havendo conflito de disposições, prevalece o último testamento confeccionado. Na fase de eficácia e cumprimento do instrumento testamentário, só irá fazer cumprir a última disposição de vontade, e aqueles anteriores incompatíveis estão revogados, podendo ser uma revogação tácita ou expressa.

A concessão da validade deste instituto jurídico está estritamente ligada ao preenchimento de todos os requisitos essenciais, obedecendo a todas as numerosas observâncias estabelecidas em lei, sem falar da complexidade que a matéria implica tanto para quem está testando como também para o tabelião, que é quem o redige, em regra. Nesse sentido, tem-se jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça (STJ), por meio do Recurso Especial (REsp) 176.473, julgado em 21/08/2008, pela Quarta Turma, sob a relatoria do ministro Luis Felipe Salomão.⁸¹

Essas formalidades acentuadas servem para reforçar o cuidado no cumprimento da forma, tanto porque não estará mais vivo, por óbvio, o testador, para corrigir distorções e esclarecer suas reais intenções, quanto para impedir a propensão de fraudes na produção do

⁸⁰ DIAS, 2013a, p. 67.

⁸¹ “DIREITO CIVIL E SUCESSÓRIO. APLICAÇÃO DA ANALOGIA COMO MÉTODO INTEGRATIVO. TESTAMENTO. VALIDADE. PARENTES DE LEGATÁRIO QUE FIGURARAM COMO TESTEMUNHAS DO ATO DE DISPOSIÇÃO. INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 1.650, DO CÓDIGO CIVIL. [...]. 2. O testamento é um negócio jurídico, unilateral, personalíssimo, solene, revogável, que possibilita à pessoa dispor de seus bens para depois de sua morte. Justamente por essas características, tanto se faz necessário observar o preenchimento de todos os seus requisitos legais para conceder-lhe validade. [...]. 4. A liberdade de testar encontra restrições estabelecidas na lei, porém esta não distingue, quanto às consequências jurídicas, a sucessão testamentária em relação aos legatários e herdeiros necessários. [...]. 7. Recurso especial não conhecido.” (STJ, REsp 176.473, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 21/08/2008, DJe 01/09/2008, p. 1).

testamento, e por consequência, adulteração da real vontade de quem deseja dispor sobre seus bens para após a morte.

Esse instituto jurídico em que a forma é extremamente observada pela lei, no sentido de prescrever com detalhes como se confecciona um testamento, como quem está apto a testar, o número de testemunhas, quais os atos adotados para cada forma específica, e que o descumprimento da forma leva, a rigor, à nulidade do instrumento.

Percebe-se, contudo, que existe uma particularidade. Na medida em que o testamento é feito em vida, mas produz seus efeitos *post mortem*, pode resultar que, na fase do cumprimento do instrumento, nem todos os requisitos e formalidades de validade estarão lá presentes. A partir desse momento, considera-se a possibilidade de preponderar a forma ou a finalidade.

A jurisprudência e a doutrina adotaram a flexibilização para a preservação do testamento, uma vez que não há como, ao declarar sua nulidade, ser refeito, pois o testador já está morto. Portanto, a mitigação do rigor formal tem como intuito preservar o instrumento à medida que se tem a ideia de preservar a vontade do *de cujus*. Atento a esse fato da relatividade da forma em prol de se fazer cumprir a vontade do testador, Arnaldo Rizzardo ressalta que:

Está a matéria regulada com minúcias tais, especialmente em certas modalidades de testamento, que dificulta a generalização ou a maior prática desta espécie de sucessão. Nos tempos atuais, não se justifica a complexidade de regras e fórmulas sacramentais exigidas para dar em testamento, que foram mantidas pelo vigente Código, quando as legislações tendem a simplificar a manifestação de vontade e os procedimentos judiciais.⁸²

Nesse diapasão, pode-se citar a jurisprudência do STJ⁸³, no REsp 147.959, julgado em 14/12/2000, pela Quarta Turma, pela relatoria do ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira

⁸² RIZZARDO, 2015, p. 228.

⁸³ “DIREITO CIVIL. TESTAMENTO PÚBLICO. FALECIMENTO DA HERDEIRA TESTAMENTÁRIA ANTES DA TESTADORA. NOMEAÇÃO POSTERIOR DAS FILHAS DA HERDEIRA POR PROCURAÇÃO PARTICULAR. IMPOSSIBILIDADE. RIGOR FORMAL. SOLENIDADE ESSENCIAL. ARTS. 1.592, II, 1.717 E 1.746, CC. CONVERSÃO DE INVENTÁRIO EM HERANÇA JACENTE. POSSIBILIDADE. ECONOMIA PROCESSUAL. ART. 1.142, CPC. RECURSO DESACOLHIDO. I. A mitigação do rigor formal em prol da finalidade é critério que se impõe na interpretação dos textos legais. Entretanto, no caso dos testamentos, deve-se redobrar o zelo na observância da forma, tanto por não viver o testador no momento de esclarecer suas intenções, quanto pela suscetibilidade de fraudes na elaboração do instrumento e, consequentemente, na deturpação da vontade de quem dispõe dos bens para após a morte.” (STJ, REsp 147.959, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, j. 14/12/2000, DJe 19/03/2001, p. 1).

ressaltando a expressão *mitigação do rigor formal em prol da finalidade*, em que se admite tal mitigação como critério estabelecido para a plena interpretação de redações legais.

Prendendo-se aos fatos de relativização das formalidades testamentárias, pode-se destacar a necessidade de uma acentuada readaptação, redemocratização e flexibilização da sucessão testamentária.

Na natureza testamentária, externar, por ato de última vontade, o desejo do indivíduo quanto ao destino de seus bens, traduz-se em uma verdadeira manifestação da liberdade humana, a qual, por meio da função social que o testamento exerce, lhe é permitida concretizar, após a morte, a vontade que este tinha quando em vida.

O testamento celebra um negócio jurídico unilateral condicionado ao evento morte do testador para que comece a gerar efeitos, dando origem à sucessão testamentária. Por ser um ato espontâneo e motivado unicamente pela vontade de seu autor, é passível de modificação e revogação a qualquer momento, pois o intuito com essa conduta é manifestar a deliberação do patrono dos bens até o instante em que morre, tornando-se uma das principais manifestações da autonomia privada do indivíduo sobre o seu patrimônio, pois, em sua maioria, os testamentos têm caráter tão somente patrimonial. De acordo com Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald,

[...] 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.⁸⁴

As disposições testamentárias, por terem predominantemente cunho patrimonial – mesmo que a este não se restrinja por força do art. 1.857, § 2º, do Código Civil de 2002 –, são meios de o indivíduo exercer o direito constitucional à propriedade privada previsto no art. 5º, XXII, da Constituição Federal de 1988, e que retratam a natureza essencialmente patrimonial do direito sucessório.

Preponderam na sucessão testamentária dois princípios que razoam a forma em que esta se dá, os quais são integrantes e correspondem aos princípios da livre disposição (art. 1.857, *caput*, do Código Civil de 2002) e da submissão às normas de ordem pública, sendo este último o retrato do princípio da reserva (legítima), pois, mesmo que o indivíduo

⁸⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil**: sucessões. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, v. 7, p. 377.

detenha a faculdade de testar, esta deve atender aos limites preconizados na lei, sendo esta uma condição basilar pautada no presente estudo, e que será mais bem explorada adiante.

No Brasil, a sucessão testamentária, em tese, é utilizada como fonte primária para regular a transmissão do patrimônio do falecido, pois, nos termos do art. 1.788⁸⁵ do Código Civil de 2002, inicialmente, é verificado se este deixou testamento e se, diante de sua ausência, a herança é transmitida aos herdeiros legítimos por força do princípio da *saisine*, não obstante a concomitância das duas espécies de sucessão.

Roscoe Pound, entretanto, retrata que “[...] o *law in books* foi ignorado pelo *law in action*”⁸⁶, isto é, o que o dispositivo legal dispõe não acontece na realidade, pois a prática comum à sociedade brasileira revela certo receio e pouca utilização do testamento, sendo corriqueiro que a pessoa faleça sem deixar documento com a disposição de última vontade, o que resulta em maior incidência na divisão da herança apenas por meio da sucessão legítima.

Destarte, tem-se, contrária a lei, por conseguinte, a prevalência da sucessão legítima nas relações hereditárias, mesmo que esta tenha natureza residual à sucessão testamentária conforme a previsão legal, sendo esta última mais bem explorada pelos doutrinadores, inclusive, assim explana Paulo Nader:

A sucessão testamentária é a expressão do princípio da liberdade de testar e representa a concreta autonomia do sujeito de dispor da sua massa patrimonial, onde a liberdade de escolha poderá ser adotada, no sentido de que o titular do direito pode fazer as suas preferências em vida para que surta efeitos *post mortem*.⁸⁷

Entende-se que, mesmo que a legislação específica e a maioria dos doutrinadores deem destaque à sucessão por força de testamento, em que há a valoração da autonomia do indivíduo, a coletividade privilegia a sucessão legítima por seu caráter regado de valores sociais e existenciais, como de solidariedade à família, comum a todas as classes sociais.

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, ao relacionar a baixa presença de testamentos no País, afirma que

⁸⁵ “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.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 22 abr. 2021).

⁸⁶ POUND, Roscoe. Law in books and law in action. **American Law Review**, Boston, MA, v. 44, n. 12, p. 12-36, 1910, p. 12. Tradução de Victor Schollaert.

⁸⁷ NADER, 2016, p. 21.

Há quem diga que assim é porque somos, nós brasileiros, uma cultura ainda muito jovem e, como tal, não nos sentimos afetos a práticas ligadas ao fenômeno da morte, exatamente por temê-la e por imaginarmos que tais práticas poderiam atrair a nossa própria morte.⁸⁸

Associa-se, também, à ocorrência desse fenômeno, a marcante desigualdade social que assola o País, no qual poucos têm bens testáveis a deixar, como ainda é correlacionado à forte crença religiosa que enxerga a morte como um “tabu” e dela se evita falar para não atrair mau presságio.

Outrossim, para muitos indivíduos, é suficiente a ordem de vocação hereditária prevista no Código Civil, no qual é consolidado o rol hereditário previsto em seu art. 1.829, ao qual, na maioria, o titular gostaria de contemplar a herança. Em contrapartida, observa-se que a limitação da porção disponível para deliberação por testamento, quando há legitimários, é fator primordial da escassa utilização do testamento no Brasil.

À luz do art. 1.857, § 1º, do Código Civil 2002, vê-se que o legislador procurou conciliar a dualidade do sistema sucessório, pois, ao conceder parcial autonomia ao testador, em consequência, garantiu especial proteção à família, o que torna possível coexistir a sucessão testamentária e legítima, em que pese ao detrimento da liberdade de testar do autor da herança. Nesse contexto, Rolf Madaleno entende por existir no direito sucessório brasileiro um antigo “sistema de freios à liberdade de testar”, pois:

Havendo herdeiros necessários, o primeiro limite imposto pela lei brasileira é o ato de limitar a liberdade de testar, e esta vedação tem por efeito reduzir pela metade a autonomia privada do testador. Portanto, que fique claramente entendido existirem dois freios, um deles identificado na restrição da liberdade de testar, que deixa de ser ampla e irrestrita quando existem herdeiros necessários, e o segundo freio que quantifica essa restrição à metade dos bens pertencentes ao testador.⁸⁹

A partir dessa visão, tem-se que a busca do equilíbrio entre a soberania do testador e a legítima de herdeiros obrigatórios perfaz por uma preferência legislativa da sucessão legítima frente à testamentária, pois o ato de testar restou prejudicado, ou “freado”, por meio do limite imposto pela lei, sendo a vontade do testador cerceada quando esta excede o limite do direito da reserva do legitimário.

⁸⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Ação de rompimento de testamento público. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 17, p. 171-197, jul./set. 2018, p. 172. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/download/277/235>. Acesso em: 26 maio 2021.

⁸⁹ MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 351.

Novamente, é preciso remeter à história romana para compreender a origem da restrição ao uso do testamento como meio de proteger o patrimônio e a família, pois foi o modo encontrado por esse povo, por meio da *querela inoffiosi testamenti* e da “porção legítima”, para impedir que o testador lesasse algum familiar, pois originalmente, as disposições testamentárias eram exercidas de maneira indiscriminada, o que poderia acometer em injustiça com os parentes mais próximos, os quais passaram a ser beneficiados com a porção reservada desde então.⁹⁰

Assim, ao sujeito, mesmo sendo possuidor de capacidade testamentária ativa, tem-se admitido restrição a celebração do ato de testar, a qual pode ser vista como uma “[...] interdição parcial na livre disposição de uma pessoa absolutamente capacitada para os atos da vida jurídica”⁹¹, visto que o testador é tratado como incapaz referente a uma parcela de seu patrimônio, já que desta não pode decidir o destino, o qual fica a cargo exclusivamente da norma sucessória, ou seja, a legítima.

Essa indisponibilidade, que se dá pela metade dos bens do falecido, é direcionada aos legitimários de maneira indiscriminada, isto é, a legítima é dividida entre os herdeiros necessários em igual proporção, salvo o caso do supérstite meeiro, baseada, especialmente, no sentido de apoio familiar, em total prejuízo à autodeterminação do indivíduo titular do patrimônio e realmente quem o construiu. Observam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald que:

Não se pode, inclusive, ignorar que a liberdade (uma das bases componentes do conteúdo mínimo da dignidade da pessoa humana e fundamento axiológico da autonomia privada) é a regra geral do sistema, marcante nas relações privadas como um todo. Avulta, pois, nessa ambiência caracterizada pela autonomia privada, a premente necessidade de projetar possibilidades de mitigação da regra limitadora da legítima para prestigiar a autonomia privada em determinadas situações.⁹²

É fundamental a apreciação do limite à liberdade de testar que a reserva da legítima impõe, pois essa conflita com a autonomia privada que rege as relações patrimoniais particulares, e que, por mais que esta tenha a função de garantir a dignidade dos herdeiros, também interfere em dano à faculdade de dispor dos seus bens pelo testador.

⁹⁰ PRETTO, Cristiano. **Autonomia privada e testamento**: liberdade e limite no direito de testar no Código Civil de 2002. Porto Alegre: Fabris, 2015, p. 23-24.

⁹¹ FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 63.

⁹² *Ibid.*, p. 64.

2.4 O direito das sucessões e os aspectos patrimoniais

O direito de sucessão é, segundo Maria Berenice Dias⁹³, uma necessidade por meio da qual o direito de propriedade é efetivado e respeitado, em que há a transmissão dos bens do *de cuius* aos herdeiros ou legatários. A sucessão se dá por lei ou testamento, este que pode versar sobre questões tanto patrimoniais como não patrimoniais (art. 1.857, § 2º, do Código Civil de 2002).

A sucessão testamentária (arts. 1.897 a 1.990 do Código Civil) é a expressão do princípio da liberdade de testar (art. 1.789 do Código Civil) e representa, conforme Paulo Nader⁹⁴, a concreta autonomia do sujeito de dispor da sua massa patrimonial, na qual a liberdade de escolha poderá ser adotada, no sentido de que o titular do direito pode fazer suas preferências em vida para que surtam efeitos *post mortem*.

O Código Civil limita, de maneira solidária, no mesmo art. 1.789, a autonomia privada do testador, dispondo que, quando houver herdeiros necessários, é possível que haja uma disposição testamentária até o limite de 50% do valor total da herança, como bem explica Caio Mario da Silva Pereira⁹⁵, quando diz que o sistema da liberdade mitigada, tanto no Código Civil de 1916 como no de 2002, é o que melhor ampara as necessidades da família. Caso não haja herdeiros, quem desejar testar terá a liberdade plena de dispor da integralidade de seus bens. Havendo, terá que respeitar a legítima, como antes dito. Ressalte-se que podem coexistir as duas modalidades de sucessão, sendo elas a testamentária e a legítima, devendo ser obedecidos os limites legais para que ambas possam concomitantemente produzir seus efeitos jurídicos.

O direito das sucessões aborda a transmissão de bens decorrente da morte e, extraordinariamente, quando trata de partilha em vida e doações. Nehemias Domingos de Melo⁹⁶ ensina que os princípios basilares da sucessão são: a função social da propriedade, e a proteção material da família. Com a proteção desses direitos por parte do Estado, a pessoa se sente mais segura ao guardar patrimônio sabendo que poderá deixá-lo para seus entes

⁹³ DIAS, 2013a, p. 133.

⁹⁴ NADER, 2016, p. 32.

⁹⁵ PEREIRA, 2017, p. 218.

⁹⁶ MELO, Nehemias Domingos de. **Lições de direito civil: família e sucessões**. São Paulo: Atlas, 2014, v. 1, p. 157.

queridos após seu falecimento, e com isso é estimulada a produzir mais, cumprindo, assim, a função social exercida pela sucessão hereditária.

Dessa maneira, na concepção de Carlos Roberto Gonçalves⁹⁷, o direito sucessório regula a destinação do patrimônio de uma pessoa falecida, sendo válido somente para as pessoas naturais e excluindo as pessoas jurídicas. Com isso há a transferência para o herdeiro de todo o patrimônio do *de cujus*, incluindo o passivo e o ativo.

Com a abertura da sucessão, forma-se entre os herdeiros um condomínio sucessório em relação aos bens do falecido. Mas ninguém é obrigado a permanecer nesse estado de comunhão, já que isso inviabiliza e dificulta as negociações. Por conta disso, o inventário é de extrema importância, para findar a indivisão do espólio. O processo de inventário consiste no levantamento de toda a herança que o falecido deixou, quitando-se as dívidas e ao seu término acontece a partilha de bens entre os herdeiros. Ensina Carlos Roberto Gonçalves: “É o processo judicial tendente à relação, descrição, avaliação e liquidação de todos os bens pertencentes ao *de cujus* ao tempo de sua morte, para distribuí-lo entre seus sucessores”⁹⁸.

Consoante o art. 611 do CPC, o processo de inventário deverá ser instaurado em sessenta dias a contar da abertura da sucessão, e terá de ser finalizado em até doze meses, podendo o juiz prorrogar o prazo. Não é imposta uma pena específica para o retardamento do processo de inventário, mas as legislações estaduais dispõem de uma multa. Será designado pelo juiz um inventariante, o qual ficará responsável pela administração da herança. Mesmo que haja apenas um herdeiro é obrigatório o processo de inventário. Mas nesse caso não haverá a partilha dos bens, somente a adjudicação dos bens ao herdeiro.

Após o levantamento dos bens do *de cujus* e o pagamento de possíveis dívidas deixadas por ele, impostos e taxas judiciais, se procede à segunda parte do inventário, chamada de partilha de bens. A partilha não é um fenômeno exclusivo do direito sucessório, podendo ocorrer também no direito de família, como, por exemplo, após o divórcio, ou no direito empresarial, com a dissolução de uma empresa.

Mas no direito sucessório, partilha é a fase na qual os bens serão individualizados para haver a distribuição deles entre os herdeiros. Até então a herança, apesar de transmitida aos herdeiros na abertura da sucessão, ainda estava em nome do falecido. É nesse momento que se

⁹⁷ GONÇALVES, 2017, p. 257.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 490.

dá a divisão dos bens entre os herdeiros e os legatários, e se houver companheiro ou cônjuge também se separa sua meação. Ensina Sílvio de Salvo Venosa⁹⁹ que a finalidade da partilha nada mais é que a individualização do direito de cada herdeiro, dando a cada o que lhe for de direito e findando a comunhão antes existente por conta da abertura da sucessão. A partilha não cria um novo direito, apenas declara o direito individual de cada herdeiro. Acaba-se a herança e os herdeiros passam agora a ser proprietários.

Mesmo que em testamento, o falecido tenha disposto que não houvesse a partilha, essa última vontade não será satisfeita. É inválida a cláusula testamentária que impeça a partilha. Somente cabe aos interessados essa opção, sendo ela disposta em contrato com prazo determinado. Porém ao testador é permitido que se reparta, ainda em vida, o quinhão respectivo a cada herdeiro, desde que respeite a legítima, conforme o art. 2.014 do CC/2002. É de interesse do cônjuge, assim como também do companheiro a partilha já que nela será retirada sua meação que se encontra em condomínio com os outros herdeiros.

A partilha pode ser pleiteada por qualquer herdeiro, para que se finde o condomínio. Porém, mesmo ocorrendo a divisão pode se manter o estado de indivisão. Nesse caso, não existem mais coerdeiros, mas sim condôminos, sendo qualquer divisão feita a partir desse momento por ato *inter vivos*.

Há duas espécies de divisão, sendo uma judicial e outra extrajudicial. A primeira modalidade é feita por ato judicial, sendo realizada quando algum dos herdeiros é incapaz ou quando há discordâncias entre eles. Já a segunda, deverá ser feita em cartório, mediante escritura pública, com todas as partes assistidas por advogados sendo assim uma partilha amigável (arts. 2.015 e 2.016 do Código Civil¹⁰⁰).

O juiz concederá aos herdeiros que lhe apresentem um plano de partilha e caso haja a anuência de todos, ele homologará a partilha amigável. Caso não aconteça acordo entre eles, o juiz enviará o processo ao partidor, que irá elaborar um plano de partilha. Após a oitiva das partes e esclarecidas quaisquer arestas, o juiz lançará a partilha aos autos. Em seguida ao pagamento dos tributos o juiz julgará por sentença. A partilha poderá ser anulada mesmo após

⁹⁹ VENOSA, 2017, p. 414.

¹⁰⁰ “Art. 2.015. Se os herdeiros forem capazes, poderão fazer partilha amigável, por escritura pública, termos nos autos do inventário, ou escrito particular, homologado pelo juiz. Art. 2.016. Será sempre judicial a partilha, se os herdeiros divergirem, assim como se algum deles for incapaz.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 22 abr. 2021).

o julgamento se verificado algum vício que invalidam os negócios jurídicos. Mas o direito para anular a partilha decai em um ano, conforme dispõe o art. 2.027, parágrafo único, do Código Civil.

Caso ocorra o aparecimento de algum bem do *de cujus*, que não era de conhecimento dos herdeiros na época da partilha e não foram colocados no processo de inventário, nesse caso não há a necessidade de abrir outro processo de inventário, somente o desarquivamento do processo antigo e nele se procede à nova partilha¹⁰¹. Outra opção, caso os herdeiros sejam capazes e estejam anuindo à partilha, é fazer a sobrepartilha mediante a escritura pública.

O art. 1.772, § 2º, do Código Civil de 1916, tratava do prazo para a partilha. Ele previa que qualquer um dos herdeiros poderia requerer a partilha, salvo se um ou mais herdeiros estivessem na posse de um dos bens do acervo hereditário por 20 (vinte) anos após a morte do proprietário. Afirma Sílvio de Salvo Venosa¹⁰² que nesse caso desapareceria a comunhão, por conta do decurso de tempo, pois nesse prazo máximo já não haveria o que se dividir, já que houve uma posse localizada, sem contestação dos demais herdeiros. Consolidar-se-ia uma situação de fato, findando o direito à partilha somente deste bem, podendo os herdeiros partilhar os demais bens da herança.

O Código Civil de 2002 suprimiu esse artigo, por gerar dúvidas. Logo, o herdeiro que possuir um bem por tempo prolongado continua sendo herdeiro, não se transformando em proprietário. Mas caso apresente os requisitos gerais da usucapião, deverá ser apurado em um processo a real possibilidade de ocorrência, já que não consta na legislação essa proibição.

O direito sucessório versa sobre as transmissões de bens, obrigações e direitos do falecido em razão da sua morte aos seus herdeiros, em geral, aos seus familiares. Abordando o direito sucessório, tem uma notória ideia de direito de propriedade e o instituto da liberdade de dispor dos bens. Arnaldo Rizzardo¹⁰³ explica que os sucessores do falecido passam a ter direito aos seus bens, como também obrigações deixadas por ele após sua vida. O que se recebe como herança consiste em um complexo de relações jurídicas que incide sobre o patrimônio e demais circunstâncias jurídicas daquele que vem a falecer.

¹⁰¹ MELO, 2014, p. 244.

¹⁰² VENOSA, 2017, p. 416.

¹⁰³ RIZZARDO, 2015, p. 2.

O direito das sucessões tem como objetivo regular as normas de transmissão dos bens e obrigações para depois da morte de um indivíduo, ao mesmo tempo que objetiva o direito de receber o acervo hereditário do falecido. A sucessão garante a continuidade no tempo, pois, apesar de o autor não existir mais, as relações e pretensões jurídicas passam a repercutir na vida daqueles que sobrevivem, dando sequência, por meio da relação sucessória dos herdeiros, projetando, em vida, as intenções e imagem do morto, para depois da sua morte.¹⁰⁴

A sucessão é compreendida em dupla acepção, em sentido amplo, é o ato de suceder, de continuidade, ação de quem assume o lugar de outra pessoa. A origem do instituto decorre do latim *succedere* (vir ao lugar de alguém). Para Arnaldo Rizzardo¹⁰⁵, a sucessão pode se revelar na permanência de uma relação de direito mesmo com a mudança dos respectivos titulares. A pessoa assume um lugar de outra em determinada relação, passando a ser titular dos determinados bens sucedidos, e conseqüentemente ocorre a devida transferência de direitos e obrigações.

No direito pátrio existem duas formas de sucessão: a *inter vivos* e a *causa mortis*. Na primeira, é quando há a transferência da titularidade de determinado bem, ainda em vida, como um contrato de compra e venda, doação ou troca, ou no caso de os pais descaírem do poder familiar e serem substituídos pelo tutor, nomeado pelo juiz, ou qualquer negócio jurídico que visa a adquirir o direito ou domínio, ao substituir o titular de certo bem.¹⁰⁶

As normas de transmissão de patrimônio *mortis causa* são contempladas no Livro V do Código Civil de 2002, destacando uma inovação trazida, a qualidade de herdeiro necessário ao cônjuge, concorrendo este com os descendentes (filhos e netos) e ascendentes (pais e avôs).

No direito das sucessões, o vocábulo *sucessão* é empregado, de maneira isolada e simples, em sentido estrito, e representa a alienação *causa mortis*, ou seja, a sucessão provocada pela morte de alguém. Essa matéria do direito regulamenta a transferência do patrimônio do *de cujus*, que remete àquele de cuja sucessão (ou herança) se trata.¹⁰⁷

¹⁰⁴ GONÇALVES, 2017, p. 62.

¹⁰⁵ RIZZARDO, 2015, p. 2.

¹⁰⁶ GONÇALVES, *op. cit.*, p. 11.

¹⁰⁷ GONÇALVES, *loc. cit.*

Para o direito sucessório, com o óbito comprovado de alguém, decorre a transmissão de seu patrimônio, tanto do ativo como do passivo, ou seja, os bens e as obrigações do *de cujus* (autor da herança) aos seus sucessores. Com o acontecimento morte, há, ao mesmo tempo que ocorre sucessão, a dissolução de algumas relações jurídicas, como o casamento, as pensões, os direitos inerentes às relações trabalhistas, o nome e demais direitos personalíssimos.¹⁰⁸

O direito das sucessões abrange a parte da legislação civil que garante o direito de suceder, de receber o acervo hereditário de um falecido. Somente é possível ocorrer a transmissão para as pessoas naturais, não alcançando as pessoas jurídicas, pois as disposições estatutárias, que regulam o destino do patrimônio social, não têm natureza de disposições de última vontade, não impedindo de ser beneficiadas nos testamentos.¹⁰⁹

Ressalta-se, conforme Paulo Nader¹¹⁰, que o direito à sucessão, inerente ao herdeiro, não conclui apenas com o evento morte, sendo necessário ainda que o *de cujus* tenha deixado bens a partilhar. Há de se ter relações jurídicas de caráter econômico, nas quais o autor da herança integrava a titularidade do polo ativo ou do polo passivo, pois não só os valores dão continuidade por meio da vinculação sucessória, como também as possíveis dívidas deixadas pelo falecido.

O evento morte implica em várias consequências jurídicas, dentre elas a de maior importância é a abertura da sucessão. Esta ocorre de imediato, logo em seguida ao falecimento do *de cujus*. Segundo Paulo Nader¹¹¹, transmite-se, então, instantaneamente a herança aos herdeiros, tanto legítimos como testamentários (se houver testamento no momento da morte), mesmo que esses ignorem o fato, desconheçam ou renunciem, em momento posterior, ao direito de suceder.

O direito sucessório impede que um patrimônio fique sem titular, criando então uma sucessão ficta, transmitindo a herança aos herdeiros, garantindo a continuidade nas relações jurídicas deixadas pelo falecido, mediante a transmissão imediata de direitos e deveres aos sucessores.¹¹²

¹⁰⁸ GONÇALVES, 2017, p. 12.

¹⁰⁹ GONÇALVES, *loc. cit.*

¹¹⁰ NADER, 2016, p. 124.

¹¹¹ NADER, *loc. cit.*

¹¹² GONÇALVES, *op. cit.*, p. 12.

O ato de transmissão imediata da herança está elencado no art. 1.784¹¹³ do Código Civil de 2002, estando ligado ao princípio da *saisine*. Para Caio Mario da Silva Pereira, o objetivo principal decorrente do acolhimento do princípio da *saisine* é o de garantir que tanto o evento morte como a transmissão patrimonial aos herdeiros, mesmo sendo institutos distintos, ocorram ao mesmo tempo, não permitindo que o conjunto de bens do falecido fique “acéfalo” (sem titularidade), ocorrendo então a obtenção do patrimônio mesmo antes da aceitação, de modo a conservar os direitos e obrigações deixados, havendo a mera sucessão destes, na forma da lei.¹¹⁴

Frise-se também a importância da distinção entre os institutos jurídicos que compõem o momento da sucessão. A abertura da sucessão implica na transmissão da herança do domínio e posse (ainda que indireta) aos herdeiros. Já a delação sucessória ocorre quando a herança está colocada à disposição de quem possa adquiri-la, contemplando neste momento o livre arbítrio da aceitação da herança por parte do herdeiro, de acordo com o art. 1.804 do Código Civil, já que ninguém precisa aceitar algo contra sua vontade, podendo o herdeiro renunciá-la, configurando então por não verificada a transmissão, elencado no parágrafo único do referido artigo. Por fim, a aquisição da herança se dá no momento em que os herdeiros incorporam o acervo hereditário patrimonial.¹¹⁵

2.5 A sucessão legítima decorrente de norma legal

A sucessão, conforme dispõe o art. 1.786 do Código Civil de 2002, pode ocorrer por intermédio de lei ou por disposição de última vontade. O citado artigo preceitua também a sucessão legítima (ou *ab intestato*), que decorre por força de lei, na qual representa a vontade presumida do falecido, e que vigora caso o testamento: caduque (torna-se ineficaz por causa ulterior), for julgado nulo (art. 1.788) ou for revogado (desfeito pelo próprio testador), quando não houver testamento e também quanto aos bens não compreendidos no testamento, sendo, portanto, uma modalidade sucessória subsidiária à sucessão testamentária.

Na sucessão legítima existe o herdeiro legítimo, aquele indicado por lei como sucessor no caso de sucessão legal, sendo quem recebe a totalidade ou a quota-parte da

¹¹³ “Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 22 abr. 2021).

¹¹⁴ PEREIRA, 2017, p. 63.

¹¹⁵ PEREIRA, *loc. cit.*

herança. Carlos Roberto Gonçalves¹¹⁶ afirma que dentro dos herdeiros legítimos existem as classificações destes. Os herdeiros necessários ou reservatórios são aqueles que têm direito à metade da herança, dela não podendo ser privados, que são os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. A parte que lhes cabe é chamada de legítima. É a metade dos bens do falecido que vão para os herdeiros necessários, obrigatoriamente, exceto no caso de deserdação e indignidade. A existência desses herdeiros necessários impede o testador de dispor, no ato de derradeira vontade, de toda sua herança, resguardando a metade dos bens. Já os herdeiros facultativos são aqueles em linha colateral, que herdarão caso não existam herdeiros necessários e testamentários, mas poderão ser excluídos da herança caso o testador destine tudo o que tem a terceiro, sendo a liberdade de testar, nesse caso, plena em relação ao montante total da herança.

Com o evento morte, é deferida a herança aos herdeiros do *de cujus*. Esse chamamento pode ocorrer pelo ato de última vontade do falecido (sucessão testamentária) ou por força da lei (sucessão legítima). Especificamente com relação a esta última, segue-se uma sequência chamada de ordem de vocação hereditária. Que é a relação preferencial fixada pela lei quanto à convocação de certas pessoas para a sucessão hereditária, considerando-se como sendo a vontade presumida do falecido.¹¹⁷

O art. 1.829 do Código Civil é sistemático quando elenca a distribuição da ordem a ser seguida, deferindo a sucessão legítima primeiramente aos ascendentes em concorrência com o cônjuge sobrevivente, em seguida aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge, depois ao cônjuge sobrevivente, e por fim, aos colaterais, sempre nessa ordem de importância. O STJ, no REsp 1.552.553¹¹⁸, julgado em 24/11/2015, sob a relatoria da ministra Maria Isabel Gallotti, enfatiza e esclarece o referido artigo.

Têm-se, portanto, com a sistematização da vocação da sucessão, a ideia de resguardar os importantes laços familiares criados no decorrer de toda uma vida, seguindo uma linha de

¹¹⁶ GONÇALVES, 2017, p. 20.

¹¹⁷ NADER, 2016, p. 31.

¹¹⁸ “RECURSO ESPECIAL. DIREITO DAS SUCESSÕES. BEM GRAVADO COM CLÁUSULA DE INALIENABILIDADE. CÔNJUGE QUE NÃO PERDE A CONDIÇÃO DE HERDEIRO. 1. O art. 1.829 do Código Civil enumera os chamados a suceder e define a ordem em que a sucessão é deferida. O dispositivo preceitua que o cônjuge é também herdeiro e nessa qualidade concorre com descendentes (inciso I) e ascendentes (inciso II). Na falta de descendentes e ascendentes, o cônjuge herda sozinho (inciso III). Só no inciso IV é que são contemplados os colaterais. 2. A cláusula de incomunicabilidade imposta a um bem não se relaciona com a vocação hereditária. Assim, se o indivíduo recebeu por doação ou testamento bem imóvel com a referida cláusula, sua morte não impede que seu herdeiro receba o mesmo bem. 3. Recurso especial provido.” (STJ, REsp 1.552.553, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, j. 24/11/2015, DJe 11/02/2016, p. 1).

parentesco e afetividade presumida, segundo as classes preferenciais e respeitando o vínculo conjugal do *de cujus*.¹¹⁹

Sob a perspectiva sucessória, considera-se a importância da preservação dos laços familiares. Para Elder Gomes Dutra, tal concepção se evidencia pelo fato de que, sendo o patrimônio do *de cujus* transmitido para seus entes, tem-se perpetuada a memória do falecido, bem como a valoração do princípio da afetividade, admitido como valor supremo manifestado entre os vínculos familiares contemporâneos e a formação de seus entes.¹²⁰

Na sucessão legítima, comporta a convocação legal dos herdeiros, do modo que uma classe só será chamada a suceder se não existirem herdeiros da classe que a precede. A respeito disso, Caio Mario da Silva Pereira é taxativo quando diz:

É comum dizer que o princípio cardinal que preside ao chamamento dos herdeiros *ab intestato* enuncia-se proclamando que o grau mais próximo exclui o mais remoto. Não se deve, todavia, enunciá-lo desta forma. Um bisneto, *e.g.*, prefere ao irmão do de cujo, embora seja parente do terceiro grau, e este do segundo. A regra certa é esta: dentro da mesma classe, os mais próximos excluem os mais remotos.¹²¹

Com a abertura da sucessão legítima, são chamados a suceder primeiramente os descendentes (art. 1.829 do Código Civil), tendo como fundamento, conforme Paulo Nader¹²², a continuidade humana e a vontade presumida do autor, sendo também herdeiros necessários, de forma que o *de cujus* não pode dispor mais do que a metade de seus bens.

Esses herdeiros sucessórios de primeira classe são os filhos, netos, bisnetos etc., em que o grau mais próximo exclui o mais afastado, entendendo-se que, consoante o art. 1.594 do Código Civil, devem ser contados os graus de parentesco pelo número de gerações, de modo que os filhos herdam por direito próprio e os demais descendentes o fazem por direito próprio (cabeça) ou por representação (estirpe), passando a excluir os herdeiros das demais classes, sucedendo sem distinção de idade ou sexo, herdando todos em iguais condições, com embasamento no art. 227, § 6º, da Constituição Federal de 1988.

¹¹⁹ DIAS, 2013a, p. 17.

¹²⁰ DUTRA, Elder Gomes. **Premissas para um “direito sucessório mínimo”**: a reconstrução do papel da legítima e a superação da vedação irrestrita dos pactos de herança como obstáculos ao efetivo planejamento patrimonial-sucessório no Brasil. 2021. 259 f. Tese (Doutorado em Função Social do Direito) – Faculdade Autônoma de Direito, São Paulo, 2021, p. 210.

¹²¹ PEREIRA, 2017, p. 105.

¹²² NADER, 2016, p. 81.

Já os ascendentes ocupam a segunda posição na ordem sucessória. Também são herdeiros necessários, portanto, é de direito à legítima. Entretanto, só são chamados a suceder caso não exista mais nenhum descendente. Exclusivamente sucederão os herdeiros descendentes, sejam eles pai, avô, bisavô do *de cujus* caso não haja nenhum herdeiro em linha descendente.

Para Maria Berenice Dias¹²³, os pais herdam a herança em quotas iguais, excluindo os demais graus ascendentes caso existam. Não existindo os pais, são chamados os avós. Sobrevivendo apenas um avô, herda a quota hereditária como um todo, não herdando conjuntamente o bisavô do *de cujus*. Isto ocorre porque se aplica também à sucessão ascendente a ideia de que no mesmo grau, exclui-se o mais distante. Se o autor da herança não tinha mais os pais e apenas os avós, divide-se entre os ascendentes do mesmo pela linha de ascendência tanto materna como paterna. Sobrevivendo os dois avós maternos e os dois avós paternos, cada um receberá o montante de um quarto da herança.

Com o advento do Código Civil de 2002, o cônjuge foi elevado ao patamar de herdeiro necessário, tendo, portanto, direito à legítima, além do direito de concorrer tanto com os descendentes como com os ascendentes, podendo, inclusive, receber a herança total por direito próprio, se, ao tempo da abertura da sucessão, não existam descendentes e nem ascendentes. É reconhecido o direito à sucessão do cônjuge supérstite, conforme dispõe o art. 1.830¹²⁴ do diploma civil.

Não há que se falar em sucessão do cônjuge perante a herança do *de cujus* se, ao tempo da abertura da sucessão, não existia mais a relação conjugal. No entendimento de Carlos Roberto Gonçalves¹²⁵, essa ideia ganha ainda mais força se o casal já estava divorciado, pois não só a sociedade já estava desfeita, como também dissolvido o vínculo matrimonial.

Destacando que só está afastado o direito sucessório do cônjuge se a separação conjugal já esteja homologada, ou transitada em julgado a sentença de divórcio direto ou separação litigiosa, ou ainda lavrada a escritura pública de separação ou divórcio

¹²³ DIAS, 2013a, p. 21.

¹²⁴ “Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 22 abr. 2021).

¹²⁵ GONÇALVES, 2017, p. 252.

consensual. Nesse sentido, em caso semelhante, assim decidiu o STJ, no REsp 1.065.209¹²⁶, sob a relatoria do ministro João Otávio de Noronha, julgado em 08/06/2010.

Continuando a ordem de vocação hereditária, tem-se a sucessão dos herdeiros colaterais, até o quarto grau (art. 1.839¹²⁷ do Código Civil). Para Paulo Nader¹²⁸, os parentes em linha colateral são as pessoas, até o quarto grau, oriundo de um só tronco, sem descenderem uma da outra. Na linha colateral, contam-se os graus de parentesco pelo número de gerações, subindo de um dos parentes até o ascendente comum e descendo até encontrar outro parente.

Como demonstrado na decisão do STJ, no AgRg no REsp 950.301¹²⁹, há exceção feita aos sobrinhos do *de cujus* (terceiro grau), que herdam por estirpe, fazendo valer o direito de representação em face do pai pré-morto, mas os sobrinhos-netos nada herdam se os sobrinhos estão falecidos, portanto a exceção é taxativa.¹³⁰

A concorrência entre irmãos do autor da herança exige regra específica. Os irmãos bilaterais (germanos), aqueles que têm o mesmo pai e mesma mãe, herdam o dobro do que os irmãos unilaterais, aqueles que têm em comum apenas ou o pai ou a mãe. Havendo apenas irmãos unilaterais ou apenas irmãos bilaterais, a herança é dividida em partes iguais (por

¹²⁶ “DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. SUCESSÃO. COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS. SUCESSÃO ABERTA QUANDO HAVIA SEPARAÇÃO DE FATO. IMPOSSIBILIDADE DE COMUNICAÇÃO DOS BENS ADQUIRIDOS APÓS A RUPTURA DA VIDA CONJUGAL. 1. O Cônjuge que se encontra separado de fato não faz jus ao recebimento de quaisquer bens havidos pelo outro por herança transmitida após a decisão liminar de separação de corpos. 2. Na data em que se concede a separação de corpos, desfazem-se os deveres conjugais, bem como o regime matrimonial de bens; e a essa data retroagem os efeitos da sentença de separação judicial ou divórcio. 3. Recurso especial não conhecido.” (STJ, REsp 1.065.209, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Quarta Turma, j. 08/06/2010, DJe 16/06/2010, p. 1).

¹²⁷ “Se não houver cônjuge sobrevivente, nas condições estabelecidas no art. 1.830, serão chamados a suceder os colaterais até o quarto grau.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 22 abr. 2021).

¹²⁸ NADER, 2016, p. 40.

¹²⁹ “AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. PRETENSÃO DE EFEITOS INFRINGENTES. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535, I E II, DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA N. 284/STF. 1. Na classe colateral, apenas os sobrinhos herdam por representação, sendo que, nas demais situações, aqueles que se encontrarem em grau de parentesco mais próximo herdarão, excluindo o direito de representação dos mais distantes. 2. Os parentes colaterais de 4º grau só são chamados a suceder por direito próprio, mas não por representação, ou seja, só herdam se o falecido não tiver deixado nenhum colateral de 3º grau. 3. Agravo regimental provido para dar parcial provimento ao recurso especial.” (STJ, AgRg REsp 950.301, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Quarta Turma, j. 22/06/2010, DJe 01/07/2010, p. 1).

¹³⁰ GONÇALVES, 2017, p. 44.

cabeça).¹³¹ Sobre esse tema, cita-se o entendimento do STJ proferido no REsp 1.203.182¹³², sob a relatoria do ministro João Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 19/09/2013.

Com relação aos sobrinhos e tios, que, embora sejam em terceiro grau parentes colaterais, os sobrinhos preferem aos tios, consoante o art. 1.843, *caput*, do CC/2002. Concorrendo apenas os sobrinhos, herda cada um por cabeça (art. 1.843, § 1º). Ressalta-se que se todos os sobrinhos forem filhos de irmãos unilaterais ou bilaterais herdam por igual (art. 1.843, § 3º); e se os sobrinhos forem filhos de irmãos bilaterais e unilaterais, cada um destes herdará do que couber a cada um daqueles (art. 1.843, § 2º). No caso de não haver sobrinhos, designam-se tios, primos-irmãos, sobrinhos-netos e tios-avós, nessa sequência, pois esses são parentes colaterais em quarto grau.

No último lugar na ordem de vocação hereditária encontra-se o recolhimento da herança pelo Município, Distrito Federal e União. Consoante o art. 1.844 do Código Civil, o patrimônio do *de cujus* passará aos entes federativos caso a sucessão seja apenas *ab intestato*, pois, de acordo com Carlos Roberto Gonçalves¹³³, caso haja sucessão testamentária, evita-se a transmissão dos bens ao poder público. Essa habilitação das entidades federativas se dá porque, em regra, não há herança sem titular, impedindo a coisa sem dono (*res nullius*) ou a coisa abandonada (*res derelicta*).

Atenta-se, conforme Paulo Nader¹³⁴, ao fato do poder público não ser herdeiro, pois não é possível incidir o princípio da *saisine*, apenas recolhendo a herança na falta de herdeiros, pelo que não pode repudiá-la ou renunciá-la, sendo sucessor obrigatório. A corrente adotada no direito brasileiro é *ius successionis*, na qual, na falta de outras pessoas sucessíveis, por lei ou por testamento, o ente público herda em reconhecimento da colaboração dada ao indivíduo na aquisição e conservação da riqueza.¹³⁵

¹³¹ GONÇALVES, 2017, p. 45.

¹³² “RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. SUCESSÃO. INVENTÁRIO. DEPÓSITO JUDICIAL. DOS ALUGUÉIS AUFERIDOS DE IMÓVEL DO ESPÓLIO. CONCORRÊNCIA DE IRMÃO BILATERAL COM IRMÃS UNILATERAIS. INTELIGÊNCIA DO ART. 1.841 DO CÓDIGO CIVIL. 1. Controvérsia acerca do percentual da herança cabível em favor das irmãs unilaterais no inventário do *de cujus*, que também deixou um irmão bilateral a quem indicara em testamento como herdeiro único. 2. Discussão judicial acerca da validade do testamento. Possibilidade de o irmão bilateral levantar a parte incontroversa dos alugueis do imóvel deixado pelo *de cujus*. 3. Necessidade, porém, de depósito judicial da parcela controvertida. 5. Cálculo do valor a ser depositado em conformidade com o disposto no art. 1.841 do Código Civil (‘Concorrendo a herança do falecido irmãos bilaterais com irmãos unilaterais, cada um destes herdará metade do que cada um daqueles herdar’). 6. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.” (STJ, REsp 1.203.182, Rel. Min. João Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, j. 19/09/2013, DJe 24/09/2013, p. 1).

¹³³ GONÇALVES, *op. cit.*, p. 95.

¹³⁴ NADER, 2016, p. 23.

¹³⁵ GONÇALVES, *op. cit.*, p. 95.

2.6 Ordem de vocação hereditária

É válido ressaltar que o rol contido no art. 1.829 do Código Civil, é excludente e determina a preferência sobre a qual deve incidir a vocação dos sucessores, ou seja, havendo sucessor em grau de parentesco mais próximo com o falecido, este excluirá os de grau mais remoto, com exceção da concorrência existente entre os descendentes e o cônjuge sobrevivente, nas situações de regime de bens determinadas pela lei.

Isto posto, convocam-se primeiramente os descendentes conjuntamente com o cônjuge sobrevivente, exceto se este forem casados sob o regime da comunhão universal de bens (tendo em vista que sua parte encontra-se garantida por meio da meação), ou no da separação obrigatória de bens (prevista no art. 1.641¹³⁶ do CC/2002), ou, ainda, no regime de comunhão parcial de bens, neste último caso, o cônjuge vivo não herdará em concorrência com os descendentes do falecido apenas se o *de cujus* não tiver deixado bens particulares, pois havendo apenas bens comuns, a parte que cabe ao cônjuge sobrevivente será atribuída a título de meação, herdando em concorrência com os descendentes apenas os bens sobre os quais, teoricamente, não contribuiu.

Segundo Flávio Tartuce¹³⁷, não tendo o falecido deixado descendentes, convoca-se à sucessão os ascendentes em concorrência com o cônjuge sobrevivente, não importando, nesse caso, o tipo de regime de bens à época do casamento. Na hipótese do *de cujus* não ter deixado descendentes ou ascendentes vivos, o cônjuge sobrevivente será o herdeiro da totalidade da herança deixada pelo falecido. Nesse caso, dependendo do regime de casamento o qual o casal se submeteu, o cônjuge supérstite poderá ser considerado ao mesmo tempo meeiro e herdeiro. Já na hipótese do falecido não ter deixado descendentes, ascendentes ou cônjuge vivos, serão chamados a suceder os parentes colaterais até o quarto grau, conforme leciona o art. 1.839 do Código Civil, ficando evidente o princípio da preferência de classes.

Com a evolução da sociedade e do direito, a forma legal do art. 1.603 do diploma civil, sofreu significativas alterações, fazendo-se necessário explicitar a evolução o tratamento dos conceitos um por um.

¹³⁶ “Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; II - da pessoa maior de 70 (setenta) anos; III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimimento judicial.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 22 abr. 2021).

¹³⁷ TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das sucessões**. 3. ed. São Paulo: Método, 2017, v. 6, p. 120.

2.6.1 Descendentes

Conforme a ordem sucessória de 1916, disciplinada pelo diploma civil sob o nome de “vocação hereditária”, os primeiros na linha de sucessão eram apenas os descendentes, que sucediam “por cabeça” ou “por estirpe”¹³⁸; por cabeça os que estivessem no mesmo grau de parentesco, e por estirpe se estivessem em graus diferentes, fazendo-se necessária uma breve explicação para melhor entendimento da matéria.

Na contagem utilizada para fins de grau de parentesco, falar em ascendência ou descendência configura parentesco em “linha reta”, a contagem iniciando a partir de quem está mais próximo do indivíduo – essa proximidade era embasada na “proximidade genética”, biológica. Assim, pais e filhos do falecido tinham uma relação mais próxima e mais direta do que netos ou av s, de modo que, em linha ascendente, o primeiro grau de parentesco seria com os pais, e, em linha descendente, com os filhos e assim sucessivamente.

Retornando a análise da sucessão, receberiam por cabeça se fossem todos “filhos (de primeiro grau)”, ou todos “netos (de segundo grau)”; esse dispositivo junto com o entendimento de que “os graus mais próximos excluíam os mais remotos”, fazia com que a sucessão se desse por encerrada naquele momento.

Já a sucessão por estirpe, ocorre quando os graus entre os herdeiros são distintos. Imagine a relação entre um indivíduo e sua mãe, seu tio e seu avô: caso o avô morresse, a mãe e o tio do indivíduo herdariam por cabeça, mas ele não herdaria nada; se   época da morte do av , a mãe já houvera falecido, o tio herdaria por cabeça, e o indivíduo por estirpe, pois enquanto aquele (tio)   herdeiro de primeiro grau descendente, este (indivíduo)   de segundo grau descendente.

Ainda sobre o primeiro patamar da vocação hereditária, deve-se observar que, na época, os filhos considerados para questões de direito eram apenas os naturais ou, posteriormente, os adotados; a realidade dos filhos tidos como ilegítimos era que não teriam direito   sucessão a menos que fossem legitimados. Outro exemplo de tratamento distinto entre os filhos se evidenciava quando o único filho em questão era adotado e, assim sendo,

¹³⁸ “Art. 1.604. Na linha descendente, os filhos sucedem por cabeça, e os outros descendentes, por cabeça ou por estirpe, conforme se achem, ou não, no mesmo grau.” (BRASIL. **Lei n  3.071, de 1  de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, DF: Presidência da República, [2001]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em: 30 maio 2021).

caso viesse a nascer filho legítimo, o adotado só teria direito à metade da herança devida a esse legítimo, mesmo que ele tivesse acabado de nascer.

O Código Civil de 2002, estando em consonância com a Constituição Federal de 1988, trouxe para o tratamento dos filhos a proibição de distinção entre os mesmos, de modo que tanto os naturais quanto os adotivos e reproduzidos via assistência, todos eles, independente do momento de seu nascimento, puderam ser enquadrados no termo *descendente*, passando a ter direito à herança na mesma proporção.

Outra mudança veio quanto à posição dos descendentes na vocação hereditária, uma vez que passaram a concorrer em 2002 com o cônjuge sobrevivente, se assim o pacto nupcial o permitisse. A partir de então, metade da herança legítima iria para os descendentes, e outra metade para o cônjuge sobrevivente, nos termos do art. 1.832¹³⁹ do Código Civil vigente.

2.6.2 *Ascendentes*

Na falta de descendentes, a segunda posição na vocação hereditária pertencia aos ascendentes e, da mesma maneira que ocorria com os descendentes, o grau mais próximo excluía os mais remotos, ou seja, avós só receberiam se os pais do indivíduo já não fossem mais vivos, isso tanto do lado materno quanto do paterno.

Caso houvesse a situação de ascendência de mesmo grau, mas em diferentes linhas, o Código Civil continuou a disciplinar da seguinte maneira: partilhando a herança entre ambas as linhas, meio a meio, de modo que, havendo, por exemplo, quatro avós como ascendentes e herdeiros, dois maternos e dois paternos, o devido montante seria partilhado em metade para o lado de ascendência materna e a outra metade para a ascendência paterna.

O Código de 1916 trazia especificações a respeito da sucessão de ascendentes de filho adotado. Este indivíduo, sem deixar descendentes, poderia ter seu patrimônio direcionado tanto para seus pais biológicos quanto aos adotantes, na seguinte ordem: os pais biológicos receberiam a herança por inteiro, e, na falta destes, mesmo havendo outros ascendentes

¹³⁹ “Em concorrência com os descendentes caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406 compilada.htm. Acesso em: 22 abr. 2021).

biológicos (avós, bisavós etc.), a herança seria direcionada aos pais adotantes. Quanto à situação dos filhos ilegítimos, o Código era breve, mencionando apenas que se houvesse direito de herança aos descendentes ilegítimos em face de ascendentes, o mesmo ocorreria no outro sentido, ou seja, ascendentes ilegítimos teriam direito à herança dos descendentes.

Da mesma maneira que ocorreria com a posição dos descendentes na vocação hereditária, o polo ascendente e sucessor, no Código Civil vigente, também passou a ter sua herança disciplinada em concorrência com o cônjuge sobrevivente. Assim, uma vez que houvesse duas linhas (uma materna e uma paterna) para se dividir o patrimônio, devia-se ao cônjuge um terço desse montante. Se o caso fosse de haver apenas uma linha ascendente viva, o cônjuge teria direito à outra metade da “porção total” da herança.

2.6.3 Cônjuge sobrevivente

Segundo a vocação hereditária do CC/1916, o cônjuge que sobreviveu, ficando viúvo, teria direito à herança apenas na falta de herdeiros ascendentes e descendentes, ocupando em terceiro lugar a ordem de prevalência quanto à percepção do patrimônio do *de cujus*. Entretanto, não era em qualquer situação que o cônjuge seria visto como passível de herdar.

O art. 1.611 do CC/1916 ressaltou que a devida transferência patrimonial apenas seria concretizada uma vez que ao tempo da morte do indivíduo, este ainda estivera casado com seu cônjuge, ou seja, que a sociedade conjugal não estivesse dissolvida ao tempo da morte do *de cujus*. Trinta anos depois, a Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962¹⁴⁰, que tratava sobre a situação jurídica da mulher casada, alterou esse dispositivo¹⁴¹, permitindo que o cônjuge sobrevivente tivesse direito a herdar junto com os descendentes ou com os ascendentes do *de cujus*.

¹⁴⁰ BRASIL. **Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962**. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Brasília, DF: Presidência da República, 1962. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm. Acesso em: 22 abr. 2021.

¹⁴¹ “Art. 1.611. [...] § 1º O cônjuge viúvo se o regime de bens do casamento não era o da comunhão universal, terá direito, enquanto durar a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houver filho deste ou do casal, e à metade se não houver filhos embora sobrevivam ascendentes do ‘de cujus’. § 2º Ao cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da comunhão universal, enquanto viver e permanecer viúvo será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habilitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar.” (BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, DF: Presidência da República, [2001]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em: 30 maio 2021).

A partir de então, a menos que o regime de bens do casal fosse o da comunhão universal de bens, uma vez que o *de cujus* deixasse filhos seus ou filhos com o cônjuge que sobreviveu, este cônjuge teria direito a um quarto da herança. De outro modo, caso não houvesse filhos, mas sim ascendentes, o montante devido ao viúvo ou à viúva em questão seria a metade da herança, por quanto tempo permanecesse o *status* da viuvez.

Com o Código Civil de 2002, conforme já explicitado em tópicos anteriores, o cônjuge sobrevivente passou a compartilhar tanto o primeiro quanto o segundo lugar na ordem de vocação hereditária, tendo direito à herança em concorrência com os descendentes e com os ascendentes do falecido. Em terceira posição da ordem, permanece ainda o cônjuge com direito exclusivo a herança, recebendo-a integralmente se, porventura, o *de cujus* não deixar ascendentes, nem descendentes. Além disso, não se faz mais a exigência da manutenção do *status* de viuvez para que o cônjuge tenha a posse e domínio da herança transmitida.

2.6.4 Colaterais

Parentes colaterais são aqueles com quem o indivíduo compartilha vínculos com um mesmo ascendente, de modo que seriam colaterais do *de cujus* seus irmãos, primos, tios, sobrinhos, tios-avós, filhos de sobrinhos, daí por diante. Não havendo ascendentes, descendentes, nem cônjuge sobrevivente do *de cujus*, o diploma civil de 1916 julgava devida a transferência patrimonial ao quarto lugar na vocação hereditária, ocupado, à época, pelos parentes colaterais até o sexto grau.

Para chegar ao grau colateral, faz-se necessário contar os graus de parentesco até encontrar o ascendente que os indivíduos em questão têm em comum, lembrando que para cada vínculo conta-se um grau. Assim, para saber o grau de parentesco entre irmãos conta-se um grau do indivíduo para seu pai, e do pai para seu irmão, visto que o pai é o ascendente em comum. Dessa maneira, como foram computados dois graus, irmãos são parentes colaterais em segundo grau.

Veja-se com outro exemplo o grau de parentesco entre sobrinho e tio, e entre primos. Há vínculo entre filho e pai, pai e avô e avô e tio, razão pela qual o avô é o ascendente em comum com seu tio. Ao contar cada vínculo, confere-se que entre um indivíduo e seu tio existem três vínculos, fazendo de seu tio seu parente em terceiro grau colateral.

Com isso em mente, o Código Civil permitiu que a herança em parentesco colateral primeiro chegasse até o sexto grau. Se entre sobrinho e tio contam-se três graus, entre primos contam-se quatro, com o filho de seu primo contam-se cinco e com o neto de seu primo contam-se seis, a herança só chegaria até aqui. Lembrando que os de graus mais próximos, se vivos, recebem a herança e acaba-se a transferência, excluindo-se automaticamente os graus mais distantes dessa lista de percepção patrimonial.

Com a mesma lei da situação jurídica da mulher, a questão dos colaterais também tivera sua disciplina alterada. Na falta de um cônjuge sobrevivente, nos termos do art. 1.612, passaram a suceder os parentes colaterais até o terceiro grau apenas, alcançando, no máximo a um tio ou a um sobrinho. Um ano depois, decidiu-se finalmente que os colaterais alcançados pela vocação hereditária seriam aqueles com até quatro graus de parentesco, alcançando, por exemplo, o vínculo entre os primos, permanecendo desta maneira até os dias de hoje.

A respeito do vínculo entre irmãos, a sucessão se realizava de maneira distinta a depender da proveniência daquele vínculo, sendo unilaterais os que adviessem de apenas um dos pais e bilaterais os que adviessem de ambos. Sobre sua sucessão, permaneceu no Código Civil vigente o dispositivo que estabelecia que cada irmão unilateral herdaria metade do que fosse devido a cada irmão bilateral, e na falta de irmãos bilaterais, os unilaterais herdariam toda a herança em partes iguais.

Na falta de irmãos ou de sobrinhos que os representassem, a herança iria para os tios (terceiro grau colateral); no entanto, se o falecido deixasse em vida sobrinhos, a transferência seguiria o disposto no art. 1.617¹⁴², que permanece sendo utilizado no Código Civil vigente.

Mais uma vez o fato de o indivíduo ser adotado fazia com que seu tratamento fosse diverso, de modo que sua morte não gerava efeitos sucessórios quanto aos parentes dos adotantes, seus “supostos novos parentes”, não entrando estes no rol da vocação hereditária. Tal determinação foi excluída pelo Código Civil de 2002, por ser uma afronta ao princípio que prega igualdade de tratamento entre todos os filhos; adotado ou não um indivíduo deve

¹⁴² “Art. 1.617. Em falta de irmãos, herdarão os filhos destes: § 1º Se só concorrerem a herança filhos de irmãos falecidos, herdarão por cabeça. § 2º Se concorrerem filhos de irmãos bilaterais, com filhos de irmãos unilaterais, cada um destes herdará a metade do que herdar cada um daqueles. § 3º Se todos forem filhos de irmãos germanos, ou todos de irmãos unilaterais, herdarão todos por igual.” (BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, DF: Presidência da República, [2001]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em: 30 maio 2021).

gerar efeitos sucessórios a seus ascendentes, descendentes e colaterais independente de vínculo biológico, e, nos dias atuais, avalia-se também o vínculo socioafetivo, conforme se observará adiante. Por fim, não havendo parentes do *de cujus* com vida, a herança transmite-se ao Estado, nos termos do diploma civil vigente.

2.7 Aceitação e renúncia à herança

Renunciar à herança pode ocorrer no curso dos processos judiciais de inventário ou e arrolamento ou ainda nos atos de inventário ou arrolamento extrajudiciais conforme previstos na referida Lei n. 11.441/2007. Eduardo M. L. Rodrigues Castro¹⁴³ aduz que quando se falar em que a renúncia for destinada a certa pessoa chama-se de renúncia translativa que pode ser de maneira gratuita.

O momento crucial para a abertura da sucessão é a morte da pessoa, já que a pessoa natural termina com a morte real. É a partir dela que ocorre, automaticamente, a transmissão de todo o acervo patrimonial do *de cujus* para seus herdeiros legítimos e testamentários. Após a morte, a titularidade da herança é transmitida conforme a ordem de vocação hereditária prevista no art. 1.829 do Código Civil.

Somente existe herança de pessoa morta. Sendo assim, o art. 6º do diploma civil abre a possibilidade de acontecer à abertura de sucessão de pessoa ausente, com presunção de sua morte. Ausente é aquele que desaparece sem deixar vestígios e nem representante ou procurador para administrar seus bens, consoante dispõe o art. 22 do referido diploma. Mesmo assim, a lei prevê o retorno do desaparecido nos dez anos seguintes após seu sumiço, conforme dispõe o art. 39 do CC/2002. Logo, há a abertura de sucessão provisória.

A herança à totalidade dos bens do falecido será transmitida a seu sucessor, sejam imóveis, bens móveis, ações, direitos, títulos etc. Os débitos também são transmissíveis, porém os herdeiros só estarão obrigados a satisfazê-los até o limite das forças da herança. Só não há a transmissão de direitos personalíssimos ou inerentes à pessoa do falecido.¹⁴⁴

Até o momento da partilha os coerdeiros são condôminos, sendo regidos também pelas regras de condomínios em geral. Qualquer um dos herdeiros poderá ajuizar contra terceiros ou

¹⁴³ CASTRO, Eduardo M. L. Rodrigues. **Tributos em espécie para concursos**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 50.

¹⁴⁴ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 69.

contra um dos herdeiros ação possessória ou outras ações de interesse em comum. Os frutos advindos dos bens do acervo hereditário também se reverterem ao patrimônio indivisível.

Não há individualização, forma-se uma unidade na qual se constitui o passivo e o ativo. Com isso, garante-se a continuidade da titularidade das relações jurídicas do *de cujus* por meio da transmissão instantânea da propriedade aos herdeiros. Essa unidade perdura até o trânsito em julgado da sentença de partilha de bens. Até ocorrer a partilha, cada sucessor é titular de uma fração ideal do patrimônio. Logo, Paulo Nader¹⁴⁵ afirma que não é possível à venda de nenhum bem específico do acervo patrimonial em prol de um único herdeiro. O que pode ocorrer é a cessão de direitos da fração que corresponde ao herdeiro, elaboro o ato por escritura.

Em uma condição suspensiva, um dos sucessores poderá oferecer à venda um dos bens do acervo que lhe será destinado após a partilha. Ocorrendo essa destinação, o negócio estará efetivado. Caso contrário, o herdeiro contemplado poderá requerer o bem, já que nesse caso o negócio não terá validade perante os herdeiros. Nessa situação não ocorre a cessão de direitos, mas sim a venda de bens hereditários.

Por conta desse condomínio entre os herdeiros, surge o direito de preferência. Caso algum dos sucessores pretenda alienar seu quinhão ou parte dele, terá que oferecer primeiramente para um dos coerdeiros, em igualdade de condições. Não há a necessidade de consentimento por parte dos outros herdeiros, já que não há riscos de estranhos integrarem o condomínio.

Aquele que estiver interessado na alienação deverá comunicar aos demais como bem entender, a forma de pagamento, o bem a ser alienado e o prazo para resposta. Caso haja o interesse de mais de um herdeiro, qualquer um deles poderá exercer a preferência, devendo adquirir o objeto da alienação proporcionalmente aos seus quinhões.

O momento da morte é a condição para que ocorra imediatamente a transferência da herança aos sucessores, estejam eles onde estiverem. Logo, os herdeiros se tornam donos mesmo que não saibam da ocorrência do falecimento. Porém, essa transmissão é provisória já que é facultada ao sucessor a aceitação ou a renúncia do acervo hereditário. Corroborando com esse pensamento, Paulo Nader afirma que:

¹⁴⁵ NADER, 2016, p. 53.

Pelo que se depreende, os herdeiros não possuem o dever jurídico de aceitar a herança. A lei seria injusta se os obrigassem a recebê-la independentemente de seu querer. Aplica-se, *in casu*, o aforismo jurídico: “*Invito non datur beneficium*” (i.e., “Não se faz benefício contra a vontade”). Dada a possibilidade de não lhe convir a herança, ao beneficiário cabe dizer “sim” ou “não” ao quinhão que lhe assiste por força de lei ou vontade do *auctor successionis*. Inexiste no Direito pátrio a figura da herança coativa, ressalvada a hipótese de herança devolvida ao Município, ao Distrito Federal ou à União.¹⁴⁶

Chama-se de delação o ato de renúncia ou anuência da herança. Caso ocorra o consentimento, será irreversível e na sua totalidade, já que não é permitida a aceitação de somente uma parte da herança. O parágrafo único do art. 1.804 do CC/2002 também dispõe que, caso o sucessor renuncie sua parte na herança, a renúncia retroage seus efeitos até o momento da morte. Tanto a renúncia quanto a aceitação da herança não necessitam de justificativa, podendo simplesmente dizer “sim” ou “não”. Somente no caso de o representando de incapaz renunciar seu quinhão, é necessária uma justificativa para tal ato.

Na verdade, a abertura da sucessão não traz nenhum acréscimo de patrimônio ao herdeiro. É necessária a aceitação para que se consolide a transmissão em caráter permanente. Mas, no caso da renúncia, a transmissão se torna sem efeito, se perde o direito de herdar. Da mesma maneira que ocorre com a aceitação, a renúncia é indivisível, mas deverá ser expressa, formalizada por instrumento público ou termo judicial.

O Código Civil adota o princípio de *saisine*, que é uma ficção jurídica na qual o próprio *de cujus* repassa aos seus herdeiros a posse do seu patrimônio. Corroborando com esse pensamento, Sílvio de Salvo Venosa afirma que:

Trata-se da adoção do sistema pelo qual a herança transmite-se de pleno direito. Aplica-se o sistema da *saisine*, de origem germânica não muito clara. Não é princípio do Direito Romano. Na herança, o sistema da *saisine* é o direito que têm os herdeiros de entrar na posse dos bens que constituem a herança. A palavra deriva de *saisir* (agarrar, prender, apoderar-se). A regra era expressa por adágio corrente desde o século XIII: “*Le mort saisit le vif*” (o morto prende o vivo).¹⁴⁷

O mesmo instante em que se dá a morte do indivíduo, abre-se a respectiva sucessão, momento no qual ocorre a transferência automática da herança aos herdeiros legítimos e testamentários, mesmo que esses não saibam do falecimento. Para haver essa transmissão é necessário que o herdeiro exista no momento da delação e que este seja capaz de herdar.

¹⁴⁶ NADER, 2016, p. 71.

¹⁴⁷ VENOSA, 2017, p. 14.

O *droit de saisine* é originário do direito francês, precisamente do Código Civil francês de 1804, conhecido como Código de Napoleão¹⁴⁸. Esse Código exerceu grande influência sobre as leis civis de vários países.

A posse da herança foi prevista pela primeira vez no direito brasileiro no art. 1.572¹⁴⁹ do Código Civil de 1916. Este dispositivo legal tinha o objetivo de não ocorrer a *res derelicta* ou a *res nullius* no qual o patrimônio do falecido ficaria sem dono, podendo qualquer um ocupar e se intitular possuidor.

Por fim, pode-se dizer que se trata de uma regra fundamental do direito sucessório e não dá direito imediato a um bem específico da herança. O direito dado por meio do princípio é abstrato, pois é somente ao final do processo de inventário, com a partilha, que cada herdeiro terá seu direito concreto.

¹⁴⁸ FRANCE. **Code Civil des Français**. Paris: L’Imprimerie de la République, 1804. Disponível em: <https://www.assemblee-nationale.fr/evenements/code-civil-1804-1.asp>. Acesso em: 5 jun. 2021,

¹⁴⁹ “Aberta à sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.” (BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, DF: Presidência da República, [2001]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em: 30 maio 2021).

3 DOS ASPECTOS SUCESSÓRIOS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Esta seção aborda os aspectos sucessórios no ordenamento jurídico brasileiro, em são apresentados aspectos pertinentes à sucessão do(a) companheiro(a), como parte admitida no direito das sucessões. Posteriormente, são dispostas as concepções acerca do inventário e da partilha, relacionando-as no contexto dos direitos dos herdeiros na sucessão. Por conseguinte, o direito das sucessões é apresentado sob a perspectiva constitucional. Em continuidade, são realizadas considerações acerca do abandono afetivo no contexto familiar; o dano moral e o direito de família contemporâneo; as excludentes da sucessão; a indignidade sucessória e deserdação fundamentada no art. 1.962, I, II e IV, do Código Civil; o caso de exclusão de herança fundamentado no art. 1.962, IV, combinado com o art. 1.965, ambos do Código Civil e, por fim, são apresentadas as relações entre a herança digital e a sucessão legítima.

3.1 A sucessão do(a) companheiro(a)

A sucessão, segundo Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka¹⁵⁰, nada mais é do que a transferência de um direito pertencente a determinada pessoa para outra. Essa transferência poderá ser a título universal, que é a transmissão da totalidade dos direitos, ou a título singular, na qual se sub-roga apenas nos direitos e obrigações geradores da relação jurídica transmitida.

O direito sucessório do(a) companheiro(a) no Código Civil de 1916 não tinha qualquer registro sobre o assunto, tendo em vista que não havia sido reconhecido o instituto da união estável pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Ocorre que com a vigência da Constituição Federal de 1988, passou a ser necessária a criação de leis que abordassem os direitos sucessórios dos(as) companheiros(as). Assim, criou-se a Lei n. 8.971/1994¹⁵¹, que tratou de abordar esse assunto, além de outros mais. A validade dessa lei trouxe ao(à) companheiro(a) o direito de herdar, e, quando se tratar de parentes colaterais do(a) companheiro(a) falecido(a), caberá a totalidade da herança para o

¹⁵⁰ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso avançado de direito civil: direito das sucessões**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. 6, p. 20.

¹⁵¹ BRASIL. Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. **Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil**: seção 1, Brasília, DF, ano 132, n. 248, p. 21041, 30 dez. 1994. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=30/12/1994&jornal=1&pagina=1>. Acesso em: 22 abr. 2021.

sobrevivente na ausência de ascendentes e descendentes, sem concorrência com os colaterais, assim como ocorre com o cônjuge supérstite.

Atualmente, conforme preceitua o art. 6º do Código Civil de 2002, a morte põe fim à existência da pessoa natural, sendo este o exato momento em que se inicia a abertura da sucessão. Nesse viés, com a abertura da sucessão, a herança será transmitida aos herdeiros legítimos e testamentários. Quando se observa a sucessão do(a) companheiro(a) em paridade com a do cônjuge, obtém-se uma evidente inferioridade, privando os parceiros da união estável de várias conquistas obtidas com muito esforço, no decorrer vínculo.

Analizando o art. 1.790¹⁵² do CC/2002, verifica-se a enorme diferença existente no âmbito da sucessão do(a) companheiro(a), ensejando situações injustas, discriminatórias e inadequadas, ocorrendo um perceptível desrespeito à proteção e à igualdade trazida pela Constituição Federal de 1988 ao instituto da união estável.

Assim, apesar de todo esse progresso no assunto, o atual diploma civil representou um verdadeiro retrocesso para a sociedade no tocante à matéria sucessória. Pois, enquanto a legislação anterior equiparava o(a) companheiro(a) sobrevivente ao cônjuge, o Código Civil de 2002 retroage ao tratá-los de maneira diferenciada, ferindo o princípio constitucional da igualdade, conforme preconiza o art. 5º, *caput*¹⁵³, da CF/1988.

A princípio, a desigualdade feita pelo legislador em relação à união estável, em âmbito sucessório, é facilmente observada no art. 1.845¹⁵⁴ do CC/2002 quando estabelece que os herdeiros necessários sejam apenas os descendentes, ascendentes e cônjuge, excluindo totalmente o(a) companheiro(a) dessa partilha.

¹⁵² “Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho; II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles; III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança; IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 22 abr. 2021).

¹⁵³ “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]” (BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 abr. 2021).

¹⁵⁴ “São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 22 abr. 2021).

Sobre esse assunto, Maria Berenice Dias evidencia o erro feito pelo legislador ao dizer que: “A mais saliente afronta cometida pela lei é ao princípio da igualdade, ao promover o cônjuge à condição de herdeiro necessário, enquanto o(a) companheiro(a) não passa de herdeiro legítimo”¹⁵⁵. Nesse viés, pode-se observar a contrariedade do atual diploma civil diante da Constituição Federal, em que, nesse caso, está se ferindo um dos princípios fundamentais norteadores da sociedade brasileira, o princípio da igualdade. Dessa maneira, o(a) companheiro(a) deve ser considerado(a) herdeiro(a) necessário(a), seja porque não pode ser tratado(a) diferencialmente do cônjuge, seja porque, na concorrência com ascendente e descendente herda necessariamente.

Tem-se que o dispositivo mais criticado pela doutrina e pelos estudiosos no tema é o art. 1.790 do Código Civil de 2002. A primeira crítica feita a esta disposição é quanto à sua localização topográfica, pois ele se encontra nas disposições gerais, na parte do Livro das Sucessões, o que é evidente que de “geral”, não tem absolutamente nada, pelo contrário, trata-se de um tema de natureza específica. Coadunando com tal entendimento, Flávio Tartuce esclarece que:

De início, ponderamos que o Código Civil de 2002 sequer acertou quanto à localização topológica da matéria que aqui estamos estudando. Isso porque a sucessão do companheiro é trabalhada num único dispositivo, que se localiza junto às disposições gerais da sucessão, sendo que, evidentemente, deveria estar alocada no Título II (Sucessão Legítima) em seu Capítulo I, qual seja aquele que trata da ordem de vocação hereditária.¹⁵⁶

Guilherme Calmon Nogueira da Gama, em seu livro, faz dura crítica quanto à posição concedida à matéria sucessória do(a) companheiro(a) no atual Código Civil, ao afirmar que:

Inicialmente, sob o ângulo formal, não há motivo para que o preceito seja tratado em dispositivo isolado, totalmente dissociado do Capítulo I, do Título II, do Livro V, especialmente do art. 1.829, CC que trata da ordem de vocação hereditária. A circunstância de o dispositivo ter sido introduzido durante a tramitação do projeto não é motivo justificado ou razoável para que a matéria tivesse sido tratada em parte estranha à ordem de vocação hereditária. O correto seria ter incluído o companheiro no próprio art. 1.829, CC, e não acrescentar mais um dispositivo ao texto do código.¹⁵⁷

Por meio da leitura do art. 1.790 do Código Civil de 2002, observa-se claramente a restrição dos direitos sucessórios relativo ao(à) companheiro(a) ao limitar o direito dos

¹⁵⁵ DIAS, 2013a, p. 66.

¹⁵⁶ TARTUCE, 2017, p. 222.

¹⁵⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil: sucessões**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, v. 7, p. 26.

mesmos à somente participarem da herança quanto aos bens que tenham sido adquiridos onerosamente na vigência da união estável, ao trazer diferença entre filhos somente do *de cujus* e filhos em comum. Este, quando concorrer com filhos exclusivamente do falecido, fará jus apenas à metade, e, quando concorrer com herdeiros de outra classe fará jus a um terço, além disso, concorre com os colaterais na proporção de um terço, e somente teria direito à totalidade da herança na falta de todos os herdeiros.

Assim, o aludido dispositivo trouxe uma enorme discriminação quanto aos direitos sucessórios do(a) companheiro(a) conquistados anteriormente. Nesse sentido, acabou colocando o(a) companheiro(a) do(a) falecido(a) em situação de extrema inferioridade quando nivelado com a nova condição sucessória do cônjuge.¹⁵⁸

Importante é demonstrar que o art. 1.790, *caput*, do CC/2002, evidencia o tratamento desigual concedido ao(à) companheiro(a), somente cabendo sua participação sucessória na herança do *de cujus* quanto aos bens adquiridos a título oneroso, no período da união estável, não beneficiando, assim, o(a) companheiro(a) com os bens deixados pelo falecido na abertura da sucessão, diferentemente do que dispõe a legislação no tocante ao cônjuge.

Desse modo, estar-se-á diante de enorme retrocesso ao tratar dos direitos sucessórios do(a) companheiro(a), tendo em vista que as leis anteriormente vigentes (leis n. 8.971/1994 e 9.278/1996¹⁵⁹) conferiam uma vasta quantidade de benefícios aos companheiros dos *de cujus*, o que fora reduzido de maneira significativa pelo Código Civil de 2002. Ana Luiza Maia Nevares, ao expor sobre o tema abordado, esclarece de maneira clara e objetiva acerca da falha existente no art. 1.790, *caput*, do CC/2002:

[...] ao determinar que a sucessão do companheiro limita-se aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, o art. 1790 do Código Civil retrocede quanto ao regime das Leis 8.971/94 e 9.278/96. Sem dúvida, esta restrição, ausente na sucessão do cônjuge, constitui uma discriminação injustificável.¹⁶⁰

Marcella Kfoury Meirelles Cabral e Daniela Antonelli Lacerda Bufacchi apontam o argumento trazido por Maria Helena Diniz, no qual essa expõe que, em comparação com as leis n. 8.971/1994 e 9.278/1996, “[...] o Código Civil teria retirado alguns direitos sucessórios

¹⁵⁸ GONÇALVES, 2017, p. 191.

¹⁵⁹ BRASIL. Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil**: seção 1, Brasília, DF, ano 134, n. 91, p. 8149, 13 maio 1996. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=13/05/1996&jornal=1&pagina=1&totalArquivos=88>. Acesso em: 10 maio 2021.

¹⁶⁰ NEVARES, Ana Luiza Maia. **A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015b, p. 154.

anteriormente outorgados ao companheiro, o que excluiu parte importante da tutela jurídica do sobrevivente quando da morte de seu companheiro”¹⁶¹.

Para Guilherme Calmon Nogueira da Gama¹⁶², o *caput* do art. 1.790 do CC/2002 é inconstitucional, tendo em vista que retirou os direitos, bem como as vantagens que existiam em favor dos companheiros, ao invés de dar proteção especial para essas famílias.

Desse modo, no tocante à presença da inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002, inicialmente alguns tribunais entendiam pelo cumprimento total do aludido artigo, consoante dispôs o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), no Agravo de Instrumento (AI) 0004177-03.2003.8.19.0000¹⁶³.

Torna-se visível o receio que os tribunais têm em adotar o entendimento da inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002, referindo-se, ao tratar sobre o tema, apenas à existência de injustiças causadas por tal dispositivo, sem mencionar, portanto, sobre a inconstitucionalidade e a não aplicação do mesmo. Entretanto, ocorre que, com o passar do tempo e com o avanço dos estudos feitos acerca do tema elencado, os tribunais vêm se atualizando e modificando o entendimento de maneira a tentar corrigir esse erro.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS) foi um dos pioneiros nessa inovação, ao julgar o AI 7000.95.24612¹⁶⁴. Assim, faz-se necessária tal mudança

¹⁶¹ CABRAL, Marcella Kfourir Meirelles; BUFACCHI, Daniela Antonelli Lacerda. Sucessão do cônjuge e companheiro: questões polêmicas. In: DINIZ, Maris Helena (coord.). **Sucessão do cônjuge, do companheiro e outras histórias**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 33.

¹⁶² GAMA, 2007, p. 27.

¹⁶³ “Agravo de Instrumento. Inventário. Sucessão aberta após a vigência do Novo Código Civil. Direito Sucessório de companheiro em concurso com irmãos do obituado. Inteligência do art. 1790, III, da novel legislação. Direito a um terço da herança. Inocorrência de inconstitucionalidade. Não há choque entre o Código e a Constituição. [...]. As disposições do Código Civil sobre tais questões podem ser consideradas injustas, mas não contêm eiva de inconstitucionalidade. Reconhecimento dos colaterais como herdeiros do *de cujus*. Provimento do recurso.” (TJRJ, AI 0004177-03.2003.8.19.0000, Rel. Des. Marcus Antonio de Souza Faver, 18ª Câmara Cível, j. 16/03/2004, DJe 19/03/2004, p. 1).

¹⁶⁴ “Agravo de instrumento. Inventário. Companheiro sobrevivente. Direito à totalidade da herança. Colaterais. Exclusão do processo. Cabimento. A decisão agravada está correta. Apenas o companheiro sobrevivente tem direito sucessório no caso, não havendo razão para permanecer no processo as irmãs da falecida, parentes colaterais. A união estável se constituiu em 1986, antes da entrada em vigor do novo Código Civil. Logo, não é aplicável ao caso a disciplina sucessória prevista nesse diploma legal, mesmo que fosse essa a legislação material em vigor na data do óbito. Aplicável ao caso é a orientação legal, jurisprudencial e doutrinária anterior, pela qual o companheiro sobrevivente tinha o mesmo *status* hereditário que o cônjuge supérstite. Por essa perspectiva, na falta de descendentes e ascendentes, o companheiro sobrevivente tem direito à totalidade da herança, afastando da sucessão os colaterais e o estado. Além disso, as regras sucessórias previstas para a sucessão entre companheiros no novo Código Civil são inconstitucionais. Na medida em que a nova lei substantiva rebaixou o status hereditário do companheiro sobrevivente em relação ao cônjuge supérstite, violou os princípios fundamentais da igualdade e da dignidade. Negaram provimento.” (TJRS, AI 70009524612, Rel. Des. Rui Portanova, 8ª Câmara Cível, j. 18/11/2004, p. 1).

tendo em vista a busca pela igualdade de direitos entre os institutos familiares abordados pela própria Constituição Federal, de modo a retirar a discriminação sofrida pelo(a) companheiro(a) em detrimento dos direitos retirados.

Nessa toada, estão a favor dessa evolução e mudança de entendimento autores como Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka¹⁶⁵, Zeno Veloso¹⁶⁶, Ana Luiza Maia Nevares¹⁶⁷, Guilherme Calmon Nogueira da Gama¹⁶⁸, Maria Berenice Dias¹⁶⁹ e Flávio Tartuce¹⁷⁰. Esses autores, em suas respectivas obras, reconhecem a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002, uma vez que tal dispositivo é um exemplo de retrocesso dos direitos sucessórios conferidos ao(à) companheiro(a), havendo um grave desrespeito ao princípio basilar da Constituição Federal de 1988, qual seja o princípio da igualdade, da dignidade da pessoa humana, como também o da vedação ao retrocesso.

Nesse viés, tem-se que o art. 1.790, I¹⁷¹, do CC/2002, revela que, quando houver concorrência com filhos comuns do partícipe falecido, caberá a cada um o direito à mesma parte da herança, ou seja, tanto o(a) companheiro(a) quanto os filhos comuns farão jus a mesma fração na divisão dos bens.

No mesmo inciso, verifica-se ainda, a inexatidão do legislador ao mencionar apenas os “filhos comuns”, excluindo, portanto, os demais descendentes. O que ocorreu de maneira diversa no inciso II do mencionado dispositivo ao dispor corretamente sobre “concorrer com descendentes”. Diante dessa percepção, Carlos Roberto Gonçalves ressaltou tal equívoco em sua obra, mencionando, em seu entendimento, a aplicação da interpretação extensiva:

Observa-se ter havido equívoco do legislador no emprego da palavra “filho”, quando a finalidade precípua da norma é regular a concorrência do companheiro com os “descendentes”. Tanto assim que no inciso II foi corretamente empregada esta última palavra. Desse modo, mediante uma interpretação extensiva e sistemática, torna-se possível compatibilizar a norma do inciso I do art. 1.790 com o inciso II do mesmo dispositivo, que se refere corretamente a “descendentes”.¹⁷²

¹⁶⁵ CAHALI; HIRONAKA, 2012, p. 201.

¹⁶⁶ VELOSO, 2003, p. 311.

¹⁶⁷ NEVARES, 2015b, p. 108.

¹⁶⁸ GAMA, 2007, p. 4.

¹⁶⁹ DIAS, 2013a, p. 33.

¹⁷⁰ TARTUCE, 2017, p. 219.

¹⁷¹ “Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho; [...]” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 22 abr. 2021).

¹⁷² GONÇALVES, 2017, p. 196.

Com base nessa falha, há divergência quanto à aplicação desse artigo por parte dos doutrinadores, em que uns entendem pela aplicação extensiva da expressão *filhos* para ser considerada como *descendentes*, enquanto outros entendem que, quando se tratar de concorrência com descendentes, deverá ser aplicado o inciso III do referido dispositivo.¹⁷³

Diante desse intenso debate, foi discutido na III Jornada de Direito Civil, sendo reconhecido e publicado, o Enunciado 266, que aplicou a interpretação extensiva da expressão *filhos* como *descendentes*, abrangendo a todos, consoante se vê: “Aplica-se o inc. I, do art. 1.790, também na hipótese de concorrência do companheiro sobrevivente com outros descendentes comuns, e não apenas na concorrência com filhos comuns”¹⁷⁴. Confirmando o entendimento esposado, Ana Luiza Maia Nevares aduz que:

Realmente, a aplicação do inciso III à hipótese mencionada feriria a sistemática da lei, uma vez que não há razão para que os netos recebam quotas diferenciadas em relação aos filhos quando ambos sucedem por direito próprio. Nessa hipótese, os descendentes devem suceder da mesma forma, quer sejam filhos, netos, bisnetos etc.¹⁷⁵

Observa-se, portanto, que na hipótese de o partícipe sobrevivente concorrer com os filhos comuns, ou qualquer descendente comum, o espólio será dividido em partes iguais seja para o companheiro sobrevivente, seja para os filhos em comuns ou descendentes em comuns.

No tocante ao inciso II, do mesmo artigo, há a previsão de concorrência do(a) companheiro(a) sobrevivente com os descendentes apenas do autor, o qual haverá divisão em frações diferentes, em que o(a) companheiro(a) herdará somente à metade do que couber aos descendentes exclusivos do *de cujus*.

Assim, quando o(a) companheiro(a) concorrer com descendentes em comum será mais favorecido do que quando concorrer apenas com descendentes exclusivos do(a) companheiro(a) falecido, havendo notável privilégio na concorrência com descendentes comum.¹⁷⁶

¹⁷³ NEVARES, 2015b, p. 117.

¹⁷⁴ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado 266**. Aplica-se o inc. I, do art. 1.790 também na hipótese de concorrência do companheiro sobrevivente com outros descendentes comuns, e não apenas na concorrência com filhos comuns. Brasília, DF: CJF, 2004. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/523>. Acesso em: 16 maio 2021.

¹⁷⁵ NEVARES, *op. cit.*, p. 117.

¹⁷⁶ FERRIANI, Luciana de Paula Assis. **Sucessão do companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 80.

Outro aspecto relevante a ser mencionado é na hipótese de filiação híbrida, ou seja, é na situação quando ocorre a concorrência do partícipe sobrevivente ao mesmo tempo com os descendentes comuns e exclusivos do falecido, hipótese esta omissa por parte do legislador.

Com o objetivo primordial de fechar essa lacuna normativa existente no ordenamento jurídico, os doutrinadores começaram a considerar a utilização dos incisos do art. 1.790 do CC/2002, como modo de preencher o vazio deixado pelo legífero.

A exemplo disso, Marcella Kfoury Meirelles Cabral e Daniela Antonelli Lacerda Bufacchi deixam explícito o entendimento de que, em caso de filiação híbrida, a regra a ser utilizada é a do art. 1.790, inciso I, do CC/2002:

[...] concorrendo o sobrevivente com filhos comuns e com outros exclusivos do autor da herança, o critério de divisão deverá ser aquele do inciso I. Esta situação híbrida não cabe na abrangência do inciso II, pois expressamente se refere à disputa com descendentes só do autor da herança; mas se contém na amplitude do inciso I, em razão de esta regra não restringir a concorrência só com filhos comuns. Existindo a situação híbrida, pois, enquadra-se a vocação na concorrência com filhos comuns, mesmo que nem todos os sucessores tenham essa origem.¹⁷⁷

Seguindo esse raciocínio, dispôs o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT) neste mesmo sentido, ao julgar a Apelação Cível (AC) n. 31884120058 070006, da 6ª Câmara Cível, de relatoria da desembargadora Ana Maria Duarte Amarante Brito, julgada em 29/04/2009.¹⁷⁸ Tal apelação cível concerne ao recurso manejado pela parte insatisfeita frente à prestação jurisdicional estabelecida de primeiro grau.

Sob essa perspectiva, a doutrina majoritária admite ser o caso de viável aplicação do art. 1790, inciso I, do Código Civil de 2002, de modo que os descendentes venham a ser tratados como sendo indivíduos comuns, resultando assim em uma igualdade de divisão entre o companheiro sobrevivente e os descendentes.

¹⁷⁷ CABRAL; BUFACCHI, 2013, p. 37.

¹⁷⁸ “CÓDIGO CIVIL. INVENTÁRIO. UNIÃO ESTÁVEL. COMPANHEIRA SOBREVIVENTE. MEAÇÃO E SUCESSÃO. No caso de união estável, o Código Civil de 2002 disciplinou a sucessão do companheiro de maneira diversa da do cônjuge. Diante do art. 1790, do CC é correto afirmar que a intenção do legislador é no sentido de que o companheiro sobrevivente manterá a sua meação e, adicionalmente, participe da sucessão do outro companheiro falecido. Referido dispositivo legal ao dispor sobre a forma de concorrência entre a companheira e herdeiros, restou omissa quanto aos casos de filiação híbrida, ou seja, quando há herdeiros em comum dos companheiros e herdeiros somente do autor da herança, o que não implica na sua inconstitucionalidade, cabendo ao aplicador do direito solucionar a controvérsia por outros meios. A melhor solução é dividir de forma igualitária os quinhões hereditários entre o companheiro sobrevivente e todos os filhos. Recurso de apelação e agravo retido providos em parte.” (TJDFT, AC 31884120058070006, Rel. Des. Ana Maria Duarte Amarante Brito, Sexta Turma, j. 29/04/2009, DJe 12/05/2009, p. 140).

Diferentemente do pensamento exposto quando da Apelação Cível da 6ª Câmara Cível do TJDF, de acordo com Guilherme Calmon Nogueira da Gama, é plenamente possível interpretar o dispositivo e resolver o problema, diante da inserção do advérbio “só” no art. 1.790, II, do CC/2002. O referido autor exemplifica satisfatoriamente expondo que:

[...] o companheiro tem direito a quota equivalente à que por lei for atribuída a cada filho do falecido, ainda que alguns deles fossem apenas do ex-companheiro. A única hipótese de diminuição à metade da quota de filho do falecido seria no caso de o falecido somente ter deixado filhos próprios dele, e não ter gerado prole em comum com o companheiro sobrevivente.¹⁷⁹

Do mesmo modo partilha da ideia Maria Helena Diniz, ao afirmar que, no caso de concorrência em filiação híbrida, caberia a utilização do art. 1.790, II, do CC/2002. Nesse viés, esclarece a autora:

Concluimos que, se o companheiro concorrer com descendentes exclusivos e comuns, ante a omissão da lei, aplicando-se o art. 4º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, que privilegia o princípio da igualdade jurídica (CF, art. 227, § 6º; CC, arts. 1.596 a 1.629), só importará, na sucessão, o vínculo de filiação com o *auctorsuccessionis* e não o existente com o companheiro sobrevivente, que, por isso, terá, nessa hipótese, direito à metade do que couber a cada um dos descendentes (LINDB, art. 5º c/c CC, art. 1.790, II) do *de cuius*.¹⁸⁰

Diante da controvérsia demonstrada, vale ressaltar que o entendimento tido como correto é a utilização do art. 1.790, inciso II, do CC/2002, tendo em vista que busca equiparar o tratamento sucessório concedido aos descendentes do companheiro falecido e, concedendo ao mesmo tempo uma proteção à união estável. Segue a mesma corrente Ana Luiza Maia Nevares:

Com efeito, só é possível atribuir o quinhão dobrado aos descendentes quando estes o são somente do autor da herança e, não sendo possível distinguir descendentes na sucessão hereditária (CF/88, art. 227, § 6º), necessariamente será preciso dividir igualmente a herança. Além disso, se opção fosse atribuir ao companheiro metade do que coubesse a cada um dos descendentes, na esteira do que determina o inciso II do art. 1.790 do Código, estar-se-ia violando a proteção constitucional conferida à união estável (CF/88, art. 226, § 3º).¹⁸¹

A presente discussão foi levada ao STJ que alegou a arguição de inconstitucionalidade do art. 1.790, *caput*, do CC/2002, consoante dispõe o REsp 1.291.636, julgado em 11/06/2013 pela Quarta Turma, sob a relatoria do ministro Luis Felipe Salomão, o qual votou no sentido

¹⁷⁹ GAMA, 2007, p. 29.

¹⁸⁰ DINIZ, 2015, p. 149.

¹⁸¹ NEVARES, 2015b, p. 118.

de declarar a inconstitucionalidade do presente artigo.¹⁸² Desse modo, verifica-se a enorme controvérsia existente no campo sucessório, ao abordar os direitos dos(as) companheiros(as) do(a) falecido(a), não havendo qualquer regra a ser seguindo, estando as pessoas nesse tipo de conflito sem qualquer segurança jurídica, à mercê da interpretação do julgador a partir de cada caso concreto.

Não havendo descendentes do partícipe falecido, o companheiro sobrevivente concorrerá com os ascendentes e colaterais do mesmo até o quarto grau, fazendo jus apenas a um terço da herança, cabendo, portanto, os outros dois terços, ou seja, muito além do concedido ao(à) companheiro(a), será dos outros parentes, como, irmãos, primos, sobrinhos, sobrinhos-netos e tios-avós, que muitas vezes nem são próximos do *de cujus*.

A irregularidade originada por esse dispositivo está no fato de que um colateral distante, por exemplo, um primo, que nada contribuiu na aquisição onerosa dos bens, irá receber acima do valor concedido ao(à) companheiro(a), o qual passou por momentos ruins e bons, enfrentando diversas dificuldades, fazendo de tudo para a obtenção dos aquestos. O que se vê é uma causa de enriquecimento ilícito por parte do colateral que em nada colaborou para a aquisição dos bens ter direito a dois terços e o(a) companheiro(a) recebendo apenas um terço, em que se tem presunção de esforço comum.

Luciana de Paula Assis Ferriani menciona ser injusta a proporção dessa divisão, levando em consideração que parentes distantes se beneficiam com proporção muito maior

¹⁸² “RECURSO ESPECIAL. UNIÃO ESTÁVEL. REGIME SUCESSÓRIO. ART. 1.790, *CAPUT*, DO CÓDIGO CIVIL. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. Preenchidos os requisitos legais e regimentais, cabível o incidente de inconstitucionalidade do art. 1.790, *caput*, do Código Civil, diante do intenso debate doutrinário e jurisprudencial acerca da matéria. [...]. Diferentemente das outras situações em que, a olhos nus, o direito do companheiro foi tratado pela lei de forma subalterna em benefício de parentes de grau distante do falecido, ou nos casos em que o *discrímen* entre casamento e união estável, no regime sucessório, acabou acarretando um tratamento desigual entre os filhos, nos presentes autos, o MPDFT insurge-se contra a exegese literal do *caput* do art. 1.790 do Código Civil por motivo exatamente oposto. Entende o *Parquet* que o dispositivo confere mais direitos ao companheiro sobrevivente do que teria o cônjuge, em situação idêntica. Cuida-se, aqui, de inventário de um único bem no qual concorrem companheira e filhos (comuns e exclusivos do falecido), tendo sido o imóvel adquirido onerosamente pelo casal na constância da união estável, ou seja, não bem exclusivo do *de cujus* incomunicável à companheira. [...]. O *caput* do art. 1.790, por sua vez, segundo a exegese estabelecida pelo Tribunal *a quo* e contestada pelo Ministério Público, confere direitos hereditários à companheira exatamente na fração do patrimônio que não seria aquinhoadada pelo cônjuge, ou seja, nos bens comuns, circunstância que faz o companheiro ser herdeiro mesmo nas hipóteses em que não o seria o cônjuge, ou seja, quando não existirem bens particulares deixados pelo falecido. Em razão disso, o *Parquet* pleiteia expressamente que não seja declarada a inconstitucionalidade do art. 1.790, do Código Civil, mas que se lhe atribua interpretação sistemática com o art. 1.829, inciso I, de modo a excluir os direitos hereditários da companheira em relação à meação pertencente ao falecido nos bens que integraram a comunhão, como na hipótese de casamento, interpretação essa que seria a única constitucionalmente correta.” (STJ, AI no REsp 1.291.636, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 11/06/2013, DJe 21/11/2013, p. 1).

sem nada ter concorrido em detrimento do(a) companheiro(a) que conjuntamente contribuiu para a formação do patrimônio:

Entendemos que, nesse caso, tanto a possibilidade da concorrência como a proporção da divisão sejam bastante injustas, uma vez que os colaterais, que em geral são bastante distantes e em nada contribuem com a formação do patrimônio do *de cujus*, recebem dois terços da herança. [...]. Não nos parece justo que parentes distantes, como um primo ou um tio-avô, concorram na herança com um companheiro de toda uma vida e, além disso, recebam uma parcela muito maior, no caso, de dois terços.¹⁸³

Marcella Kfoury Meirelles Cabral e Daniela Antonelli Lacerda Bufacchi também seguem a mesma linha de pensamento, ao explicitarem o descontentamento em consequência da discriminação imposta ao companheiro. As autoras entendem que a divisão estabelecida pelo legislador demonstrava ser injusta, levando em consideração “[...] a concorrência entre o companheiro e os demais parentes sucessíveis do falecido – ascendentes e colaterais até o 4º grau, assegurando a estes 2/3 da herança (bens onerosamente adquiridos na vigência da união estável) – e ao companheiro, apenas 1/3”¹⁸⁴.

São evidentes os equívocos por parte do legislador ao dispor no art. 1.790, inciso III, do CC/2002, acerca do direito sucessório do companheiro sobrevivente. Nesse sentido, Ana Luiza Maia Nevares dispõe que:

Sem dúvida, trata-se de uma extrema injustiça, uma vez que o companheiro sobrevivente – aquele que compartilhava a vida com o falecido – receberá apenas um terço da herança compreendida pelos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, cabendo os dois terços restantes aos colaterais, a quem caberão, ainda, os demais bens do autor da herança não enquadrados naqueles adquiridos a título oneroso na constância do relacionamento.¹⁸⁵

Torna-se clara a injustiça trazida pelo legislador ao se referir sobre a concorrência do(a) companheiro(a) em detrimento dos colaterais e descendentes, uma vez que, principalmente os colaterais, em nada contribuíram para a existência do montante adquirido pelos conviventes da união estável, na qual muitas vezes até distantes do(a) falecido(a) são, só aparecendo para receber sua quota parte de dois terços, razão superior ao(à) do(a) partícipe sobrevivente que contribuiu em tudo no patrimônio e somente receberá um terço. Ressalta-se, ainda, que o colateral, por exemplo, além de receber sua parte de dois terços dos bens adquiridos onerosamente na união estável, receberá a parte restante dos bens adquirido fora da união estável, o que se mostra um tratamento extremamente discriminatório.

¹⁸³ FERRIANI, 2010, p. 86.

¹⁸⁴ CABRAL; BUFACCHI, 2013, p. 42.

¹⁸⁵ NEVARES, 2015b, p. 120.

Nesse mesmo caso, ao tratar da concorrência em razão do cônjuge, havendo apenas colaterais, caberá ao cônjuge a totalidade da herança, conforme art. 1.829, inciso III¹⁸⁶, do CC/2002. Mais uma vez o diploma civil gera tratamento inferior ao(à) partícipe.

Assim, tratando da sucessão do(a) companheiro(a), o mesmo concorre com os colaterais do falecido na proporção de um terço, e, no caso da sucessão do(a) cônjuge, o(a) cônjuge sobrevivente apenas concorre com os descendentes e ascendentes, em que, não havendo estes, o mesmo herdará tudo, de maneira que o parente colateral somente receberá na falta do cônjuge e dos herdeiros mencionados.

Não houve, nesse caso, respeito à Constituição Federal, que reconheceu, em seu art. 226, § 3º¹⁸⁷, a equiparação da união estável ao casamento, o qual lhe confere proteção integral como instituto familiar. Deveria assim ser reconhecido o direito sucessório do(a) companheiro(a) do mesmo modo tratado pelo cônjuge. Coadunando com esse pensamento, a desembargadora Inês da Trindade Chaves de Melo proferiu voto, remetendo-se especialmente a essa situação que evidencia a disposição entre o casamento e a união estável.¹⁸⁸

No que diz respeito a essa questão, decisões mais recentes demonstram que o entendimento dos tribunais está cada vez mais direcionado a declarar a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002, trazendo, assim, a equiparação entre conviventes e cônjuges. O TJRJ entendeu pela inconstitucionalidade do art. 1.790, III, do CC/2002, ao equiparar o(a) companheiro(a) ao cônjuge, rejeitando o direito sucessório do irmão, sendo, portanto,

¹⁸⁶ “Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: [...]. III - ao cônjuge sobrevivente; [...].” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 22 abr. 2021).

¹⁸⁷ “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...]. § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.” (BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 abr. 2021).

¹⁸⁸ “Importante salientar que a Constituição da República reconheceu o *status* de família à união estável, no art. 226, § 3º, o que lhe confere proteção integral como família, com a seguinte redação, *in verbis*: Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...]. § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. Com efeito, os companheiros em união estável possuem situação idêntica à que têm os cônjuges no casamento, porque formam mais um tipo de família. Assim, não se pode conferir tratamento diferenciado a essas duas situações. Em razão disso, os companheiros devem receber o mesmo tratamento sucessório que é dado aos cônjuges, seja para beneficiar-lhes ou não, sob pena de violação do princípio constitucional da isonomia e da dignidade da pessoa humana. Atento a essa antinomia o Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 1.790, III, do Código Civil, por entender que tal diferença atenta contra a isonomia e a dignidade da pessoa humana.” (TJRJ, AI 0053635-37.2013.8.19.0000, Rel. Des. Inês da Trindade Chaves de Melo, Sexta Câmara Cível, j. 30/04/2014, DJe 07/05/2014, p. 1).

contrário ao art. 1.790, III, determinando a improcedência do AI 0053635-37.2013.8.19.0000, julgado em 30/04/2014.¹⁸⁹

A questão chegou ao STJ arguindo a inconstitucionalidade do art. 1.790, incisos III e IV, do CC/2002, sendo prejudicado em seu final por questão processual. No julgamento, o ministro Luis Felipe Salomão julgou a inconstitucionalidade do dispositivo.¹⁹⁰

O Supremo Tribunal Federal (STF), ao apreciar o Tema 809 da Repercussão Geral, por maioria de votos e nos termos admitidos no voto do ministro relator Luis Roberto Barroso, estabeleceu o provimento requerido quanto ao recurso extraordinário RE 878.694/MG¹⁹¹, proferido no dia 10 de maio de 2017, para que seja reconhecida, de modo incidental, a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002, declarando o direito da parte recorrente de participar legalmente da herança de seu companheiro em consonância com o regime jurídico posto no art. 1.829 do CC/2002. O STJ, por sua vez, estabeleceu a modulação dos efeitos do Tema 809 envolvendo a partilha de bens em inventário. A referida modulação tem interpretação restritiva.¹⁹²

¹⁸⁹ “Agravado de instrumento – Inventário – Sucessão – Concorrência entre companheira sobrevivente e colateral – Recurso interposto pelo irmão do falecido pretendendo ser habilitado na herança em concorrência com a companheira – Reconhecimento pelo órgão especial na Arguição de Inconstitucionalidade n. 0019097-98.2011.8.19.0000 da inconstitucionalidade da norma do artigo 1.790, III, do Código Civil, ante a violação da isonomia e da dignidade da pessoa humana, devendo prevalecer as regras sucessórias constantes do artigo 1.829 e seguintes do Código Civil – incidência do artigo 226, § 3º, da CF/88, para equiparar o cônjuge e o companheiro, pois tanto a relação oriunda de casamento, como a oriunda de união estável constitui família para constituição da república dessa forma, se na sucessão entre companheiros não há descendentes ou ascendentes do falecido, será a companheira sobrevivente herdeira universal dos bens deixados pelo *de cujus*. Recurso desprovido.” (TJRJ, AI 0053635-37.2013.8.19.0000, Rel. Des. Inês da Trindade Chaves de Melo, Sexta Câmara Cível, j. 30/04/2014, DJe 07/05/2014, p. 1).

¹⁹⁰ “INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 1.790, INCISOS III E IV DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. UNIÃO ESTÁVEL. SUCESSÃO DO COMPANHEIRO. CONCORRÊNCIA COM PARENTES SUCESSÍVEIS. Preenchidos os requisitos legais e regimentais, cabível o incidente de inconstitucionalidade dos incisos, III e IV, do art. 1.790, Código Civil, diante do intenso debate doutrinário e jurisprudencial acerca da matéria tratada. [...]. No caso, mostra-se indispensável à solução da controvérsia instalada nos autos a apreciação, pela Corte Especial, da constitucionalidade do inciso III – e, por consequência, do inciso IV – do art. 1.790 do Código Civil de 2002. 6. Diante do exposto, com fundamento no art. 97 da Constituição Federal, combinado com os arts. 480 do Código de Processo Civil e art. 200 do RISTJ, suscito incidente de inconstitucionalidade dos incisos III e IV do art. 1.790 do Código Civil.” (STJ, AI no REsp 1.135.354, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 24/05/2011, DJe 02/06/2011, p. 1).

¹⁹¹ Nesse contexto, o ministro relator dispôs em sua tese que: “É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no artigo 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do artigo 1.829 do CC/2002” (STF, RE 878.694, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribuna Pleno, j. 10/05/2017, DJe 06/02/2018, p. 2).

¹⁹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Inconstitucionalidade da distinção de regimes sucessórios alcança decisão anterior que prejudicou companheira. **Notícias do STJ**, Brasília, DF, 17 ago. 2021e. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalt/Paginas/Comunicacao/Noticias/17082021-Inconstitucionalidade-da-distincao-de-regimes-sucessorios-alcanca-decisao-anterior-que-prejudicou-companheira.aspx>. Acesso em: 22 mar. 2022.

Sob essa perspectiva, destaca-se que a sentença baseada em uma determinada lei inconstitucional é considerada inexigível. Nesse sentido, considerando o caso em apreço envolvendo, foi verificada a ausência do trânsito em julgado concernente à sentença de partilha. O que se pôde constatar foi apenas a prolação de decisões relacionadas à concorrência hereditária de um determinado bem.

A ministra relatora do STJ, Nancy Andrichi, considerou a licitude na questão de o juízo do inventário poder rever a decisão proferida, a qual havia excluído da sucessão hereditária a companheira do falecido, tendo por base o artigo 1.790 do CC/2002. Desse modo, admitiu-se a inclusão da companheira na sucessão, antes mesmo da prolação da sentença de partilha. Tal concepção fundamenta-se na admissão de inconstitucionalidade do dispositivo jurídico legal, concebido pelo STF. A relatora ressaltou também que, após a reforma processual promovida pela Lei n. 11.232/2005, passou-se a considerar que a declaração superveniente de inconstitucionalidade de uma determinada lei pelo STF torna a sentença baseada nela inexigível, sendo esta matéria passível de arguição no ato de impugnação ao cumprimento de sentença.

Admite-se, portanto, o fato de que o juízo fica impossibilitado de aplicar a lei, então considerada inconstitucional, no período que antecede a sentença de partilha, sendo este o marco temporal estabelecido pelo STF¹⁹³ com o fito de modular os efeitos da tese firmada no julgamento do Tema 809.

¹⁹³ “DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. EFEITO *EX TUNC* COMO REGRA. MODULAÇÃO TEMPORAL DE EFEITOS E EFICÁCIA *EX NUNC* COMO EXCEÇÃO. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DA MODULAÇÃO DE EFEITOS. NECESSIDADE. TEMA 809/STF. [...] 4- Considerando que a lei incompatível com o texto constitucional padece do vício de nulidade, a declaração de sua inconstitucionalidade, de regra, produz efeito *ex tunc*, ressalvadas as hipóteses em que, no julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, houver a modulação temporal dos efeitos, que é excepcional. 5- Da excepcionalidade da modulação decorre a necessidade de que o intérprete seja restritivo, a fim de evitar inadequado acréscimo de conteúdo sobre aquilo que o intérprete autêntico pretendeu proteger e salvaguardar. 6- Ao declarar a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002 (tema 809), o Supremo Tribunal Federal modulou temporalmente a aplicação da tese para apenas “os processos judiciais em que ainda não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha”, de modo a tutelar a confiança e a conferir previsibilidade às relações finalizadas sob as regras antigas (ou seja, às ações de inventário concluídas nas quais foi aplicado o art. 1.790 do CC/2002). 7- Aplica-se a tese fixada no tema 809/STF às ações de inventário em que ainda não foi proferida a sentença de partilha, ainda que tenha havido, no curso do processo, a prolação de decisão que, aplicando o art. 1.790 do CC/2002, excluiu herdeiro da sucessão e que a ela deverá retornar após a declaração de inconstitucionalidade e a consequente aplicação do art. 1.829 do CC/2002. 8- Não são equiparáveis, para os fins da aplicação do tema 809/STF, as sentenças de partilha transitadas em julgado e as decisões que, incidentalmente, versam sobre bens pertencentes ao espólio, uma vez que a inconstitucionalidade de lei, enquanto questão de ordem pública, é matéria suscetível de arguição em impugnação ao cumprimento de sentença e que, com muito mais razão, pode ser examinada na fase de conhecimento. 9- Recurso especial conhecido e desprovido.” (STJ, REsp 1.904.374, Rel. Min. Nancy Andrichi, Terceira Turma, j. 13/04/2021, DJe 15/04/2021, p. 1-2).

Diante dessa situação, é forçoso reconhecer a enorme tentativa dos julgadores em realizar um tratamento paritário entre os direitos concedidos ao(à) companheiro(a) em detrimento do cônjuge, uma vez que este tinha mais vantagens do que aquele.

É notório o esforço feito para regular de vez essa injustiça trazida pelo Código Civil que fere veementemente princípios norteadores da sociedade brasileira e basilares da Constituição Federal, causando retrocesso para a população e ferindo a igualdade e a dignidade da pessoa humana concedida ao instituto da união estável.

Outro aspecto relevante a se mencionar é quanto à sucessão do(a) companheiro(a) como herdeiro único ou em concorrência com o poder público. A questão encontra controvérsia, posto que, dependendo da interpretação, haverá um tratamento diferenciado do(a) convivente em relação ao(à) cônjuge. Portanto, ao inserir que não havendo parentes sucessíveis, o(a) companheiro(a) terá direito à totalidade da herança, não se sabe ao certo qual seria essa “totalidade” tratada nesse dispositivo.

Se essa totalidade for a definida no *caput* do mesmo artigo, obtém-se que o(a) companheiro(a) só teria direito à totalidade dos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, e não dos bens particulares do *de cujus*, ficando esse último considerado como herança vacante, em que serão arrecadados, após o prazo de cinco anos da abertura da sucessão, e passarão a ser domínio do Governo. Assim, passando esses bens para o Estado e deixando o(a) companheiro(a), que na maioria das vezes se entregou totalmente à relação familiar, ajudando o(a) ex-companheiro(a) em todas as dificuldades, não podendo receber nada. Em se tratando do cônjuge nessa situação, este herdaria bens tanto comuns como os particulares.

Vale ressaltar a existência do art. 1.844¹⁹⁴ do Código Civil, que trata especificamente da vacância, sendo esta, considerada norma específica, devendo prevalecer sobre a norma geral (art. 1.790, IV, do CC/2002). Seguindo essa vertente, Maria Helena Diniz admite a importância da vacância da herança, na medida em que:

[...] não havendo parentes sucessíveis ou tendo havido renúncia destes o companheiro receberá a totalidade da herança, no que atina aos adquiridos onerosa

¹⁹⁴ “Não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado a herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 22 abr. 2021).

e gratuitamente antes ou durante a união estável, recebendo, portanto, todos os bens do *de cujus*, que não irão ao Município, Distrito Federal ou à União, por força do disposto no art. 1.844, 1ª parte, do Código Civil, que é uma norma especial (relativa à herança vacante), sobrepondo-se ao art. 1.790, IV (norma geral sobre sucessão do companheiro). Isto seria mais justo, pois seria inadmissível a exclusão do companheiro sobrevivente, que possuía laços de afetividade com o *de cujus*, do direito à totalidade da herança, dando prevalência à entidade pública. Se assim não fosse, instaurar-se-ia no sistema jurídico uma lacuna axiológica.¹⁹⁵

O art. 1.844 do diploma civil trata também da inexistência de sucessores e herdeiros, mencionado, nesse caso, inclusive o(a) companheiro(a), cabendo, na falta destes, a totalidade da herança ao Município, ao Distrito Federal ou à União.

Essa norma, harmonizada com o art. 1.790, inciso IV, do mesmo diploma, confirma a ideia de que na concorrência da herança, não havendo herdeiros, o patrimônio deverá ser deferido na sua integralidade, incluindo não só os bens adquiridos na constância da união estável, como também todos os bens do(a) falecido(a) ao(à) companheiro(a) sobrevivente¹⁹⁶. Nessa linha de raciocínio, conclui Flávio Tartuce:

Concluimos nossas ponderações sobre o tema observando que o Código Civil de 2002 representa um grande retrocesso com relação às leis anteriores que regulavam a matéria da união estável. Ainda que não se atribua ao termo retrocesso qualquer cunho valorativo ou peso moral, certo é que muitos direitos obtidos pelos companheiros após anos de construção doutrinária e jurisprudencial restaram drasticamente reduzidos, o que certamente será causa de frustração para muitos.¹⁹⁷

Imperioso é destacar que há vários autores que pensam de maneira contrária, tais como Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka¹⁹⁸, Luciana de Paula Assis Ferriani¹⁹⁹, entre outros, os quais entendem que a “totalidade de bens” referida no inciso IV trata dos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, seguindo a lógica do *caput*, ficando o restante do patrimônio, na falta de herdeiros, sob a posse do poder público. Nesse sentido, Luciana de Paula Assis Ferriani esclarece que:

Apesar de ser esse nosso entendimento, a situação é absolutamente injusta e deverá ser corrigida por meio de emenda ao Código Civil em vigor, uma vez que não tem sentido a concorrência com o Poder Público, ou preferência deste, como também não tem sentido que os direitos sucessórios alcancem somente os bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável.²⁰⁰

¹⁹⁵ DINIZ, 2015, p. 144-145.

¹⁹⁶ CABRAL; BUFACCHI, 2013, p. 45.

¹⁹⁷ TARTUCE, 2017, p. 244.

¹⁹⁸ CAHALI; HIRONAKA, 2012, p. 21.

¹⁹⁹ FERRIANI, 2010, p. 87.

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 90.

Dessa maneira, observa-se que independentemente da teoria utilizada é necessária uma mudança do dispositivo em comento como maneira de retirar a discriminação existente sob o direito sucessório do(a) companheiro(a) e equipará-lo(la) com o(a) cônjuge obedecendo às normas impostas pela Carta Magna de 1988.

3.2 Do inventário e da partilha e o direito dos herdeiros na sucessão

O inventário extrajudicial foi estabelecido com a finalidade de ajudar a desafogar um pouco o Poder Judiciário. Assim, novas alternativas vêm sendo procuradas com o intuito de atender com maior eficiência as demandas da sociedade, de modo a tornar mais célere e efetivo este processo que tem por muitas vezes uma morosidade excessiva. Sobre este tema, leciona Adriano José Leal:

A prática do inventário e partilha extrajudicial por escritura pública vem, certamente, alargar o campo de competência dos Cartórios Notarias, o que a médio prazo, após os ajustes devidos e a aceitação pública necessária, deixará sua importante parcela de contribuição no árduo e interminável processo de desafogamento da máquina judiciária. A lei é clara, ao deixar ao livre arbítrio das partes interessadas a escolha pelo uso da via judicial ou extrajudicial. Ao ser eleita uma das vias, nada impede que no curso do procedimento as partes venham a desistir desta para a utilização da outra.²⁰¹

Essa modalidade de inventário surgiu com a Lei n. 11.441/2007, que alterou o art. 982²⁰² do CPC/1973, em que estão previstas nas condições de caráter mais específico, viabilizando-se o inventário, bem como a partilha por intermédio da via extrajudicial, a qual se dá de maneira direta por meio de escritura pública junto ao cartório de notas.²⁰³

A Lei n. 11.441/2007 causou um avanço relevante para a sociedade brasileira considerando a busca pela celeridade, eficácia e segurança jurídica, bem como proporcionou o reconhecimento e maior valorização das atividades notariais e registrais no desempenho de casos de interesse privado. Nesse sentido, vislumbra-se que, conforme a redação do art. 610,

²⁰¹ LEAL, Adriano José. **Inventários e partilhas**: doutrina, prática, legislação, jurisprudência. 3. ed. São Paulo: J. H. Mizuno, 2010, p. 99.

²⁰² “Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial; se todos forem capazes e concordes, poderá fazer-se o inventário e a partilha por escritura pública, a qual constituirá título hábil para o registro imobiliário.” (BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2013]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm. Acesso em: 16 maio 2021).

²⁰³ CAHALI, Francisco José; ROSA, Karin Regina Rick. Requisitos e procedimentos para lavratura da escritura pública de inventário e partilha. In: CAHALI, Francisco José *et al.* **Escrituras públicas**: separação, divórcio, inventário e partilha consensuais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 135.

§ 1º²⁰⁴, do CPC/2015, para a realização do inventário e partilha extrajudicial é necessário que inexistam herdeiros incapazes e há a necessidade de que os sucessores sejam concordes. Ademais, os notários são profissionais aptos do direito para praticar esta função, considerando que os serviços por estes exercidos em caráter privado são por delegação do poder público²⁰⁵.

Vale salientar que independente do ano do falecimento do *de cujus*, tendo ocorrido antes ou depois da vigência da Lei n. 11.441/2007, que contribuiu com a vida dos sucessores e desburocratizou o procedimento de inventário, é possível a utilização do procedimento de inventário extrajudicial, por meio de escritura pública, uma vez que, presentes todos os requisitos legais. É necessária a presença de advogado, haja vista que este deverá assinar a escritura juntamente com os inventariados, porém não é preciso apresentação de petição ou procuração, pois o patrono já é outorgado pelos sucessores na escritura de inventário. Por acaso, se um dos herdeiros for um causídico, este poderá atuar também como assistente jurídico na escritura, se houver herdeiros emancipados, o inventário pode ser feito em cartório, pois estes são capazes. Ademais, a escritura de inventário independe de homologação judicial. Ainda se houver inventário judicial em andamento, os sucessores podem, em qualquer momento, desistir do processo e optar pelo inventário extrajudicial.²⁰⁶

Com o falecimento do autor da herança ocorre a abertura da sucessão em que, de pronto, será transmitida aos herdeiros legítimos e testamentários. O procedimento que irá regular essa transmissão de bens é o inventário e a partilha. Segundo Arnaldo Rizzardo, “[...] o inventário representa apenas a formalização da sucessão, a qual, no entanto, se dá com a morte. Não passa o mesmo de exteriorização administrativa da transmissão”²⁰⁷.

²⁰⁴ “Art. 610. Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial. [...]. § 1º Se todos forem capazes e concordes, o inventário e a partilha poderão ser feitos por escritura pública, a qual constituirá documento hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras.” (BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 25 abr. 2021).

²⁰⁵ “Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do poder público. § 1º Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário. § 2º Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro. § 3º O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.” (BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 abr. 2021).

²⁰⁶ LEAL, 2010, p. 45.

²⁰⁷ RIZZARDO, 2015, p. 24.

Desse modo, é por meio do processo de inventário que se definem e enumeram minuciosamente os bens do *de cujus* que compunham seu patrimônio e que será transmitido, bem como é delimitado o quinhão que será destinado aos herdeiros. O inventário será formado, em suma, pelos direitos e obrigações que pertenciam ao falecido para que possam ser distribuídos entre os sucessores.

Os procedimentos de inventário e da partilha encontram seu fundamento no CPC de 2015, que os disciplinam tendo em vista se tratar de procedimentos de jurisdição contenciosa, devendo ser instaurado no último domicílio do autor da herança, consoante estabelece o art. 48 do mesmo diploma legal, além do art. 611, que, por sua vez, determina o momento da abertura do processo de inventário.²⁰⁸

A mesma lei, por meio do art. 610, na tentativa de sanar a morosidade do processo de inventário, trouxe a previsão do inventário extrajudicial feito de modo mais célere nos cartórios, mas, para tanto, todos os herdeiros deverão ser maiores e capazes e estarem todos totalmente de acordo. Esse artigo, conseqüentemente, torna obrigatório o inventário quando houver interesse de incapazes ou quando inexistir acordo sobre a partilha.²⁰⁹

O art. 617 do CPC prevê a nomeação do inventariante, que se responsabilizará pelo inventário e por administrar e cuidar do patrimônio deixado, que passa a ser chamado de espólio, bem como tem essa incumbência até a partilha ser julgada por completo. O parágrafo único do mesmo artigo determina que em até cinco dias o inventariante, designado pelo juiz, deverá prestar o compromisso para desempenhar o cargo com presteza e fidelidade.

Da data em que o inventariante prestou o compromisso, abre-se um prazo de 20 dias para que este apresente as primeiras declarações do inventário, conforme aduz o art. 620²¹⁰ do CPC. Essas primeiras declarações deverão conter informações sobre o *de cujus*, se existe cônjuge sobrevivente, caso sim, qual o regime de bens optado no casamento, se existem herdeiros e suas qualificações, bem como sobre todo o patrimônio que constitui o espólio.

²⁰⁸ DINIZ, 2015, p. 57.

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 61.

²¹⁰ “Dentro de 20 (vinte) dias, contados da data em que prestou o compromisso, o inventariante fará as primeiras declarações, das quais se lavrará termo circunstanciado, assinado pelo juiz, pelo escrivão e pelo inventariante, no qual serão exarados.” (BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 14 jul. 2021).

Depois de feitas as primeiras declarações, o art. 626²¹¹ da mesma lei dispõe que o juiz deverá mandar citar os herdeiros para que estes acompanhem o inventário. Após terem tomado ciência do inventário, caso os herdeiros não concordem com as declarações iniciais apresentadas, devem se manifestar no prazo de dez dias, de modo que sejam retificados os erros e sejam sanadas omissões, inclusive, contestar a nomeação do inventariante. Dessa maneira, se o juiz aceitar a manifestação, as declarações serão corrigidas.

Se não houver impugnação ou esta já restar decidida, o juiz nomeará um perito para proceder à avaliação dos bens do espólio. Os sucessores poderão impugnar o laudo do avaliador em até dez dias. Porém, a avaliação pode ser dispensada caso todos os herdeiros, sendo maiores e capazes, não discordem das informações prestadas pelo inventariante acerca dos bens do *de cujus* ou quando o Fisco repassar os valores dos bens, e estes não forem impugnados.

Depois de finalizadas as avaliações, passam-se às declarações finais do inventário que deverão ser apresentadas pelo inventariante. Nessa fase, englobam-se as emendas, correções ou complementos das primeiras declarações. Em não ocorrendo acréscimos ou decréscimos, o inventariante valida as declarações introdutórias.

Para Carlos Roberto Gonçalves, “[...] terminado o inventário, partilham-se os bens entre os herdeiros e cessionários, separando-se a meação do cônjuge supérstite”²¹². Diferente do que ocorre com o inventário, que tem escopo de descrever e elencar detalhadamente todo o patrimônio deixado pelo falecido e que compõe o acervo hereditário, a partilha irá fixar o quanto caberá a cada sucessor receber, definindo, assim, o quinhão de cada herdeiro.

Conforme Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, a partilha pode ser amigável (art. 1031, *caput*, do CPC), sendo esta a modalidade celebrada entre partes, nos termos do art. 2.015 do Código Civil de 2002, “[...] será homologada de plano pelo juiz, mediante a prova da quitação dos tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas, com observância dos arts. 1.032 a 1.035 desta Lei”²¹³.

²¹¹ “Art. 626. Feitas as primeiras declarações, o juiz mandará citar, para os termos do inventário e partilha, o cônjuge, os herdeiros, os legatários e intimar a Fazenda Pública, o Ministério Público, se houver herdeiro incapaz ou ausente, e o testamenteiro, se houver testamento.” (BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 14 jul. 2021).

²¹² GONÇALVES, 2017, p. 172.

²¹³ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil anotado e legislação extravagante**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 99.

Já a partilha judicial está presente no Código Civil e no CPC, nos arts. 610 a 673, que tratam sobre procedimento inaugurado com a abertura da sucessão *causa mortis* além de indicar a apuração e destinação dos bens do falecido para fins de transmissão aos herdeiros e sucessores, dando início com o pedido de quinhão pelo herdeiro no prazo de dez dias.²¹⁴

Após esse prazo, cabe à pessoa responsável pela partilha organizá-la por meio de um esboço sobre o qual as partes devem se manifestar no prazo de cinco dias. O juiz proferirá sentença sobre a partilha, verificando se o imposto de transmissão dos bens foi devidamente pago. Com sua procedência, os herdeiros, por fim, receberão o “formal de partilha”, documento que indicará os bens a que cada um terá direito.

3.3 O direito das sucessões e a Constituição Federal de 1988

Primeiramente, o direito das sucessões tem amparo constitucional, previsto no Título II da Constituição Federal de 1988, que disciplina sobre os direitos e garantias fundamentais. O texto constitucional, em seu art. 5º, incisos XXX e XXXI²¹⁵, traz consigo diante de seus dispositivos princípios basilares e norteadores da sociedade brasileira, como os princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da vedação ao retrocesso como modo de proteção aos direitos concedidos aos cidadãos entre outros.

Com a chegada da Constituição Federal de 1988, o legislador trouxe em seu art. 1º maior atenção e preocupação aos direitos e garantias fundamentais, para só então pensar na organização da sociedade.

No que diz respeito à parte dedicada à família e à sucessão, a Constituição trouxe um avanço ao reconhecer o instituto da união estável como entidade familiar e buscou dar um tratamento paritário como o concedido ao casamento, não havendo, portanto, tratamento

²¹⁴ CONTE, Victor André. **Introdução ao estudo da responsabilidade civil**. Curitiba: Juruá, 2019, p. 182.

²¹⁵ “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]. XXX - é garantido o direito de herança; XXXI - a sucessão de bens de estrangeiros situados no País será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do *de cujus*.” (BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 abr. 2021).

discriminatório entre as entidades familiares. Nesse sentido, leciona Maria Isabel Paes Gonçalves:

No âmbito da família, partindo do princípio de igualdade, não se pode negar que tanto à família de direito, ou formalmente constituída pelo casamento, como também àquela que se constituiu por simples fato, há que se dar a mesma proteção legal, ademais quando a própria Constituição Federal, ao dispor no § 3º do art. 226 que, para efeito de proteção do Estado é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, não conferiu tratamento desigual, e diga-se até perverso, aos cônjuges e companheiros.²¹⁶

Nesse viés, o Código Civil/2002, ao dispor em seu art. 1.790 sobre o direito sucessório do companheiro, retroagiu a todos os direitos antes concedidos aos companheiros, diminuindo de maneira significativa, ferindo, assim, os mandamentos impostos pela Lei Maior, bem como os princípios norteadores das normas impostas à sociedade.

O Código Civil não foi criado na visão plural das entidades familiares, mas sim o casamento como formação social capaz de gerar uma família reconhecida pela legislação vigente, motivo pelo qual, diante do atual diploma legislativo, há diversos erros na regulamentação do assunto.²¹⁷ Ana Luiza Maia Nevares deixa clara a injustiça trazida pelo Código Civil quando explica que:

Analisando isoladamente o art. 1.790 do Código Civil, constata-se que, neste diploma legal, a sucessão dos companheiros é regulada de forma precária e inadequada, ensejando situações anacrônicas e injustas, em manifesto desrespeito à proteção estabelecida pela Constituição Federal à união estável (CF/88, art. 226, § 3º).²¹⁸

Do mesmo modo, Ana Luiza Maia Nevares faz menção às sábias palavras de Carlos Roberto Gonçalves quando ele afirma que o referido dispositivo não terá vida longa:

[...] o Código Civil regulou o direito sucessório dos companheiros com enorme redução, com dureza imensa, de forma tão encolhida, tímida e estrita, que se apresenta em completo divórcio com as aspirações sociais, as expectativas da comunidade jurídica e com o desenvolvimento do nosso direito sobre a questão. Não tenho dúvida em dizer que o art. 1.790 terá vida muito breve [...].²¹⁹

²¹⁶ GONÇALVES, Maria Isabel Paes. O direito sucessório do(a) companheiro(a) no novo Código Civil. **Série Aperfeiçoamento de Magistrados**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 13, p. 27-43, 2013, p. 27. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumeII/10anos/codigocivil_volII_27.pdf. Acesso em: 10 maio 2021.

²¹⁷ NEVARES, 2015b, p. 137.

²¹⁸ *Ibid.*, p. 154.

²¹⁹ GONÇALVES, 2017, p. 155.

Dessa maneira, sob a perspectiva dos princípios fundamentais de um Estado democrático de direito, tem-se que o disposto no art. 1.790 encontra-se em total discordância com os preceitos trazidos pela Constituição Federal de 1988, assim, devendo ser considerado inaplicável por não seguir os ditames constitucionais, em que só terá eficácia uma norma quando fundamentada numa ordem jurídica justa, igualitária e respeitadora dos direitos fundamentais.

Logo, precisa-se urgentemente alterar o dispositivo em comento como modo justo para a sociedade, uma vez que até o presente momento não houve qualquer alteração para macular o vício existente, ficando as pessoas que vivem no instituto da união estável à mercê dos julgadores em cada caso concreto ocasionando uma injusta insegurança jurídica.

Maria Isabel Paes Gonçalves menciona sobre a crueldade dessa dependência diante das decisões no âmbito sucessório do companheiro pelos julgadores que ainda têm pensamentos divergentes a depender da região:

Os jurisdicionados não podem conviver com a cruel dependência da interpretação deste ou daquele julgador, sujeitando-se a decisões desiguais e tantas vezes injustas. [...] os direitos humanos positivados no sistema jurídico passam a ser direitos fundamentais e patrimônio da sociedade, cabendo ao legislador a importante tarefa de editar normas progressivas e capazes de atender a coletividade.²²⁰

É com base em todo tratamento diferenciado do companheiro e na não aplicação das normas constitucionais que deveria ser considerado tal dispositivo inconstitucional, bem como parar de produzir seus efeitos como modo de salvaguardar os direitos dos partícipes da união estável conferindo aos mesmos, proteção jurídica e estatal.

Um princípio de extrema importância para a sociedade brasileira e para aplicação de qualquer norma no ordenamento jurídico é o da dignidade da pessoa humana, sendo expresso no art. 1º, inciso III, da CF/88. Esse é o princípio mais importante por ser fundamento do Estado democrático de direito, e confere proteção, justiça e igualdade para os indivíduos como modo de segurança à condição de pessoa humana do indivíduo.

Utilizando-se da dignidade da pessoa humana, em que o Estado deve proteger o indivíduo de qualquer situação miserável, preconceituosa ou mesmo qualquer situação que cause desrespeito com o ser humano, por ter se utilizado de maneira discriminatório do(a) companheiro(a), o art. 1.790 do CC/2002, não deveria estar em outra situação,

²²⁰ GONÇALVES, Maria, 2013, p. 27.

senão a de inaplicabilidade desse na sociedade por está ferindo o preceito trazido pela Lei Maior.

Ana Luiza Maia Nevares entende que, ao optar por ser o fundamento da República a dignidade da pessoa humana, o constituinte passou a escolher a pessoa humana como centro do ordenamento jurídico:

O sujeito de direito, portanto, não pode mais ser concebido como uma categoria neutra e abstrata. Ao contrário, a tutela jurídica deve estar voltada para a pessoa, analisadas nas suas variadas e diversas necessidades, interesses, exigências, qualidades individuais, condições econômicas e posições sociais. Dessa maneira, a disciplina das relações jurídicas deve estar atenta às pessoas que as integram e ao modo pelo qual interagem naquelas relações.²²¹

Ingo Wolfgang Sarlet caracteriza o princípio da dignidade da pessoa humana como sendo o que: “[...] exigindo a satisfação – por meio de prestações positivas (e, portanto, de direitos fundamentais sociais) – de uma existência condigna para todos, tem como efeito, na sua perspectiva negativa, a inviabilidade de medidas que fiquem aquém deste patamar”²²².

Nesse ponto, tem-se que é inviável qualquer medida capaz de reduzir o patamar já conquistado, como um modo de proteção e segurança dos direitos conquistados aos membros da sociedade brasileira.

Segue o mesmo raciocínio o comentário de Ana Paula de Barcellos, quando a autora aduz que o princípio da dignidade da pessoa humana, assim como o da vedação ao retrocesso é uma maneira de limitação para o legislador com o escopo de impedir qualquer redução ou regressão dos direitos sociais:

Na esteira da proteção conferida a dignidade da pessoa humana, é de se notar que as Constituições do pós-guerra passaram a tutelar progressivamente os direitos sociais. Tal proteção se justifica pela simples razão de que uma tutela eficiente dos direitos sociais, econômicos e culturais viabiliza o exercício real e consciente das outras categorias de direitos fundamentais, quais sejam, os direitos individuais e políticos, e que todos, conjuntamente, contribuem para realização da dignidade da pessoa humana.²²³

Não há como permanecer o dispositivo em vigor, sabendo que o mesmo encontra-se contrariando o texto constitucional, já que além de ter ocorrido uma redução dos direitos

²²¹ NEVARES, 2015b, p. 158.

²²² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 449.

²²³ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 114.

obtidos anteriormente, também há uma discriminação com uma espécie de família em detrimento de outra.

3.4 Considerações acerca do abandono afetivo no contexto familiar

Quanto ao abandono afetivo, é importante destacar que diversos autores, como Valdemar Pereira da Luz²²⁴, na busca por estabelecer esse conceito, se referem somente à possibilidade de ocorrer tal abandono quando este se dá em relação aos descendentes.

Sob a perspectiva doutrinária, Flávio Tartuce²²⁵ e Maria Berenice Dias²²⁶ são a favor da possibilidade de indenização aplicada por danos morais em função do abandono afetivo, na medida em que demonstram o fato de que a ausência do afeto e cuidado constituem uma série de consequências de ordem psicológica para a pessoa. Sendo assim, o posicionamento adotado mostra-se favorável à reparação civil, o qual foi fundamentado no princípio da dignidade da pessoa humana, considerando o intuito de servir como instrumento de embasamento jurídico, com o fito de desempenhar papel não somente pedagógico, mas também punitivo ao indivíduo causador do dano.

Nesse diapasão, Paulo Luiz Netto Lôbo²²⁷ afirma que o abandono afetivo é caracterizado pelo descumprimento dos deveres jurídicos relacionados à paternidade que constam no texto constitucional, e aduz que não envolve somente o dano moral, mas também consequências jurídicas, com evidência para a reparação civil. Já Nelson Rosendal acredita que é preciso levar em consideração a subjetividade para entender melhor esse tipo de abandono, como, por exemplo, a possibilidade de obrigar um indivíduo a ter afeto pelo outro. Nesse sentido, o autor considera ser mais bem empregado o termo *omissão de cuidado*, o que faz com que a discussão ficasse no âmbito jurídico.²²⁸

Nesse sentido, destaca-se como hipótese da possibilidade de perda de herança em decorrência do abandono afetivo dos filhos em relação aos seus genitores, sendo esta uma prática fundamentalmente nociva ao testador.

²²⁴ LUZ, Valdemar Pereira da. **Manual de direito de família**. Barueri: Manole, 2009, p. 37.

²²⁵ TARTUCE, 2017, p. 26.

²²⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013b, p. 406.

²²⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 53.

²²⁸ ROSENVALD, Nelson. A responsabilidade civil por omissão de cuidado inverso. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (coord.). **A responsabilidade civil no direito de família**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 325.

3.5 O dano moral e o direito de família contemporâneo

O ordenamento jurídico brasileiro passou a admitir uma nova concepção acerca do dano moral, em função da necessidade de reparação que o indivíduo acometido sentia. Assim, nas relações afetivas também se manifestam situações que ensejam o dano moral, como, por exemplo, entre integrantes da mesma família, gerando dano ainda mais gravoso.²²⁹

Por intermédio do direito de família contemporâneo e com a valorização do vínculo afetivo e solidário que passou a se evidenciar entre os membros familiares, houve a necessidade de cobrar a responsabilidade destes no tocante aos atos que motivem dano moral entre eles.²³⁰

3.5.1 Obrigação alimentícia

A obrigatoriedade de prestar alimentos entre os integrantes da família se dá por meio da solidariedade tanto humana quanto econômica. É importante ressaltar que a obrigação alimentícia tinha caráter moral, sendo tratada como dever ético, e que passou a ser regulada pelo direito natural, evoluindo para norma jurídica.²³¹

O dever de prestar alimentos se fundamenta nos princípios da preservação da dignidade humana (art. 1º, III, da CF/1988) e da solidariedade social e familiar (art. 3º da CF/1988). Maria Helena Diniz afirma que tal dever é concebido como obrigação personalíssima, que é devida pelo alimentante em virtude do vínculo (parental, conjugal ou convencional) que este tem como o alimentando.²³²

Carlos Roberto Gonçalves²³³ entende que não há um dever de prestar alimentos entre pais e filhos, mas sim uma obrigação familiar que advém do princípio da solidariedade. Para ilustrar esse entendimento, tem-se a jurisprudência do TJRS, por meio da Apelação Cível 70053390365, sob a relatoria de Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julgada em

²²⁹ CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano moral do direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 18.

²³⁰ CARDIN, *loc. cit.*

²³¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 6, p. 48.

²³² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 5, p. 55.

²³³ GONÇALVES, Carlos, *op. cit.*, p. 33.

27/03/2013, na qual houve a punição dos filhos maiores a prestar alimentos aos seus genitores que são idosos e não possuíam condições de se sustentar.²³⁴

Os alimentos devem ser deferidos na medida da necessidade da pessoa idosa e nas condições da pessoa que tem o dever de prestá-los, visto que, se averiguado que a família do idoso não tem condições de mantê-lo, não se tem como viável a fixação de alimentos.²³⁵

3.5.2 Obrigação imaterial dos filhos para com os pais idosos

Existe, portanto, uma obrigação alimentícia e familiar entre os membros da família, que advém do princípio da solidariedade. Porém, o dever material não é o único a ser considerado. Nesse sentido, Caio Mário da Silva Pereira²³⁶ menciona que há outros aspectos essenciais à alma, como, por exemplo, amor e afeto (no sentido cuidado), que são consideradas obrigações imateriais. Sendo assim, a prestação da assistência entre pais e filhos decorre de uma imposição legal e seu descumprimento configura um ato ilícito a ensejar uma reparação civil.

Nesse sentido, admite-se a influência dos movimentos sociais do século XIX, que teve seu início no século XX, por meio da Constituição Mexicana de 1917 e da Constituição Alemã de 1919 (Constituição de Weimar)²³⁷, como, por exemplo, o constitucionalismo do Estado social, partindo como premissa de um sistema de proteção que atribuiu ao Estado uma função com a participação e intervenção nas relações sociais.

²³⁴ “AÇÃO DE ALIMENTOS. VÍNCULO PARENTAL. NECESSIDADES DOS GENITORES. POSSIBILIDADE. 1. Em razão do compromisso de solidariedade familiar, é recíproca a obrigação entre pais e filhos de prestarem alimentos, uns para os outros, em caso de necessidade, para que possam viver de modo compatível com sua própria condição social, consoante dispõem os art. 1.694 e 1.696 do CCB. 2. Embora exista o dever de solidariedade dos filhos maiores em relação aos pais idosos, os filhos não podem sofrer desfalque que os impeçam de manter o próprio sustento e viverem com dignidade, motivo pelo qual a fixação dos alimentos foi corretamente estabelecida em patamar suficiente para que eles cumpram o seu dever de solidariedade familiar. Recurso desprovido.” (TJRS, AC 70053390365, Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Sétima Câmara Cível, j. 27/03/2013, DJ 27/03/2013, p. 1).

²³⁵ BRAGA, Pérola Melissa Vianna. **Curso de direito do idoso**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 44.

²³⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito de família**. 23. ed. Rio de Janeiro: Gen, 2015, p. 87.

²³⁷ PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais: a preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição Mexicana de 1917. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 43, n. 169, p. 101-126, jan./mar. 2006, p. 101. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/92449>. Acesso em: 20 ago. 2021.

Com referência ao Estatuto do Idoso, é possível constatar que o referido diploma legal procurou regular inúmeros direitos e garantias direcionados à população idosa. Entretanto, a realidade mostra que:

[...] ainda existem muitos idosos vivendo em situação de total abandono enquanto seus filhos e demais parentes vivem em situação muito confortável. Muitos destes idosos tinham situação estável e se despojaram de seus bens em benefício dos filhos esperando por um amparo que nunca chegou.²³⁸

Com a finalidade de conceber maior proteção aos idosos, o Estatuto do Idoso (art. 98) e o Código Penal brasileiro (art. 244) estabeleceram que configura crime o ato de abandonar a pessoa idosa em hospitais, instituições de longa permanência para idosos (ILPIs) ou outras casas de saúde, bem como o fato de não suprir suas necessidades básicas. Esse tipo de abandono é chamado de abandono material, mas que também pode ser considerado igualmente um abandono moral.²³⁹

3.6 Excludentes da sucessão

A exclusão da sucessão compreende uma sanção de natureza civil. Acerca desta, admite-se a possibilidade de indivíduos não merecedores de herança serem punidos com essa exclusão. Moacir César Pena Jr. ensina que:

A sucessão se fundamenta, entre outras razões, na presunção de solidariedade e de estima entre sucessor e sucedido. Não existindo nada disso, não tem cabimento que possíveis sucessores, entre estes, autores de agressão física e/ou moral contra o autor da herança ou até mesmo contra ente querido de sua família, possam se beneficiar do patrimônio deixado por ele. Deve-se sepultar, em definitivo, qualquer possibilidade de esses indivíduos agressores herdarem parte ou totalidade desses bens. Somente o elo do afeto e da solidariedade justifica o direito à herança.²⁴⁰

Sendo assim, o direito sucessório é o direito de transmissão dos bens *causa mortis*. Nesse caso admitem-se hipóteses em que o herdeiro é excluído, não sendo merecedor da herança, já que a sucessão hereditária ocorre presumindo a vontade e afinidade do *de cujus* pelo sucessor.²⁴¹

²³⁸ BRAGA, 2011, p. 18.

²³⁹ VILAS BOAS, Marco Antonio. **Estatuto do idoso comentado**: artigo por artigo. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 48.

²⁴⁰ PENA JR., Moacir César. **Curso completo de direito das sucessões**: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, p. 94.

²⁴¹ ALMEIDA, Felipe Cunha de. Da indignidade à deserção: formas de exclusão da sucessão na visão da doutrina e da jurisprudência. **Revista Síntese**: Direito de Família, São Paulo, ano XV, n. 86, p. 9-32, out./nov. 2014, p. 12.

Essa afeição deve despertar no sucessor um sentimento de gratidão. Já a quebra desse “dever” de gratidão culmina na perda da sucessão, daí aparecem os institutos da indignidade e da deserdação.²⁴²

Essas hipóteses acontecem por vários fatores. Apesar de haver exclusão da sucessão por premoriência, comoriência, renúncia, indignidade e deserdação²⁴³, serão aqui apresentadas somente as duas últimas.

3.6.1 Indignidade

A indignidade é a pena civil aplicada ao herdeiro acusado de atos delituosos contra o autor da herança. Como diz Maria Helena Diniz:

A indignidade vem a ser a pena civil que priva do direito à herança, não só o herdeiro, bem como o legatário que cometeu os atos criminosos, ofensivos ou reprováveis, taxativamente enumerados em lei, contra vida, a honra e a liberdade do *de cujus* ou de seus familiares.²⁴⁴

O art. 1.814²⁴⁵ do Código Civil brasileiro elenca os casos em que o herdeiro poderá ser excluído da sucessão por indignidade. Para que se configure a indignidade é necessário que seja provado o delito cometido, com a condenação do réu, pois não caberá a exclusão da herança se o réu for absolvido, seja por inexistência do fato criminoso, ou seja, se o crime fora cometido por estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de direito²⁴⁶.

O indigno poderá ser reabilitado e assim retornar a herança, desde que seja concedido expressamente o perdão pelo ofendido por meio do testamento. Além do testamento, esse ato pode ser registrado mediante escritura pública ou outro instrumento particular oficial. Uma

²⁴² ALMEIDA, 2014, p. 12.

²⁴³ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito das sucessões**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 7, p. 40.

²⁴⁴ DINIZ, 2015, p. 50.

²⁴⁵ “Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários: I - que houverem sido autores, coautores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente; II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro; III - que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 22 abr. 2021).

²⁴⁶ “Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: I - em estado de necessidade; II - em legítima defesa; III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.” (BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 12 jul. 2021).

vez concedida, essa reabilitação é irretratável, sendo apenas passível de anulação nos casos de vício de consentimento.

3.6.2 *Deserdação*

A deserdação atinge exclusivamente os herdeiros necessários e ocorre por meio do testamento, pois decorre de atos praticados durante a vida do autor da herança em seu desfavor. O art. 229 da CF/1988 é taxativo em dizer os deveres dos pais, bem como os dos filhos maiores²⁴⁷. Sustentado no dispositivo constitucional, o CC/2002, em seu art. 1.962²⁴⁸, favorece a deserdação dos descendentes por seus ascendentes.

Para que a deserdação seja considerada válida é necessário que o testamento seja válido, com a declaração expressa do fato praticado pelo herdeiro necessário, ora deserdado. Este fato deve ser previsto em lei e ainda existir a comprovação do motivo alegado.

Conforme as causas elencadas no art. 1.962 do diploma civil, a ofensa física leve ou grave demonstra falta de respeito, afeto e gratidão pelo ascendente, não sendo justo receber sua herança. Já a injúria grave deve ser exclusivamente contra o testador, e deve atingir seriamente sua honra, respeitabilidade e dignidade. No caso das relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto, nota-se logo que existe uma relação entre madrasta e enteado, entre padrasto e enteada, caracterizando assim uma relação incestuosa e adúltera, legitimando a deserdação. Há também o desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade, que demonstra falta de solidariedade e desapego com um membro da família, autorizando assim a deserdação.

3.6.3 *Diferença entre indignidade e deserdação*

Indignidade e deserdação são institutos distintos, sendo tratados, respectivamente, no Capítulo V, Título I, e no Capítulo X, Título III, ambos do Código Civil brasileiro.

²⁴⁷ “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.” (BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 abr. 2021).

²⁴⁸ “Art. 1.962. Além das causas mencionadas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes: I - ofensa física; II - injúria grave; III - relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto; IV - desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 22 abr. 2021).

Apesar de terem grandes diferenças, esses institutos trazem consigo o mesmo resultado, que é a perda do direito da herança. Sobre indignidade e deserdação, Maria Berenice Dias diz que:

Ambas são formas de penalizar o herdeiro que se conduziu de forma injusta contra o autor da herança de modo a merecer reprimenda, tanto do ponto de vista moral como legal. No entanto são institutos que não se confundem, apesar da quase identidade de motivos e a consequência ser a mesma: a exclusão do herdeiro.²⁴⁹

Da exclusão da sucessão por indignidade, presume-se a vontade do autor da herança. Já na deserdação, essa vontade deve ser expressa. Frisa-se que a deserdação é aplicada somente para a sucessão testamentária e a indignidade é aplicada tanto na sucessão legítima como na testamentária.²⁵⁰

A indignidade pode ser aplicada aos herdeiros necessários ou aos herdeiros facultativos, ou até mesmo a estranhos, caso tenham sido nomeados em testamento. Já a deserdação só atinge os herdeiros necessários. De acordo com Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka,

A deserdação, pois, excepciona aquela regra geral que reserva aos herdeiros necessários – descendentes, ascendentes e cônjuge – pelo menos a metade dos bens deixados pelo falecido, parte esta denominada quota indisponível. No entanto, embora útil, no nosso sentir, a existência dessa possibilidade de alguém afastar da sua sucessão aqueles a quem a lei garantiu, em princípio, toda a proteção, não se imagine que possa se dar de modo arbitrário, conforme o momentâneo estado de espírito, por exemplo, do testador. Não. A exclusão só se dará por razões expressamente contempladas na lei, cujo rol é taxativo, razões essas que deverão estar claramente mencionadas no testamento, que é o habitat obrigatório dessa medida excludente expressa.²⁵¹

É possível dizer que os acontecimentos depois da morte do autor da herança podem ser reconhecidos como provocadores da indignidade, e a deserdação só pode ser estabelecida por causas anteriores à morte do autor da herança.

3.6.4 Ação judicial declaratória de indignidade

Conforme o princípio da inércia da jurisdição e da demanda, tanto na deserdação quanto na indignidade será necessário que a justiça seja provocada com o ajuizamento de uma

²⁴⁹ DIAS, 2013a, p. 294.

²⁵⁰ DIAS, *loc. cit.*

²⁵¹ CAHALI; HIRONAKA, 2012, p. 355-356.

ação, para que se obtenha uma sentença declaratória. Não basta simplesmente que o fato causador da indignidade tenha ocorrido, é preciso que seja declarado pelo juiz.

O prazo para intentar a ação de exclusão do herdeiro ou legatário extingue-se em quatro anos, contados a partir da morte do autor da herança, que é o momento da abertura da sucessão. Maria Berenice Dias acrescenta que:

Ainda que o agir do herdeiro tenha sido indigno e mesmo que o testador o tenha deserdado, a inércia para a propositura da ação simplesmente faz desaparecer as causas de exclusão e o herdeiro é contemplado com o seu quinhão hereditário, como nada tivesse feito de errado.²⁵²

A ação declaratória de indignidade é uma ação civil proposta depois da abertura da sucessão por quem tem interesse na herança, ou seja, herdeiros e legatários que venham a se beneficiar com a exclusão do indigno, situação em que o herdeiro acusado por indignidade pode alegar em sua defesa.²⁵³

Apesar de haver divergências doutrinárias, a Lei n. 13.532, de 7 de dezembro de 2017²⁵⁴, que alterou a redação do art. 1.815 do Código Civil/2002, conferiu legitimidade ao Ministério Público, que é o guardião da ordem pública, para ajuizar a referida ação, com a intuito de evitar que o herdeiro ou legatário indigno seja beneficiado com a herança deixada pelo *de cujus*, inclusive nos casos em que existam herdeiros incapazes, ou nos casos de interesse público, ou seja, da herança jacente.²⁵⁵

3.7 Indignidade sucessória e deserdação fundamentada no art. 1.962, incisos I, II e IV, do Código Civil

A senadora Maria do Carmo Alves apresentou o Projeto de Lei do Senado (PLS) n. 118, de 2010²⁵⁶, com o objetivo de alterar os capítulos V e X, do Livro V, do Título I, do

²⁵² DIAS, 2013a, p. 299.

²⁵³ PEREIRA, 2017, p. 35.

²⁵⁴ BRASIL. Lei nº 13.532, de 7 de dezembro de 2017. Altera a redação do art. 1.815 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para promover ação visando à declaração de indignidade de herdeiro ou legatário. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 154, n. 235, p. 7, 8 dez. 2017. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=08/12/2017&jornal=515&pagina=7>. Acesso em: 16 ago. 2021.

²⁵⁵ DINIZ, 2015, p. 69-70.

²⁵⁶ BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 118, de 2010**. Altera os Capítulos V e X do Livro V do Título I do Código Civil, a fim de dar novo tratamento aos institutos da exclusão da herança, relativamente à indignidade sucessória e à deserdação. Brasília, DF: Senado Federal, 2010a. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=96697. Acesso em: 16 mar. 2022.

Código Civil de 2002, visando a dar novo tratamento aos institutos da exclusão da herança, no que diz respeito à indignidade sucessória e à deserdação.²⁵⁷

O PLS 118/2010 foi aprovado por Comissão em decisão terminativa e remetido em 05/04/2011 à Câmara dos Deputados, sendo considerado um avanço indispensável quanto à indignidade sucessória e à deserdação e que dá ênfase à ordem moral para os incluídos na sucessão. Na casa revisora recebeu novo número, Projeto de Lei (PL) n. 867, de 2011²⁵⁸, e desde 31/01/2019 aguarda a designação de novo relator, pois o anterior deixou de ser membro da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJC).

Há um recurso de apelação impetrado no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG) que trata da exclusão de herdeiros deserdados em testamento, mencionando as causas que levaram o testador a fazer este ato de última vontade.²⁵⁹

O caso é contra a sentença proferida na ação declaratória de inexistência de causa de deserdação que declarou nulo o testamento, afastando a eficácia da cláusula de deserdação, e que vem sustentar a validade das disposições de última vontade do testador, requerendo a reforma da sentença.

²⁵⁷ “Altera os arts. 1.814 a 1.818 e 1.961 a 1.965 da Lei n. 10.406/2002 (Código Civil), para dar novo tratamento aos institutos da exclusão da herança, por indignidade sucessória, e da deserdação. Modifica a denominação do Capítulo V – Dos Excluídos da Sucessão – que passará a ser Dos Impedimentos de Suceder por indignidade e do Capítulo X – Da Deserdação –, que deverá ser chamado Da privação da Legítima. Impede de suceder, por indignidade, aquele que houver abandonado, ou desamparado, econômica ou afetivamente, o autor da sucessão acometido de qualquer tipo de deficiência, alienação mental ou grave enfermidade. Dispensa a declaração por sentença do impedimento por indignidade quando houver anterior pronunciamento judicial, civil ou criminal, que já tenha expressamente reconhecido a prática da conduta indigna. Autoriza a deserdação do herdeiro quando este tenha se omitido no cumprimento das obrigações do direito de família que lhe incumbiam legalmente; tenha sido destituído do poder familiar; não tenha reconhecido voluntariamente a paternidade ou maternidade do filho durante a sua menoridade civil. Reduz o prazo do direito de demandar a privação da legítima de quatro para dois anos, contados da abertura da sucessão ou do testamento cerrado.” (BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 118, de 2010**. Altera os Capítulos V e X do Livro V do Título I do Código Civil, a fim de dar novo tratamento aos institutos da exclusão da herança, relativamente à indignidade sucessória e à deserdação. Brasília, DF: Senado Federal, 2010a. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=96697. Acesso em: 16 mar. 2022).

²⁵⁸ BRASIL. **Projeto de Lei nº 867, de 2011**. Altera o Capítulo V do Título I e o Capítulo X do Título III, ambos do Livro V da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para dar novo tratamento aos institutos da exclusão da herança, relativamente à indignidade sucessória e à deserdação. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2011a. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=855373. Acesso em: 16 mar. 2022.

²⁵⁹ “CIVIL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE CAUSAS DE DESERDAÇÃO – CAUSAS APONTADAS NO TESTAMENTO E COMPROVADAS PELA PROVA TESTEMUNHAL – PEDIDO IMPROCEDENTE – SENTENÇA REFORMADA. EXCLUSÃO DOS HERDEIROS DOS DESERDADOS DO TESTAMENTO – IMPOSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO. 1- Tendo o falecido exarado em testamento a firme disposição de deserdar os filhos, apontando as causas da deserdação, e havendo comprovação desses fatos, deve ser mantida a disposição de última vontade do testador. 2- É incabível a discussão afeta à exclusão dos filhos dos deserdados do testamento, porque ausente legitimação dos autores para tal pleito, nos termos do art. 6º do CPC. V.V.” (TJMG, Processo 107070103317000011, Rel. Edilson Fernandes, j. 05/09/2006, DJ 06/10/2006, p. 1).

Nesse caso fora confirmada a deserdação por ficar comprovado, por meio de oitiva de testemunhas, que o testador sofreu ofensas físicas, desamparo material e moral em sua enfermidade, disputa de bens antes da abertura da sucessão, injúria grave, ofensas físicas e morais, além de ser impedido de vender seus bens para custear as despesas médico-hospitalares durante seu período de enfermidade que findou em sua morte.

Foi dado provimento ao recurso fundamentado no depoimento da viúva do testador, mãe dos filhos deserdados que no voto do desembargador Maurício Barros deu ênfase ao fato do desaparecimento dos filhos. Nesse sentido, destaca-se o fato de que os filhos legítimos nem ao menos compareceram ao funeral de seu genitor, evidenciando o desprezo manifestado ao longo dos anos para com seu pai. Esse fato foi levado em consideração no voto do referido desembargador.²⁶⁰

Esse descaso dos filhos para com o pai, até mesmo em seu sepultamento, demonstra o quanto havia de desunião dentro da família e a insensibilidade dos filhos, já que foi por intermédio do genitor que eles vieram ao mundo.

3.8 Caso de exclusão de herança fundamentado no art. 1.962, inciso IV, combinado com o art. 1.965, ambos do Código Civil

No TJRS, a Apelação Cível n. 70071078927 evidencia que não basta apenas constar em testamento uma cláusula de deserdação de herdeiro, mas é necessário que seja provada a causa alegada pelo testador.²⁶¹

Trata-se de recurso de apelação interposto no TJRS, contra sentença proferida por juiz singular, que julgou procedente o pedido de deserdação de herdeiro necessário, fundamentado na declaração expressa em testamento deixado pela autora da herança, pelos motivos elencados no art. 1.962, inciso IV, do Código Civil brasileiro.

²⁶⁰ “É oportuno salientar, aliás, que dois dos autores sequer compareceram ao enterro do pai, o que revela total descaso e insensibilidade em relação ao genitor, evidenciando o total desamparo moral em relação a este.” (TJMG, Processo 107070103317000011, Rel. Edilson Fernandes, j. 05/09/2006, DJ 06/10/2006, p. 1).

²⁶¹ “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DESERDAÇÃO. Mostra-se possível o testador deserdar herdeiro necessário, pelo desamparo do ascendente por mais de 12 anos, que estava com enfermidade que lhe impossibilitava a locomoção. Ao herdeiro instituído, ou àquele a quem aproveite a deserdação, incumbe provar a veracidade da causa alegada pelo testador. Inteligência do artigo 1.965 do CC. Ausente prova de que o filho tenha realizado injúria grave contra o genitor, nem que houve abandono na ocasião de doença grave a amparar a pretensão de reconhecimento da deserdação. Apelação desprovida.” (TJRS, AC 70071078927, Rel. Jorge Luís Dall’Agnol, Sétima Câmara Cível, j. 09/11/2016, DJ 14/11/2016, p. 1).

A prova oral colhida no processo deixou claro que o filho não visitava a mãe, autora da herança, há mais de 12 anos, e que esta acometida de enfermidade já não caminhava mais e se encontrava em situação deplorável e de pouca higiene. Uma das testemunhas ainda acrescentou que o filho chegou a soltar rojão no velório da mãe. Diante das provas testemunhais, o TJRS optou por manter a sentença proferida que julgou procedente o pedido, atendendo à vontade da falecida em deserdar o filho, entendendo que ficou provada a causa de deserdação alegada pela testadora.

Logo, vê-se que a questão aqui debatida abrange uma grande área do direito civil, comunicando diversos ramos do direito, tais como: o direito das coisas (posse e propriedade) do autor da herança; o direito de família (para avaliar quem será o real beneficiário dos bens deixados pelo *de cujus*); e o direito das sucessões (a ideia desta tese é que o testador possa doar tudo em favor de quem ele entenda conveniente, especialmente seu cuidador nos seus últimos anos de vida).

A herança constitui-se num tema de grande relevância dentro do direito de família e do direito das sucessões. Nesse sentido, destaca-se o fato de que o avanço da tecnologia fez surgir um novo tipo de herança: a herança digital.

3.9 Herança digital e a sucessão legítima

Quanto à análise da herança digital e à sua relação com a sucessão legítima, destacam-se dois aspectos: a sucessão dos bens armazenados no âmbito virtual e a ponderação disposta entre o direito sucessório e o direito à privacidade de terceiros.

Os debates referentes à herança digital e sua importância para a sociedade contemporânea demonstram a necessidade constante de adaptação do direito em relação às práticas cotidianas. O direito busca sempre acompanhar as transformações sociais, que se dão de modo cada vez mais acelerado. Para ilustrar essa concepção, tem-se o surgimento da herança digital.

A herança digital compreende uma nova realidade que desafia o direito sucessório. As novas concepções de patrimônio e herança exigem do ordenamento jurídico pátrio um posicionamento, tendo em vista o fato de que este precisa se adaptar às necessidades demandadas por esse cenário inovador.

A Constituição brasileira, em seu art. 5º, inciso XXX, garante o direito de herança aos brasileiros e estrangeiros residentes no País, havendo a transmissão desta aos herdeiros legítimos e testamentários desde a abertura da sucessão, que ocorre logo após a morte do *de cujus*. Trata-se do princípio, de origem francesa, *droit de saisine*, que foi consagrado no ordenamento brasileiro pelo art. 1.784 do CC/2002, estabelecendo como principal efeito jurídico a transmissão imediata da posse e domínio dos bens do *de cujus* aos seus herdeiros.

A herança é definida como o “[...] patrimônio do falecido, isto é, o conjunto de direitos e deveres que se transmite aos herdeiros legítimos ou testamentários, exceto se forem personalíssimos ou inerentes à pessoa do *de cujus*”²⁶². Nesse sentido, a herança é definida como um somatório que engloba a transmissão tanto dos direitos e das obrigações como dos bens e das dívidas, dos créditos e dos débitos, do *de cujus* aos seus herdeiros, podendo esta transmissão ocorrer em virtude da legislação, no caso da sucessão legítima, ou da disposição de vontade do transmissor, no caso da sucessão testamentária.

Com o advento de novas tecnologias a partir do final do século XX e início do século XXI, principalmente daquelas capazes de gerar contínuas interações digitais entre os indivíduos mediante integração destes por redes sociais, e com o exponencial avanço tecnológico no decorrer dos anos, vêm sendo geradas recorrentes discussões no campo do direito privado, do qual faz parte o direito das sucessões. Isso explica o crescente número de debates jurídicos acerca da temática da transmissão da herança digital, em decorrência da ausência, até o presente momento, de uma legislação específica que a discipline.

O surgimento de um ambiente inteiramente virtual, denominado ciberespaço, possibilitou a eclosão de uma nova forma de gerar, armazenar, processar e transmitir informações entre os indivíduos, possibilitando igualmente a estes a construção de um patrimônio imaterial. O ciberespaço consiste em um meio de comunicação realizado por intermédio de uma rede de computadores digitalmente codificada, possibilitando tanto a transmissão como o armazenamento de informações, bem como assegurando aos indivíduos o armazenamento de um legado inteiramente digital, que irá integrar sua herança após a morte, em um espaço virtual denominado nuvem.²⁶³

²⁶² DINIZ, 2015, p. 79.

²⁶³ SANTOS, Everton Silva; CASTIGLIONI, Tamires Gomes da Silva. Herança digital: a transmissão de bens virtual. **Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias**, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 104-115, jul./dez. 2018, p. 105. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadgnt/article/view/4805/pdf>. Acesso em: 17 ago. 2021.

Dessa maneira, em razão do crescente desenvolvimento das plataformas digitais de comunicação e do armazenamento de informações nestas, bem como a inexistência de qualquer empecilho, seja por parte da legislação pátria ou da doutrina, à inclusão do acervo digital no conceito de herança, os bens digitais necessitam ser inclusos na definição de herança, haja vista integrarem o patrimônio do indivíduo e se sujeitarem à transmissão *post mortem*.

A herança digital pode ser definida como “[...] patrimônio intangível em ambiente virtual consistente em bens digitais com ou sem valor econômico que um indivíduo possui, suscetíveis de transmissão hereditária ou de liberação de acesso a conteúdo”²⁶⁴, abrangendo tal definição não somente o conceito tradicional de herança, a qual é pautada na transmissão de direitos e obrigações e na transferência de bens, mas estendendo sua abrangência ao acesso a informações e conteúdos dispostos digitalmente.

Nessa perspectiva, consistindo a herança digital no patrimônio do *de cujus* armazenado integralmente em meio virtual, com a transferência do direito de propriedade sobre os bens digitais que contenham valor econômico ou exclusivamente sentimental aos herdeiros, importa discorrer acerca do valor patrimonial apresentado por esta. Depreende-se, portanto, que grande parte do patrimônio digital dos indivíduos possui um potencial econômico evidente, o que assegura a abrangência dos bens digitais pela legítima reservada aos herdeiros necessários.

O patrimônio consiste em um conjunto de direitos reais e obrigacionais, que podem ser ativos ou passivos, pertencentes a um determinado indivíduo e que engloba tão somente os direitos pecuniários imediatos, excluindo, assim, os direitos puros da personalidade, uma vez que estes são insuscetíveis de apresentar qualquer valor pecuniário e apreciação financeira.²⁶⁵

Sílvio de Salvo Venosa assevera que “[...] o patrimônio transmissível [...] contém bens materiais ou imateriais, mas sempre coisas avaliáveis economicamente”²⁶⁶, não se confundindo com os direitos meramente personalíssimos, que se extinguem com a morte.

²⁶⁴ FLUMIGNAN, Silvano José Gomes; FLUMIGNAN, Wévertton Gabriel Gomes. Herança digital: barreiras e possíveis soluções. In: DE LUCCA, Newton *et al.* (coord.). **Direito & Internet IV**: sistema de proteção de dados pessoais. São Paulo: Quartir Latin, 2019, p. 291.

²⁶⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 47.

²⁶⁶ *Id.*, 2013, p. 23.

O termo *patrimônio digital* “[...] constitui um complexo de bens e relações jurídicas de conteúdo econômico e sem suscetibilidade de análise econômica, que recebem proteção direta ou indireta do ordenamento brasileiro”²⁶⁷. Assim, depreende-se que a herança digital abrange essa nova definição de patrimônio, o qual pode apresentar ou não valoração econômica, decorrendo tal acontecimento da constitucionalização do direito privado, que concedeu maior relevância à preservação da dignidade humana e dos direitos inerentes à personalidade, ampliando a abrangência de diversos conceitos para além da mensuração econômica.

Ante o exposto, deduz-se que, por apresentarem valor econômico, os bens digitais passíveis de gerar renda integram certamente o patrimônio do *de cujus* a ser partilhado entre os herdeiros. Entretanto, encontra-se em discussão no meio jurídico a hipótese de os bens digitais sem valor econômico integrarem igualmente a partilha patrimonial ou serem resguardados pelo direito à intimidade e à privacidade do *de cujus*.

Ultimamente, a prevalência no entendimento dos tribunais vem sendo em relação à preservação do direito da personalidade *post mortem*, devendo-se conferir plena proteção jurídica aos casos em que não há uma manifestação prévia da vontade mediante testamento, com base no art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal de 1988, como, por exemplo, o pedido formulado pelos pais que desejavam obter acesso aos dados pessoais de sua falecida filha na internet, alegando a necessidade de preservação da intimidade desta.

Os direitos constitucionais à inviolabilidade da intimidade e da privacidade e à herança são direitos fundamentais, tanto em seu aspecto formal, por serem plenamente garantidos pela Constituição Federal, como em seu aspecto material, por serem considerados direitos essenciais, atrelados à dignidade humana. Importa, dessa maneira, analisar a problemática jurídica existente em decorrência da colisão entre estes, bem como a interferência deste conflito de direitos fundamentais na transmissibilidade do patrimônio digital.

Willis Santiago Guerra Filho, ao admitir acerca da relatividade dos princípios constitucionais, além da regra a ser adotada nas circunstâncias do conflito evidenciado entre direitos fundamentais, considera que:

Não há princípio do qual se possa pretender seja acatado de forma absoluta, em toda e qualquer hipótese, pois uma tal obediência unilateral e irrestrita a uma determinada pauta valorativa – digamos, individual – termina por infringir uma outra – por exemplo, coletiva. Daí se dizer que há uma necessidade lógica e, até, axiológica, de

²⁶⁷ FLUMIGNAN; FLUMIGNAN, *op. cit.*, p. 289-290.

se postular um princípio de proporcionalidade, para que se possa respeitar normas, como os princípios – e, logo, também, as normas de direitos fundamentais, que possuem o caráter de princípio –, tendentes a colidir.²⁶⁸

A Constituição Federal de 1988 incluiu os direitos da personalidade no rol dos direitos e garantias fundamentais, haja vista que estes objetivam resguardar a dignidade humana, consagrando-os como invioláveis aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País ao incluí-los no art. 5º, inciso X²⁶⁹.

De fato, a tutela dos direitos ligados à personalidade é inerente ao ser humano, sendo relevante a determinação do início de sua existência e duração com o fim de analisar posteriormente a repercussão destes após a morte de seu titular. O Código Civil, em seu art. 2º, determina que a personalidade civil da pessoa se dá no nascimento com vida, contudo a legislação põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro, dando-se o término desta com a morte do indivíduo, conforme está disposto no art. 6º do diploma civil²⁷⁰.

Embora o art. 6º do Código Civil determine o encerramento da existência da pessoa natural com a morte, o que acarretaria o término da incidência dos direitos atrelados à personalidade desta, a doutrina apresenta divergências acerca do encerramento da tutela dos direitos da personalidade *post mortem*.

Segundo Ney Rodrigo Lima Ribeiro, a doutrina brasileira é basicamente uníssona, ao asseverar que o princípio da dignidade da pessoa humana, disposto no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, atua como fundamento de proteção às pessoas falecidas. Entretanto, há a divisão em duas correntes doutrinárias ao tratar da possibilidade da eficácia *post mortem* dos direitos da personalidade. A primeira corrente, da qual são adeptos doutrinadores como Pontes de Miranda, Silvio Romero Beltrão e Sílvio de Salvo Venosa, entende que a personalidade cessa com a morte, conforme o art. 6º do Código Civil, não sendo possível a extensão dos direitos da personalidade, pois, consoante o brocardo latino *mors omnia solvit*, a morte resolve tudo, sendo esta considerada uma regra absoluta. Já a

²⁶⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2001, p. 45-46.

²⁶⁹ “[...] são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.” (BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 abr. 2021).

²⁷⁰ “A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 22 abr. 2021).

segunda corrente, da qual são adeptos doutrinadores como Álvaro Villaça Azevedo, Flávio Tartuce, Maria Helena Diniz e Paulo Lôbo, representando a doutrina majoritária, considera que o mesmo brocardo *mors omnia solvit* não é absoluto, havendo a possibilidade de extensão após a morte da eficácia dos direitos da personalidade.²⁷¹

Os direitos da personalidade apresentam como uma de suas características fundamentais a vitaliciedade, uma vez que surge com a primeira manifestação de vida do indivíduo e se extingue, em regra, somente com sua morte. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho evidenciam que há direitos de personalidade que são projetados além da morte do indivíduo, sendo estes passíveis, portanto, de serem lesados mesmo após a morte do sujeito, e necessitam de tutela específica.²⁷²

Nesse sentido, o STJ, no Recurso Especial nos Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 1.693.718/RJ²⁷³, julgado em 25/10/2019, sob a relatoria da ministra Maria Thereza de Assis Moura, expôs que ainda existem direitos oriundos da personalidade que são protegidos após a morte, em razão da transferência de seu exercício aos herdeiros ou também pela transferência da pretensão jurídica de sua defesa em juízo.

A Quarta Turma do STJ utilizou ainda como argumentação no julgamento do REsp 521.697/RJ²⁷⁴ o fato de que, embora os direitos da personalidade apresentem como uma de suas principais características a intransmissibilidade, em conformidade com o disposto no art. 11 do Código Civil/2002, não deixam de merecer proteção a imagem e a honra de quem falece, posto que permanecem em memórias como bens imortais, assegurando-se, desse

²⁷¹ RIBEIRO, Ney Rodrigo Lima. Direito à proteção de pessoas falecidas: enfoque luso-brasileiro. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (org.). **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 442.

²⁷² GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 57.

²⁷³ “[...] há direitos oriundos da personalidade que continuam sendo protegidos após a morte, pela transferência de seu exercício aos herdeiros [...] ou pela transferência da pretensão jurídica de sua defesa em juízo.” (STJ, RE nos EDcl no REsp 1.693.718, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Turma, j. 25/10/2019, DJ 04/11/2019, p. 1).

²⁷⁴ “Civil. Danos morais e materiais. Direito à imagem e à honra de pai falecido. Os direitos da personalidade, de que o direito à imagem é um deles, guardam como principal característica a sua intransmissibilidade. Nem por isso, contudo, deixa de merecer proteção a imagem e a honra de quem falece, como se fossem coisas de ninguém, porque elas permanecem perenemente lembradas nas memórias, como bens imortais que se prolongam para muito além da vida, estando até acima desta, como sentenciou Ariosto. Daí porque não se pode subtrair dos filhos o direito de defender a imagem e a honra de seu falecido pai, pois eles, em linha de normalidade, são os que mais se desvanecem com a exaltação feita à sua memória, como são os que mais se abatem e se deprimem por qualquer agressão que lhe possa trazer mácula. Ademais, a imagem de pessoa famosa projeta efeitos econômicos para além de sua morte, pelo que os seus sucessores passam a ter, por direito próprio, legitimidade para postular em indenização em juízo, seja por dano moral, seja por dano material. Primeiro recurso especial das autoras parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido. Segundo recurso especial das autoras não conhecido. Recurso da ré conhecido pelo dissídio, mas improvido.” (STJ, REsp 521.697, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, j. 16/02/2006, DJ. 20/03/2006, p. 276).

modo, a tutela de determinados direitos atrelados à personalidade mesmo após a morte do indivíduo.

Depreende-se, portanto, que tanto a doutrina majoritária como a jurisprudência dos tribunais superiores constata a possibilidade de extensão da eficácia dos direitos da personalidade *post mortem*, devendo ser assegurada sua tutela, pelos herdeiros legítimos ou testamentários, mesmo após a morte do indivíduo. Sendo assim, verifica-se que, embora a personalidade do indivíduo tenha fim com sua morte, os direitos fundamentais assegurados constitucionalmente e atrelados à sua personalidade, como o direito à intimidade e à privacidade, permanecem hígidos exigindo uma tutela jurídica posterior.

Apesar de a personalidade do indivíduo findar com sua morte, cessando sua capacidade de adquirir direitos e deveres, os direitos da personalidade, caracterizados como existenciais e atrelados à dignidade humana, são projetados para além da vida do seu titular. Antes de adentrar na questão da transmissibilidade do patrimônio digital que apresente ou não valoração econômica, aos herdeiros do *de cujus* importa discorrer brevemente acerca da tutela dos direitos à intimidade e à privacidade do falecido.

Consoante Paulo Lôbo, “Sob a denominação privacidade cabem os direitos da personalidade que resguardam de interferências externas os fatos da intimidade e da reserva da pessoa, que não devem ser levados ao espaço público”²⁷⁵, estando esta constitucionalmente assegurada pelo art. 5º, inciso X, da CF/1988, bem como pelo art. 21 do Código Civil/2002, que caracteriza tal direito como inviolável.

O direito à intimidade do indivíduo, no entendimento de Paulo Lôbo, está relacionado a “[...] fatos, situações e acontecimentos que a pessoa deseja ver sob seu domínio exclusivo, sem compartilhar com qualquer outra. É a parte interior da história de vida de cada um, que o singulariza, e que deve ser mantida sob reserva”²⁷⁶, sendo diretamente atrelado ao direito à privacidade, visto que consiste em uma vertente mais específica deste, e é igualmente assegurado pela Constituição Federal em seu art. 5º, inciso X.

Com relação à defesa do direito à intimidade e à privacidade como extensão dos direitos atrelados à personalidade, o Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014) assegura a inviolabilidade e a preservação da intimidade e da privacidade do usuário, consistindo tal

²⁷⁵ LÔBO, Paulo. **Direito civil**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 164.

²⁷⁶ *Ibid.*, p. 165-166.

fator em condição para o pleno acesso à internet, ensejando ainda a condenação em dano material ou moral, caso haja a violação destes direitos por terceiros.²⁷⁷

No ambiente virtual, segundo Pablo Malheiros da Cunha Frota, Joao Ricardo Brandão Aguirre e Maurício Muriack de Fernandes e Peixoto²⁷⁸, a percepção de segurança que o indivíduo apresenta acerca do resguardo da sua intimidade e, conseqüentemente, privacidade é superior em relação ao ambiente físico, haja vista que o acervo digital, composto por arquivos armazenados virtualmente, perfis em redes sociais, contas de *e-mail*, dentre outros, gera expectativa de confiança maior que aquela vivenciada no ambiente físico, dado que, em tese, somente aquela determinada pessoa possui acesso ao conteúdo armazenado digitalmente.

Dessa maneira, no contexto da transmissibilidade da herança digital, os herdeiros do *de cuius*, ao deterem a permissão para acessar os dados digitais deste, poderiam vir a ter acesso também a dados, mensagens, fotos e vídeos em redes sociais, dentre outras mídias digitais que o parente falecido e terceiros compartilhavam entre si, podendo ocorrer, igualmente, a violação à intimidade de terceiros, os quais detêm o direito legal de ter sua privacidade tutelada, o que não seria possível caso houvesse acesso irrestrito às contas do *de cuius* pelos seus herdeiros.

De acordo com Livia Teixeira Leal, no que se refere à herança digital, “Em alguns aspectos, o digital pode se destacar da identidade real, trazendo a possibilidade de uma permanência *post mortem*, por meio dos dados e páginas digitais”²⁷⁹.

O ambiente virtual muitas vezes não se torna um lugar seguro para se guardar trocas de informações, sejam elas íntimas, como fotos *nudes*, e até mesmo confissões de delitos, o que tornaria desfavoráveis os efeitos jurídicos decorrentes da transmissão dessa parte específica do patrimônio digital do *de cuius* aos seus herdeiros, uma vez que seriam ajuizadas

²⁷⁷ BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. **Diário Oficial na União**: seção 1, Brasília, DF, ano 151, n. 77, p. 1-3, 24 abr. 2014. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=24/04/2014&jornal=1&pagina=1>. Acesso em: 3 ago. 2021.

²⁷⁸ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha; AGUIRRE, Joao Ricardo Brandão; PEIXOTO, Maurício Muriack de Fernandes e. Transmissibilidade do acervo digital de quem falece: efeitos dos direitos da personalidade projetados *post mortem*. **Constituição, Economia e Desenvolvimento**: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, v. 10, n. 19, p. 564-607, jul./dez. 2018, p. 575-576. Disponível em: <https://abdconstojs.com.br/index.php/revista/article/view/192/189>. Acesso em: 10 ago. 2021.

²⁷⁹ LEAL, Livia Teixeira. Internet e morte do usuário: a necessária superação do paradigma da herança digital. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 16, p. 181-197, abr./jun. 2018, p. 182. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/237>. Acesso em: 22 dez. 2021.

demasiadas demandas judiciais, almejando a tutela do direito fundamental à intimidade e à privacidade.²⁸⁰

No que concerne à transmissibilidade da herança digital, o patrimônio digital do *de cujus* abrange variados tipos de bens, como aqueles que possuem inequívoco valor econômico, compondo certamente o acervo patrimonial passível de transmissão aos herdeiros legais e testamentários, haja vista que sua exclusão da partilha poderia transgredir o direito de herança conferido aos herdeiros pela Constituição.

Em conformidade com o exposto por Pablo Malheiros da Cunha Frota, Joao Ricardo Brandão Aguirre e Maurício Muriack de Fernandes e Peixoto²⁸¹, há, no entanto, bens jurídicos digitais que não detêm um valor economicamente apreciável, mas sentimental, representando muitas vezes uma extensão da privacidade do *de cujus*, estando estes contidos em contas digitais, como Instagram, Telegram, WhatsApp e Facebook, dentre outras redes sociais semelhantes, e necessitando de tutela em relação à privacidade do falecido e de terceiros envolvidos.

Havendo, portanto, a possibilidade de colisão entre os interesses dos herdeiros e os do falecido, principalmente no que concerne à proteção da intimidade e da privacidade deste, e não havendo disposição de última vontade do *de cujus* quanto à transmissibilidade do patrimônio digital, o entendimento jurisprudencial vem prevalecendo em razão da não concessão aos herdeiros do acesso ao acervo digital deixado, haja vista a possibilidade de violação da intimidade e da privacidade do falecido mediante utilização indevida de seus dados pessoais para obter acesso, por exemplo, a conversas e *e-mails* estritamente pessoais, inclusive com terceiros.

Diante disso, deduz-se que bens digitais que detenham certa mensuração econômica, como *e-books*, canais digitais monetizados em plataformas (por exemplo, o YouTube), contas bancárias digitais, dentre outros, são passíveis de serem transmitidos aos herdeiros após abertura da sucessão, estando plenamente abarcados pelo art. 1.788 do CC/2002, ainda que o indivíduo venha a falecer sem deixar testamento. Já os bens digitais que não podem ser mensurados economicamente, como *e-mails*, contas digitais em redes sociais, nuvens que

²⁸⁰ CALDAS, Luana Maria Figueiredo de Lima; MORAIS, Rosângela Maria Rodrigues Medeiros Mitchell de. Herança digital: bens virtuais como patrimônio sucessório. **Revista de Estudos Jurídicos do UNI-RN**, Natal, n. 3, p. 121-151, jan./dez. 2019, p. 140. Disponível em: <http://revistas.unirn.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/657/478>. Acesso em: 22 dez. 2021.

²⁸¹ FROTA; AGUIRRE; PEIXOTO, 2018, p. 599.

contêm arquivos digitais, dentre outros, são geralmente intransmissíveis por consistirem em extensões da privacidade do *de cujus*, podendo ser transmitidos, entretanto, se houver declaração expressa da vontade do falecido durante sua vida.

Em razão de o ordenamento jurídico brasileiro permanecer até o presente momento silente em relação à destinação dos bens digitais após a morte do seu proprietário, não havendo este deixado testamento válido, os herdeiros poderão vir a ter acesso a esses bens pela via judicial, devendo-se averiguar a possibilidade de transmissão destes sem que ocorra qualquer lesão aos direitos do falecido e de terceiros e proceder à ponderação de direitos no caso concreto.

Nos últimos anos, em virtude da constante evolução tecnológica, houve a ampliação do campo de discussão do direito sucessório, tornando abrangente o debate acerca da problemática da herança digital, principalmente quanto à interferência do direito sucessório no direito de personalidade *post mortem*, ao qual é inerente a preservação do direito à privacidade e à intimidade do *de cujus*, ocasionando conflito de direitos e garantias fundamentais.

Embora se encontrem no mesmo patamar, sendo constitucionalmente assegurados a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no País, os direitos e garantias fundamentais podem colidir entre si, tornando-se necessária a solução deste conflito para que seja plenamente preservado o direito dos indivíduos envolvidos no conflito jurídico.

De fato, um conflito de interesses é capaz de tornar necessária a proteção de dois ou mais direitos e garantias fundamentais concomitantemente, haja vista que, durante o pleno exercício de um direito fundamental, um indivíduo pode se deparar com outro titular de um direito fundamental diverso que deseja igualmente exercê-lo. Conforme Robert Alexy,

A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedência condicionadas consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária.²⁸²

Pelo fato de os direitos fundamentais possuírem natureza principiológica, a colisão entre esses direitos é compreendida como um conflito entre princípios, devendo ser

²⁸² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 96.

solucionado por meio da utilização da chamada “lei da ponderação” de Robert Alexy²⁸³. Dessa maneira, não existindo legalmente a preferência de um direito fundamental sobre o outro, por possuírem o mesmo grau hierárquico, torna-se imprescindível a realização de ponderação entre estes, definindo qual deverá prevalecer no caso concreto. O magistrado, portanto, deverá proceder à análise do caso concreto e atribuir um peso a cada um dos direitos fundamentais conflitantes, prevalecendo aquele que detiver primazia de tutela no caso em questão.

Apesar da tentativa de utilização da lei da ponderação principiológica de Robert Alexy para solucionar a colisão entre direitos fundamentais assegurados constitucionalmente, porém conflitantes entre si, os julgamentos realizados pelo Poder Judiciário gerariam veemente insegurança jurídica, em razão da probabilidade de se obter decisões discrepantes para casos semelhantes, sendo a referida maneira insuficiente para a resolução do conflito em questão.²⁸⁴

Embora haja a possibilidade de o magistrado decidir de modo diverso, a doutrina majoritária vem priorizando a preservação do direito à intimidade e à privacidade do *de cujus* diante do direito de herança dos herdeiros sobre o patrimônio digital, imperando a necessidade de elaboração de uma legislação específica para disciplinar a herança digital. Sendo assim, essa é a alternativa mais efetiva para solucionar a problemática da colisão de direitos e garantias fundamentais.

Quanto à possibilidade de transmissão da totalidade do patrimônio digital do *de cujus*, apresentando valoração econômica ou não, admite-se que os bens digitais que apresentam valor patrimonial integrem indubitavelmente o patrimônio do *de cujus* a ser partilhado entre os herdeiros, do mesmo modo que os demais bens. No entanto, não há ainda entendimento consolidado sobre a possibilidade de os bens digitais existenciais ou extrapatrimoniais integrarem a partilha patrimonial, prevalecendo, determinadas vezes, a hipótese de estes serem resguardados pelos direitos da personalidade *post mortem*, principalmente nos casos em que constam dados pessoais em suas contas digitais, bem como informações concernentes a terceiros.

Dessa maneira, depreende-se que, apesar da entrada em vigor de legislações relevantes para o início do tratamento do patrimônio digital do indivíduo, como o Marco Civil da

²⁸³ ALEXY, 2014, p. 96.

²⁸⁴ ALEXY, *loc. cit.*

Internet e a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n. 13.709/2018²⁸⁵), o ordenamento jurídico brasileiro nada disciplina, até o presente momento, acerca da herança digital propriamente dita e, conseqüentemente, da possibilidade da transmissão da integralidade dos ativos digitais *post mortem*. Tal fato confere ao Poder Judiciário o encargo de determinar soluções plausíveis ao antagonismo jurídico existente entre a transmissibilidade da herança digital e a preservação do direito da personalidade do falecido.

No julgamento do *Habeas Corpus* n. 82.424/RS, bem como no de outros remédios constitucionais e recursos, o ministro Gilmar Mendes, em seu voto, discorreu acerca da necessidade de aplicação, no caso da existência de conflitos entre direitos fundamentais, do princípio da proporcionalidade, por meio do qual deve ser realizada verdadeira ponderação dos valores a serem tutelados, objetivando evitar a proibição do excesso nas restrições de direitos fundamentais e a solução do conflito perpetrado.²⁸⁶

Em consequência da existência de um notório conflito de direitos e garantias fundamentais, constitucionalmente assegurados a todos, a falta de regulamentação da herança digital na legislação pátria ocasiona veemente insegurança jurídica, uma vez que o Poder Judiciário não poderá se eximir de julgar uma causa que lhe foi submetida alegando a existência de lacuna na lei, pela proibição do *non liquet* e pelo princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

²⁸⁵ BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 3 ago. 2021.

²⁸⁶ “**HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA.** 1. Escrever, editar, divulgar e comerciar livros “fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias” contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). 2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. 5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático.” (STF, HC 82.424, Rel. Min. Moreira Alves, redator do acórdão Min. Maurício Correa, Tribunal Pleno, j. 17/09/2003, DJe 19/03/2004, p. 524-525).

Configurando-se o conflito entre o direito sucessório e o direito à intimidade, caberá ao magistrado a interpretação das normas jurídicas aplicáveis ao caso concreto, bem como dos entendimentos doutrinários consolidados e dos princípios gerais do direito, o que poderá configurar a constituição de decisões distintas para a mesma situação apresentada, ocasionando uma insegurança jurídica, em decorrência da falta de unicidade das decisões dos tribunais brasileiros, o que configura um protagonismo judicial presumivelmente prejudicial.

Nesse diapasão, com a finalidade de evitar uma possível colisão dos interesses dos herdeiros com os do falecido, notadamente no que se refere à proteção e à inviolabilidade da privacidade deste, a doutrina majoritária vem se posicionando a favor da tutela da privacidade do *de cuius* concomitantemente à proteção dos direitos de personalidade *post mortem*. Isso elucida a incompatibilidade existente entre o entendimento preponderante e os projetos de lei propostos e arquivados pelo Congresso Nacional. Corroborando esse entendimento, Marco Aurélio de Farias Costa Filho leciona que:

A lei consolida a privacidade dos dados armazenados, fortalecendo a corrente jurisprudencial que não concede aos herdeiros acesso ao acervo digital deixado, no caso de não haver disposição de última vontade do *de cuius* nesse sentido. Trata-se de corrente que privilegia a inviolabilidade e sigilo das informações em prejuízo do direito dos herdeiros, fundamentando-se não só no recente Marco Civil da Internet, mas também na garantia constitucional referente à intimidade e vida privada (art. 5º, inc. X, da CF). Nota-se, por outro lado, que a aprovação do PL 4099/2012 iria de encontro a tal corrente, visto que estenderia o direito de *saisine* à totalidade do acervo digital, independentemente de manifestação do autor da herança. Como ainda será exposto, diversos dispositivos presentes em termos de serviço proíbem a transmissão do conteúdo armazenado virtualmente após a morte do titular (outra tendência em clara oposição ao proposto pelo referido projeto de lei). Os componentes do acervo digital analisados no presente trabalho (músicas, livros, *e-mails*, perfis em redes sociais ou jogos on-line, entre outros) são, em regra, regidos por contratos de adesão que podem limitar as possibilidades de transferência de conteúdo ou conta.²⁸⁷

No que concerne a essa problemática jurídica, evidencia-se que paulatinamente casos relacionados à sucessão legítima envolvendo herança digital vêm surgindo para o Judiciário sentenciar. Nas decisões mais recentes, ao realizar a ponderação entre os direitos fundamentais conflitantes, alguns juízes têm interpretado que os direitos atrelados ao patrimônio digital do *de cuius* têm natureza personalíssima, julgando diversos pedidos como ilegítimos, por ferirem o direito à intimidade da pessoa humana.²⁸⁸

²⁸⁷ COSTA FILHO, Marco Aurélio de Farias. Herança digital: valor patrimonial e sucessão de bens armazenados virtualmente. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**, Recife, n. 9, p. 187-215, 2016, p. 195. Disponível em: <https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/152/143>. Acesso em: 25 jul. 2021.

²⁸⁸ *Ibid.*, p. 196.

Impera, portanto, a necessidade de inovação do ordenamento jurídico brasileiro, mediante a propositura de projetos de lei efetivos para regular o instituto da herança digital e a devida aprovação destes pelo Congresso Nacional, em decorrência do surgimento constante de novas formas de patrimônio e de transmissão da herança que necessitam de regulamentação legal, de modo a conferir o condigno tratamento ao direito sucessório dos herdeiros sobre o legado do *de cuius* e o respectivo respeito à privacidade do falecido.

Tramita no Congresso Nacional o PL 3.050/2020 (Anexo B), de autoria do deputado federal Gilberto Abramo, atualmente na Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática da Câmara de Deputados, que pretende alterar o art. 1.788 do Código Civil para acrescentar o parágrafo único²⁸⁹. Atualmente, esse projeto se encontra desde o dia 01/12/2021 na fase na qual aguarda parecer do relator na Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática (CCTCI). Também há alguns projetos apensados, tais como: o PL 3.051/2020 (Anexo C), que acrescenta o art. 10-A à Lei n. 12.965/2014, visando a dispor sobre a destinação das contas de aplicações de internet após a morte de seu titular; o PL 410/2021 (Anexo D), que acrescenta o mesmo artigo para dispor sobre a destinação das contas de internet após a morte de seu titular; o PL 1.144/2021 (Anexo E), que dispõe sobre os dados pessoais inseridos na internet após a morte do usuário; o PL 1.689/2021 (Anexo F), que altera a Lei n. 10.406/2002 com a finalidade de dispor sobre perfis, páginas, contas, publicações e dados pessoais de pessoa falecida, incluindo seu tratamento por testamentos e codicilos; o PL 2.664/2021 (Anexo G), que acrescenta o art. 1.857-A à Lei n. 10.406/2002, buscando dispor sobre a herança digital; e o PL 703/2022 (Anexo I), que acrescenta o art. 1.857-A ao Código Civil de 2002. Todos esses apensados tratam da matéria herança digital e são de autoria de deputados federais de vários partidos.

Há também um projeto recente que tramita no Senado Federal, o PL 365/2022 (Anexo H), de autoria do senador Confúcio Moura, dispondo sobre a mesma temática. Ressalta-se, portanto, o fato de que essas inovações legislativas estão surgindo para tentar alcançar a evolução dos meios físicos e digitais.

²⁸⁹ “Serão transmitidos aos herdeiros todos os conteúdos de qualidade patrimonial contas ou arquivos digitais de titularidade do autor da herança.” (BRASIL. **Projeto de Lei nº 3.050, de 2020**. Altera o art. 1.788 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2020a. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1899763. Acesso em: 16 mar. 2022).

4 MITIGAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA E A POSSIBILIDADE DE ATUALIZAÇÃO DO TRATAMENTO DADO À LEGÍTIMA NO DIREITO SUCESSÓRIO

Nesta última seção da tese, aborda-se a mitigação da autonomia privada e a possibilidade de atualização do tratamento dado à legítima no direito sucessório. Para tanto, são dispostas as concepções acerca da mitigação da autonomia privada. Logo após, discorre-se sobre o direito comparado, em que é realizada uma análise acerca da disposição sucessória e a reserva da legítima nos ordenamentos jurídicos argentino e brasileiro. Posteriormente, considera-se a *lege ferenda*: onde se admite a importância das mudanças em relação ao tratamento dado à legítima no ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, são apresentadas as concepções do projeto de lei em apêndice, defendido em favor da adequação do tratamento dado à legítima pela autonomia privada do testador.

4.1 Mitigação da autonomia privada

Correlaciona-se o testamento como sendo a materialização da autonomia privada do indivíduo quanto à sua vontade em vida. Nesse sentido, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald afirmam que “[...] 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 o núcleo duro da dignidade humana”²⁹⁰.

Um dos princípios que norteiam a relação testamentária é o da livre disposição, o qual também pode ser relacionado, quando se trata do testamento como meio de exercício da autonomia privada, com o princípio da não-intervenção ou da liberdade, previsto no art. 1.513 do Código Civil de 2002, que promove o reconhecimento da autodeterminação do indivíduo no âmbito familiar, sendo este um agente moral capaz de realizar escolhas na esfera das relações familiares desgarrado da intervenção estatal.

Flávio Tartuce²⁹¹ reconhece a relação direta que o princípio da liberdade possui com a autonomia privada no contexto das relações familiares, dado que pondera a faculdade da pessoa em autorregulamentar suas decisões, na qual se torna indefesa a interferência imprópria do Estado (lei) no liame privado familiar, salvo quando há excessos. Assim, é

²⁹⁰ FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 380.

²⁹¹ TARTUCE, 2017, p. 85.

defendida a liberdade de se guiar a partir de suas escolhas, independente do padrão moral que o poder público se encarrega para intervir na família, uma vez que se tem como restrição da autonomia privada do testamento, ou ao limite de testar, violação a esse princípio.

Nessa perspectiva, expressa-se que a essência da autonomia privada é pautada na permissão transacional, no reconhecimento da pessoa como sujeito capaz de externalizar sua vontade e realizar negócios jurídicos com noção de seus efeitos, diante da mínima interferência estatal. No domínio do contexto sucessório, o poder de disposição de bens por meio de testamento é a patente exteriorização do desejo do testador para com seus bens e com aqueles que se relaciona.

No entendimento de Elder Gomes Dutra, o direito à herança autoriza a limitação da autonomia privada em favor dos herdeiros necessários, reduzindo, por consequência, a liberdade de testar. A exceção será na hipótese de inexistirem herdeiros legitimários, ou estes forem excluídos por ato de deserdação ou declaração de indignidade com expressa declaração da causa. Autoriza-se a exclusão quando, no momento da abertura da sucessão, restar demonstrada uma ausência contínua, com a quebra do vínculo afetivo entre o herdeiro e o autor da herança, cuja culpa seja atribuída unicamente ao sucessor e não ao sucedido.²⁹²

Roxana Cardoso Brasileiro Borges define que a autonomia privada corresponde “[...] ao poder de realização de negócios jurídicos, ou seja, liberdade negocial. Entende-se, em geral, autonomia privada como o poder atribuído pelo ordenamento jurídico ao indivíduo para que este possa reger, com efeitos jurídicos, suas próprias relações”²⁹³, pois, assim, tem-se a primazia da vontade do agente celebrante em conformidade com a norma.

A fim de que seja concretizado o negócio jurídico válido, conta-se como sendo requisitos de sua existência: a expressa manifestação da vontade do agente; o próprio sujeito apto de direito; a coisa/objeto que materializa a declaração de vontade; e o meio utilizado para declarar o querer²⁹⁴. Ato contínuo, elementos estes encontrados na formalização do testamento, no sentido de compor ato jurídico válido e, para tanto, enfatiza-se a expressão do desejo do celebrante, o qual pode ser contrário ao *quantum* referente à legítima, tendo, diante

²⁹² DUTRA, 2021, p. 157.

²⁹³ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 46-47.

²⁹⁴ DANTAS, Renata Marques Lima. Autonomia privada no direito sucessório: a necessidade de revisar a permanência da legítima. **Revista eletrônica Direito UNIFACS – Debate Virtual**, Salvador, n. 183, p. 3, set. 2015. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3877/2648>. Acesso em: 23 mar. 2022.

dessa situação, a presente problemática abordada, pois, caso enseje ultrapassar a legítima, resta reduzida a disposição testamentária, contrariando a declaração de vontade do testador.

O ato de testar é unilateral, revogável e se origina pela autonomia da vontade do autor, devendo interessar, primordialmente o querer do agente ativo, traduzindo-se em manifestação de poder deste para com seu patrimônio. Assim, assegurar a derradeira expressão de vontade em vida do indivíduo, para que produza os efeitos que este desejava, relaciona-se com a confirmação da capacidade que possuía de gerência dos bens. Por isso, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka diz que:

Na legislação brasileira, o art. 1.899 do Código Civil deixa clara a prevalência da vontade do testador, em casos de dúvidas de interpretação, e esta preferência acolhedora da autonomia da vontade reflete o princípio da conservação negocial, ora em comento, para assegurar, no quanto possa, as disposições derradeiras do testador, este que agora é o autor da herança.²⁹⁵

Sendo assim, diante da vontade do testador que contraria a legítima, importa em consumir o dispositivo legal que a prevê, preservando o direito dos legitimários, em prejuízo da norma legal referida acima por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, no qual orienta a interpretação no melhor sentido de buscar concretizar o desejo autoral, não sendo aplicada nas situações que tangem a reserva da legítima, prejudicando o negócio jurídico e a autonomia que é conferida ao sujeito quando possuidor de patrimônio. De igual modo dissertam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

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.²⁹⁶

Nesse íterim, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald relacionam o direito sucessório com o ideal de propriedade e entendem por estar ferindo o direito constitucional à propriedade privada quando há a obrigação compulsória de transmissão de bens aos legitimários baseada apenas nos laços familiares, uma vez que aos herdeiros obrigatórios, que muitas vezes são plenamente capazes, e financeiramente independentes do *de cujus*, ainda lhes é garantido parte do patrimônio. Portanto, as relações familiares por si só não se constituem em fato que justifica a restrição da vontade do titular em dispor ao seu bem querer

²⁹⁵ HIRONAKA, 2018, p. 180.

²⁹⁶ FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 381.

aquilo que lhe pertencia, pois esta situação ocasiona hostilidade entre a autodeterminação do titular e a proteção da parcela legítima dos herdeiros necessários.²⁹⁷

À vista disso, consagra-se que a autonomia privada nas disposições testamentárias é mitigada, pois privilegia a proteção dos valores sociais, em face dos interesses individuais, entendendo-se pela predileção da coletividade no ambiente familiar, como também da dignidade da pessoa humana e seus consequentes. Consoante é o entendimento de Roxana Cardoso Brasileiro Borges,

Entende-se, em geral, autonomia privada como o poder atribuído pelo ordenamento jurídico ao indivíduo para que este possa reger, com efeitos jurídicos, suas próprias relações. Esse poder confere às pessoas a possibilidade de regular, por si mesmas, as próprias ações e suas consequências jurídicas, ou determinar o conteúdo e os efeitos de suas relações jurídicas, tendo o reconhecimento e podendo contar com a proteção do ordenamento jurídico.²⁹⁸

Desse modo, aspirando atender a ética emanada da autonomia privada no contexto testamentário, a qual também deve cumprir sua função social, seja para resguardar o direito do testador ou de seus herdeiros, é importante considerar os entes familiares com um olhar individual, pois cada um necessita, ou até mesmo não careça, de assistência a ser prestada, a qual pode ser concretizada por diferentes meios.

A liberdade, representada na autodeterminação pessoal, autoriza que a pessoa destine seus bens por ato de última vontade, devendo respeitar-se, no entanto, os limites estabelecidos em lei. Essa limitação da autonomia privada é uma decorrência da especial proteção que o Estado confere à família, sendo esta um elemento estruturante e fundamental para a constituição e a existência da sociedade (art. 226, *caput*, CF). A interferência na liberdade individual apresenta-se como a justa causa a amparar a existência da sucessão legítima necessária, com a consequente prevalência do interesse social frente à vontade individual do autor da herança.²⁹⁹

É por meio da análise do familiar como ser específico, e não como um igual, no contexto familiar, que se alcança a verdadeira autonomia do autor da herança na livre disposição de seu patrimônio, realidade esta que não pode ser verificada presente no sistema jurídico brasileiro.

²⁹⁷ FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 381.

²⁹⁸ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 47-48.

²⁹⁹ DUTRA, 2021, p. 171-172.

4.2 Direito comparado: análise da disposição sucessória e a reserva da legítima nos ordenamentos jurídicos argentino e brasileiro

Considerando o fato de que o debate em evidência acerca da necessidade de se repensar a legítima no Brasil ainda se encontra somente na seara doutrinária, convém analisar como a legislação estrangeira trata a questão, de modo que convém recorrer ao direito comparado para que se possa ter uma visão mais ampla sobre a matéria.

Ato contínuo discorre-se sobre a forma que se dá a reserva da legítima do Brasil, assim como sobre seus fundamentos e impactos sociais, os quais são questionados acerca de sua efetividade. Com isso, é importante analisar esse instituto sucessório sob a perspectiva do direito comparado, considerando diferentes experiências.

Nesse sentido, destaca-se o estudo comparativo de direitos aplicados na Argentina e no Brasil. No caso da Argentina, a Lei n. 26.994, de 7 de outubro de 2014³⁰⁰, que promulgou o Código Civil e Comercial, deixou sem vinculação a responsabilidade ilimitada, aduzindo, em seu artigo 2280, que a responsabilidade dos herdeiros refere-se apenas aos bens que recebem ou com seu valor na situação de serem alienados, enquanto que o artigo 2317 dispõe que o montante dos bens herdados é o limite para os herdeiros que são obrigados pelas dívidas e legados provenientes da sucessão.

Uma observação que se faz sobre o direito argentino é que o cônjuge sobrevivente nada herdará em caso de casar-se com pessoa enferma e que venha a falecer dessa enfermidade nos trinta dias posteriores ao matrimônio, a não ser que já estivessem vivendo em união estável. Rolf Madaleno entende que a doutrina da Argentina atende aos requisitos, posto que

[...] o direito deve flexibilizar a rigidez dos institutos do direito sucessório que impliquem restrições absolutas à autonomia e assumir o desafio de liberdade da pessoa humana em um mundo transitório e cambiante, onde os laços afetivos e os projetos de vida não correspondem a um só modelo, senão que se constroem tendo como base a tolerância e o pluralismo.³⁰¹

O direito à sucessão concedida ao viúvo ou à viúva expressa nos artigos do Código Civil argentino de 2014 (CC/2014) não será concedido quando um dos cônjuges já estiver enfermo na celebração do matrimônio e também que venha a morrer dessa enfermidade nos

³⁰⁰ ARGENTINA. **Código Civil y Comercial de la Nación**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2014. Disponível em: http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf. Acesso em: 22 abr. 2021.

³⁰¹ MADALENO, 2020, p. 28.

trinta dias subsequentes, salvo se o matrimônio tiver sido celebrado apenas para regularizar uma situação de fato.

Na Argentina, a sucessão corresponde à transmissão de todos os direitos e obrigações do sucedido que não se extinguem com o casamento. Assim como ocorre no direito sucessório brasileiro, o Código Civil argentino dispõe que a sucessão pode ser apenas legítima ou testamentária.³⁰²

O Código Civil argentino, em seu artigo 2424, adota como herdeiros legítimos os descendentes, ascendentes, cônjuge e colaterais. Tanto na Argentina quanto no Brasil, o poder público não ocupa a condição de sucessor legítimo, sendo que no Brasil somente houve sua exclusão com a edição do CC/2002.

A lei civil argentina, em seu artigo 2433, dispõe que o cônjuge concorre com os descendentes na mesma proporção atribuída a um filho. No entanto, não terá direito de com estes concorrer quanto à parte que cabia ao falecido dos bens comuns do casal. Assim, só terá direito quando o regime de bens permitir a existência de bens comuns, hipótese em que quanto a estes concorrerá com os filhos, sendo a divisão feita por cabeça. Thiago Luís Santos Sombra explica que o artigo supracitado “[...] optou por excluir os bens particulares sempre que o cônjuge supérstite concorrer com os descendentes na sucessão, independentemente do regime de bens do casamento”³⁰³.

O direito civil argentino estabelece que se não existirem descendentes, os ascendentes herdarão em concorrência com o cônjuge supérstite, cabendo a este a metade da herança, conforme dispõe o artigo 2434 do CC/2014.

³⁰² “Artigo 2277. [...] A morte real ou presumida de uma pessoa provoca a abertura da sua sucessão e a transmissão da sua herança às pessoas chamadas a sucedê-la por testamento ou por lei. Se o testamento alienar apenas parcialmente os bens, o resto da herança é diferido por lei. A herança inclui todos os direitos e obrigações do falecido que não se extinguem com a sua morte.” (ARGENTINA. **Código Civil y Comercial de la Nación**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2014, p. 352, tradução livre. Disponível em: http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf. Acesso em: 22 abr. 2021. Citação original: *Artículo 2277. [...] La muerte real o presunta de una persona causa la apertura de su sucesión y la transmisión de su herencia a las personas llamadas a sucederle por el testamento o por la ley. Si el testamento dispone sólo parcialmente de los bienes, el resto de la herencia se defiere por la ley. La herencia comprende todos los derechos y obligaciones del causante que no se extinguen por su fallecimiento.*”).

³⁰³ SOMBRA, Thiago Luís Santos. A evolução da proteção patrimonial dos cônjuges no direito de família: um estudo de caso do regime de separação de bens. **Revista de Derecho Privado**, Bogotá, n. 30, p. 55-82, enero/jun. 2016. p. 63-64. DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.n30.03>. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/rdp/n30/n30a03.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2022.

Na Argentina, assim como ocorre no Brasil, o cônjuge herda por inteiro se não houver descendentes e ascendentes, por ocupar a terceira classe sucessória, encontrando-se, deste modo, antes dos colaterais (artigo 2435 do CC/2014).

Registre-se que, se a pessoa falecer até 30 (trinta) dias após ter contraído matrimônio, tendo o óbito ocorrido por conta de uma causa preexistente ao tempo da celebração do enlace, a qual era conhecida do consorte supérstite e cujo resultado era fatal e previsível, este não terá direito sucessório. Mas, se antes do casamento já houvesse uma “união convivencial”, o sobrevivente teria direito à sucessão (artigo 2436 do CC/2014).

O sistema adotado pela Argentina é idêntico ao do Brasil no sentido de que, em não havendo descendentes, ascendentes e cônjuge, a herança caberá ao colateral que esteja até o quarto grau de parentesco com o *de cujus* (artigo 2438 do CC/2014).

Considerando o rompimento da unidade relativa à herança em condições em que há herança concorrente por parte do cônjuge junto aos descendentes, tendo como limitação a participação sucessória daquele em relação ao patrimônio particular do falecido, Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi pondera que:

Sem embargo das ponderações contrárias, muito embora calcadas no sistema hereditário, isto é, no princípio da unidade da herança, defendidas por Maria Helena Diniz, julgamos, entretanto, que a posição que melhor se coaduna com o espírito da nova ordem sucessória, que tentou igualar os regimes patrimoniais quando da morte de um dos cônjuges, de modo a trazer a comunicação dos bens que em vida seriam incomunicáveis, até mesmo de dissolução da sociedade conjugal, por separação ou divórcio, é a que exclui a meação do autor da herança do acervo hereditário. [...]. A nosso ver, a *mens legis* foi no sentido de ressaltar do acervo hereditário, a exemplo do próprio direito argentino, que nesse ponto foi mais claro que o direito brasileiro, notadamente nos já mencionados artigos 3571 e 3576 do Código Civil argentino, em que a meação dos bens, de maneira a formar duas massas, e não só uma, rompe a unidade da herança.³⁰⁴

Na Argentina, os colaterais de graus mais próximos anulam os mais remotos, salvo quanto ao direito de representação a ser exercido pelos filhos dos irmãos até o quarto grau, pelo que cabe a estes deslocar os demais parentes colaterais (artigo 2439 do CC/2014). Há uma correspondência com o que no Brasil se prevê quando dispõe que os irmãos bilaterais herdam o dobro dos unilaterais. Nos demais casos, os herdeiros que concorrem herdam partes iguais (artigo 2440 do CC/2014).

³⁰⁴ DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. **Aspectos polêmicos na sucessão do cônjuge sobrevivente**: de acordo com a Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. São Paulo: Letras Jurídicas, 2004, p. 207-208.

A legislação argentina determina que os descendentes, ascendentes e cônjuge são investidos na condição de herdeiro desde o dia da morte do falecido, sem que haja necessidade de qualquer formalidade ou intervenção judicial (artigo 2337 do CC/2014). Contudo, quanto aos colaterais, caberá ao magistrado do juízo sucessório investi-los na condição de herdeiros, mediante a prévia justificação do óbito do sucedido e do título hereditário invocado (artigo 2338 do CC/2014).

O Código Civil argentino previu uma “melhoria” em favor do herdeiro com deficiência. Nessa hipótese, o sucedido pode dispor pelos meios que julgar apropriados, mesmo que por um fideicomisso, além de destinar uma parcela disponível, na proporção de 1/3 (um terço) das porções legítimas, com o intuito de aplicá-las como uma “melhoria estrita” em favor dos descendentes ou ascendentes com deficiência. Para esses fins, considera-se pessoa com deficiência toda aquela que sofra de uma alteração funcional permanente ou prolongada, física ou mental que relacionada à sua idade e ao seu meio social resulta em significativas desvantagens para sua integração familiar, social, educacional ou de trabalho (artigo 2448 do CC/2014).

A Argentina prevê o instituto da indivisão forçada, a qual pode durar até 10 (dez) anos (artigo 2330 do CC/2014). O mecanismo confere ao cônjuge a prerrogativa de opor-se à partilha da habitação – incluindo-se os móveis que estão nele guarnecidos –, que tenha sido residência habitual dos cônjuges ao tempo da morte do falecido e que tenha sido adquirida ou construída, total ou parcialmente, com fundos da família. Essa indivisão deve perdurar enquanto o consorte sobreviver, a menos que ele possa adjudicar o bem com a parcela que lhe cabe. Por sua vez, os herdeiros só podem pedir que cesse a indivisão se o cônjuge supérstite possuir bens que lhe permitam adquirir outra habitação suficiente para suas necessidades (artigo 2332 do CC/2014).

Considerando o tratamento disposto à temática das sucessões no direito argentino em comparativo ao que se aplica no ordenamento jurídico brasileiro, tem-se o fato de que, frente ao diploma constitucional do Brasil, a sucessão legítima passou a sobressair em detrimento da sucessão testamentária, justificando esta mudança também no direito à herança e na função social da propriedade. Carlos Maximiliano³⁰⁵ leciona que a reciprocidade é elemento que permeia o direito das sucessões, decorrendo esta do direito de propriedade, o qual se justifica inicialmente no aspecto social e, só depois, na perspectiva individual. Volta-se, assim, à

³⁰⁵ MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, v. 1, p. 345-346.

coletividade, sendo a função social elemento que o ampara. Nesse aspecto, não se tem como possível a exclusão de sucessor sem justo motivo, na medida em que o instituto tem como escopo cumprir a solidariedade familiar.

O direito sucessório – enquanto representação do fenômeno social cuja extração também deriva do direito de propriedade – decorre, portanto, da conjugação de três elementos subjetivos, sendo eles o aspecto individual, o familiar e o social. Enquanto o primeiro se refere à sucessão testamentária – por se referir à liberdade de dispor da propriedade como expressão do direito de personalidade –, os dois últimos dizem respeito à sucessão legítima – por resultarem dos laços formados na esfera familiar, cujo fundamento advém da solidariedade.³⁰⁶

Nesse passo, considerando a incidência dos valores constitucionais nas relações privadas, houve uma ênfase na limitação da manifestação da vontade, e, por consequência, restou fortalecida a “legítima” em favor dos herdeiros obrigatórios, objetivando, deste modo, cumprir um dos escopos mais evidenciados do direito sucessório, sendo este a proteção dos membros da família.

A Argentina parece adotar essa mesma concepção. O regime legal limita-se a prever que as pessoas humanas podem dispor de seus bens livremente para depois de sua morte, devendo, contudo, respeitar as porções legítimas (artigo 2462 do CC/2014). Assim, deixa de fazer menção à sobreposição da sucessão testamentária sobre a legítima.

No Brasil, admite-se a hipótese de que prepondera a liberdade de testar, pautando-se esta percepção na ideia de que existem pessoas cujo desejo é manter os efeitos de solidariedade apenas enquanto houver casamento ou união estável, sem estendê-la para o direito sucessório.

Essa compreensão peca por relegar o fato de que o vínculo afetivo, ao unir as pessoas de uma entidade familiar, expande-se para após a abertura da sucessão, enquanto dever jurídico de assistência a ser prestado aos parentes que permanecem vivos e que mantinham com o *de cujus* laços da afetividade. Caso, ao tempo da abertura da sucessão, não houvesse vínculo de afeto entre sucessor e sucedido, por culpa atribuída unicamente ao destinatário da massa sucessória, inverter-se-ia a lógica, passando a preponderar a liberdade de testar, estando

³⁰⁶ OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. **Tratado de direito das sucessões**: da sucessão em geral e da sucessão legítima. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, v. 1, p. 49-50.

o testador autorizado a dispor de seus bens com a exclusão daquele que antes ocupava a condição de herdeiro necessário. Fernando Millán, de igual modo, compreende que o dever de assistência aplicável no direito de família estende-se para o direito das sucessões:

O valor supremo da solidariedade familiar não é alheio às questões sucessórias intimamente ligadas ao Direito da Família. A instituição da sucessão por morte, em qualquer de seus conceitos, responde ao princípio da assistência entre os membros de uma família. [...]. A justificativa mais ética para a propriedade reside no conceito de que os bens devem servir como meio para a realização dos fins elevados da família. O elemento pessoa que, organizado na família, se apresenta sociologicamente como um corpo, como uma unidade, uma pessoa social, integra-se ao elemento econômico no patrimônio familiar, representado como uma unidade, um todo orgânico social destinado a ser meio de a existência e o desenvolvimento dos fins sociais da família.³⁰⁷

Nessa toada, pode-se dizer que, enquanto a sucessão testamentária representa a prevalência do individualismo, conferindo liberdade para o testador escolher os herdeiros testamentários, a sucessão legítima volta-se à concreção da solidariedade familiar e intergeracional, ao contemplar o grupo familiar a partir de uma ordem sucessória preestabelecida.

Conjugando-se estes elementos, conclui-se que a liberdade de testar, enquanto expressão da manifestação individual, é atenuada pela incidência da realidade social e familiar.³⁰⁸ Nesse aspecto, resta justificada a adoção de uma posição intermediária, sendo esta compreendida como o estabelecimento de uma parcial limitação à liberdade testamentária quando houver herdeiros necessários.

O direito argentino não permite que se institua qualquer gravame ou condição sobre as porções da legítima. Se forem inseridas, serão tidas por não escritas, conforme dispõe o artigo 2447 do CC(2014). Arthur Vasco Itabaiana de Oliveira, em 1952, já destacava esse aspecto: “As legislações dos povos cultos não são acordes sobre a teoria da deserdação: no caso da Argentina e do Brasil, que tratam tanto dos casos de indignidade na sucessão legítima,

³⁰⁷ MILLÁN, Fernando. El principio de solidaridad familiar como mejora a favor del heredero con discapacidad. **Revista de Derecho de Familia y de las Personas**, Buenos Aires, año 4, n. 6, p. 245-252, jul. 2012, tradução livre. Disponível em: <http://millanfernando.blogspot.com/2012/07/el-principio-de-solidaridad-familiar.html>. Acesso em: 26 mar. 2022. Citação original: “*El valor supremo de solidaridad familiar, no es ajeno a la materia sucesoria de estrecha vinculación con el Derecho de Familia. La institución sucesoria por causa de muerte, en cualquiera de sus conceptos, responde a principio de asistencia entre los integrantes de una familia. [...]. La justificación más ética de la propiedad reside en el concepto de que los bienes deben servir como medios para el cumplimiento de los altos fines de la familia. El elemento persona que, ordenado en la familia, se presenta sociológicamente como un cuerpo, como una unidad, una persona social, se integra en el elemento económico en el patrimonio familiar, representado el mismo como una unidad, un todo orgánico social destinado a ser medio para la existencia y el desarrollo de los fines sociales de la familia.*”.

³⁰⁸ MAXIMILIANO, 1958, p. 346.

como dos de deserdação, na sucessão testamentária”³⁰⁹. Nesse ínterim, considera-se que, no Código Civil argentino, a legítima corresponde a uma porção da qual os legitimários não podem ser privados por testamento nem por atos de disposição entre vivos a título gratuito (artigo 2444 do CC/2014).

Na Argentina, são considerados herdeiros legitimários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge (artigo 2444 do CC/2014). A porção da legítima dos descendentes é de 2/3 (dois terços), a dos ascendentes de 1/2 (metade), e a do cônjuge também de 1/2 (metade). Estas porções são calculadas sobre a soma do valor líquido da herança ao tempo da morte do *de cujus*, acrescentando-se os bens doados para cada um dos legitimários, considerando-se o estado do bem ao tempo da doação.

No cômputo da porção de cada um dos descendentes só se computam as doações colacionáveis ou reduzíveis, feitas a partir dos trezentos dias anteriores ao seu nascimento ou, no seu caso, o nascimento do ascendente a quem representa, e para o cônjuge, as feitas depois do matrimônio (artigo 2445 do CC/2014). Se concorrerem apenas os descendentes ou somente os ascendentes, a parte disponível é calculada a partir das respectivas legítimas. Mas, se concorrer o cônjuge com os descendentes, a porção disponível será de 1/3 (um terço) (artigo 2446 do CC/2014).

O direito sucessório é responsável pela sistematização da transmissão dos bens quando ocorre a morte do autor da herança, fazendo circular a propriedade privada.³¹⁰ Contudo, ainda carece de uma alteração legislativa, fazendo-o evoluir para se adaptar aos novos contornos constitucionais, passando a conjugar a solidariedade com a vulnerabilidade, daí resultando na concretização da igualdade material.

No que concerne especificamente aos descendentes, a doutrina procurou justificar esta condição tomando por base elementos de cunho poético ou por considerá-lo o “herdeiro por excelência”. Adotou-se como norte a ideia de que estaria na consciência social serem os descendentes quem se apresentam como os mais próximos do *de cujus*, sendo eles quem melhor representa a noção de continuidade na condução dos bens do autor da herança.³¹¹

³⁰⁹ OLIVEIRA, 1952, p. 420.

³¹⁰ CORTIANO JÚNIOR, Eroulth; ROBL FILHO, Ilton Norberto. O ensino do direito civil: breve ensaio sobre o ensino do direito das sucessões. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, v. 2, p. 664-665.

³¹¹ MORAES, Walter. **Programa de direito das sucessões**: teoria geral e sucessão legítima. São. Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 127.

É preciso, entretanto, considerar que a relação pessoal e afetiva entre os pais e filhos foi profundamente alterada no curso do tempo. Nos dias atuais, quando os filhos alcançam a maioridade e são autônomos, termina por ocorrer entre eles o afastamento físico e, por vezes, afetivo, o que resulta em inúmeros casos de solidão e abandono dos genitores. Esse fator se intensifica quando os ascendentes envelhecem e passam a ser um fardo para a prole, que não se mostra propensa a assumir o encargo de cuidar dos anciãos.³¹²

Ademais, ao abrir-se a sucessão, se os herdeiros existentes forem adultos e independentes, a herança não será imprescindível a conferir-lhes a proteção que a porção indisponível pretende assegurar aos membros da família.³¹³ Mas se os descendentes ocuparem a condição de crianças, adolescentes e jovens em formação universitária, ou, ainda, pessoa com deficiência, deverão ser resguardados pelo direito sucessório com a inclusão na condição de herdeiros necessários, por estarem abrangidos pelo melhor interesse, pela proteção integral e pela prioridade absoluta, sendo-lhes assegurada especial proteção estatal. O doutrinador argentino Victorio Magariños Blanco acrescenta:

É o egoísmo que rompe a coesão autêntica e não meramente legal ou formal da família. É muito revelador, e ao mesmo tempo paradoxal, que em tal situação os filhos, enquanto permanecem solteiros, continuem, em muitos casos, morando com os pais ou, melhor dizendo, usando o alojamento e os serviços gratuitos dos pais, sem contribuindo com qualquer coisa para sustentar as despesas comuns. O estranhamento que estamos analisando fica mais evidente quando os pais se aposentam. Estes perdem então a companhia das pessoas com quem trabalhavam, e ao isolamento familiar junta-se o isolamento social. Com o que a aposentadoria se torna, na maioria dos casos, a causa de um afastamento da vida civil, que é seriamente encurtado. É notório o desinteresse familiar e social pelo aposentado, deixando-o desintegrado, tendo que se dirigir a centros da chamada velhice eufemisticamente em que a relação se produz apenas com pessoas que se encontram na mesma situação, e, portanto, sem o enriquecimento e vitalidade que advém da comunicação entre gerações.³¹⁴

³¹² MAGARIÑOS BLANCO, Victorio. La libertad de testar: una reforma necesaria. **Revista Internacional del Notariado**, Buenos Aires, n. 118, p. 37-57, 2013, p. 50. Disponível em: https://www.onpi.org.ar/RIN_repository/RIN_118-es.pdf. Acesso em: 20 mar. 2022.

³¹³ NEVARES, Ana Luiza Maia. A proteção da família no Direito Sucessório: necessidade de revisão? **IBDFAM**, Belo Horizonte, 20 maio 2015a. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1033/A+proteção+da+família+no+Direito+Sucessório:+necessidade+de+revisão%3F>. Acesso em: 15 mar. 2022.

³¹⁴ MAGARIÑOS BLANCO, *op. cit.*, p. 50, tradução livre. Citação original: “*Es el egoísmo, que rompe la cohesión auténtica y no meramente jurídica o formal de la familia. Resulta muy revelador, y paradójico a la vez, que en tal situación los hijos mientras permanecen solteros, continúen, en muchos casos, viviendo con sus padres o, mejor dicho, utilizando la vivienda y los servicios gratuitos de sus padres, sin contribuir para nada al sostenimiento de los gastos comunes. El alejamiento que estamos analizando se hace más patente cuando los padres se jubilan. Estos pierden, entonces, la compañía de las personas con la que trabajaban, y al aislamiento familiar se une el social. Con lo que la jubilación se convierte en la mayoría de los casos en causa de un apartamiento de la vida civil, la cual queda seriamente achicada. Es notorio el desinterés familiar y social por la persona jubilada, que queda desintegrada, teniendo que acudir a centros de la llamada eufemísticamente tercera edad, en los que la relación se produce únicamente con personas que se hallan en la misma situación, y, por tanto, sin el enriquecimiento y vitalidad que supone la comunicación entre generaciones.*”.

Ao destacar o papel do cônjuge frente ao desempenhado pelos filhos, Victorio Magariños Blanco traz a seguinte advertência: “Uma pessoa deseja deixar seus bens para outro que cuide dela, pois seus filhos já situados a visitam formalmente de tempos em tempos, mas não assumem seus cuidados e atenção afetiva”³¹⁵.

Na Argentina, o cônjuge só conserva o direito hereditário se, ao tempo da abertura da sucessão, não estiver divorciado, separado de fato e tenha havido decisão judicial, de qualquer tipo, que tenha levado à cessação da convivência (artigo 2437 do CC/2014).

4.3 De lege ferenda: as mudanças em relação à legítima

A reserva da legítima é analisada em um viés mais amplo, levando em consideração o contexto em que ela se dá na sociedade brasileira atual, visto que foi instituída em período inteiramente divergente do presente. Com isso, é verificado se esta, na prática, alcança sua finalidade primitiva, a qual seria de garantir a proteção da família, e a autonomia do indivíduo no que se refere à liberdade de disposição patrimonial *post mortem*. Outrossim, devem ser ponderadas as possibilidades de mudança na norma sucessória da legítima com o intuito de adequá-la às necessidades dos entes familiares, todavia sem deixar de priorizar o autor da herança como detentor de direitos e vontades, as quais se deve procurar cumprir, sendo, portanto, substancial a reflexão quanto à sua alteração.

4.3.1 A desconstrução principiológica da reserva da legítima no Brasil

A reserva dos herdeiros necessários foi constituída para coagir o falecido a não deixar a família completamente à míngua após sua morte, agarrando-se aos ideais de unidade, colaboração e plena solidariedade familiar, assim como nos valores morais e sociais do dever legal de amparo e assistência entre os entes, fundada na presunção de afeto existente.

Assim, são retratadas características comuns de uma sociedade que remete aos tempos romanos, quando se tem os primeiros registros da previsão legal da proteção do Estado com a família, que se assemelha à legítima conhecida atualmente, estando essas peculiaridades presentes até meados do século XX, ocasião em que era plenamente aceitável socialmente

³¹⁵ MAGARIÑOS BLANCO, 2013, p. 39, tradução livre. Citação original: “Una persona desea dejar sus bienes a otra que le cuida, pues sus hijos ya situados, le visitan protocolariamente de vez en cuando, pero no asumen su cuidado y atención afectiva.”.

este instituto da forma que ele foi, e é empregado até os dias atuais, pois na coletividade à época ainda imperavam esses valores.

Acontece que, com o passar do tempo, as sociedades, assim como suas estimas e anseios, transformaram-se, pois a estrutura familiar não é mais a mesma, tampouco sua necessidade de assistência deve ser suprida de mesmo modo. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald afirmam que “[...] efetivamente, não se pode ignorar a concreta existência de outros valores no sistema jurídico, em especial à luz da pluralidade dos núcleos familiares reconhecida constitucionalmente”³¹⁶, transformações estas que não foram acompanhadas pelo direito sucessório no tocante à reserva da legítima.

Nesse sentido, deve-se discorrer sobre as situações atuais que permeiam sobre as relações familiares para alcançar uma legítima que esteja de acordo com estas, sendo de importante relevância a análise do princípio da igualdade na chefia familiar, que pode ser constatado em dispositivos constitucionais e complementares, nos quais se determina que mulher e homem devem ser tratados como iguais na chefia familiar.

Com isso, observa-se que o *officium pietatis*, que constitui dever do autor da herança com seus herdeiros ainda que este não necessite, deveria cessar juntamente com o poder familiar, pois caso o contrário, torna o filho um permanente credor do patrimônio do genitor, até mesmo quando o titular não possuía mais nenhuma obrigação quanto ao seu sustento.

A importância dada à solidariedade familiar como norteadora da legítima não é absoluta, pois esta valoração moral entre os entes pode sequer não existir, e não assevera que a assistência prestada será suficiente. Assim, observam Roxana Cardoso Brasileiro Borges e Renata Marques Lima Dantas:

O alegado fundamento da solidariedade, mencionado por autores tradicionais, não se sustenta, pois nada garante que beneficiar automaticamente herdeiros necessários seja conduta de solidariedade, ainda que familiar. Em muitas hipóteses, a solidariedade familiar pode ser concretizada na proteção financeira a um parente que não se inclua no rol dos herdeiros necessários. Somente haverá solidariedade quando os herdeiros forem vulneráveis economicamente. Isso porque a transmissão de patrimônio a alguém maior, capaz e apto a se sustentar não consubstancia um ato de solidariedade.³¹⁷

³¹⁶ FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 66-67.

³¹⁷ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; DANTAS, Renata Marques Lima. Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 11, p. 73-91, jan./mar. 2017, p. 88. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/9/8>. Acesso em: 15 ago. 2021.

Nessa circunstância, a solidariedade familiar deve ser pautada com primazia nos herdeiros como indivíduos pertencentes a um grupo, mas que entre estes deve haver diferença de tratamento, pois, por mais que a legítima busque a igualdade entre os entes, há parentes próximos que merecem ser tratados de maneira desigual por carecerem de especial condição. Portanto, deve-se desconstruir a ideia de posição igualitária dos herdeiros, visto que no ambiente familiar, estes assumem posições singulares, as quais precisam ser observadas à luz da legislação, e que se pode encontrar na reserva legal meio para atingir tal distinção.

Ademais, valores existenciais como o afeto, por mais que tenham sua importância como garantidor de efeitos legais no ordenamento jurídico brasileiro, como no caso da parentalidade socioafetiva, não possui igual força no direito sucessório, pois, nesse contexto, ele é atribuído para toda e qualquer unidade familiar, independentemente do caso concreto, o que, na realidade, não é assim que se dá. Rolf Madaleno vê a legítima como

[...] uma via de duas mãos, considerando que ela homenageia o afeto e a solidariedade como nortes das relações familiares, mas devendo admitir que, a contrário senso, ela também pode ser repensada quando os herdeiros necessários são rotundamente ausentes e praticam consciente abandono afetivo, com completa falta de solidariedade em relação ao autor da herança, em uma inapelável mostra de verdadeiros escárnio e de total desconsideração para com a pessoa que, abandonada em sua vida, agora, depois de morto, dele estas pessoas ausentes e indiferentes reivindicam o incontestável direito à legítima [...].³¹⁸

Não se pode, portanto, presumir o afeto à generalidade das relações familiares, quando não é tão rara a ocorrência do abandono afetivo entre os entes. Caso posto, acatar o afeto como base constituidora da reserva dos legitimários, traduz-se em uma monetização deste sentimento, atribuindo-lhe caráter meramente material, uma vez que este não é seu significado.

Em que pese a figura do autor da herança, não se pode esvair da dignidade da pessoa do testador, pois quando detentor de patrimônio e vontade, esse também possui direitos que devem ser atendidos. Destarte, a legítima dos herdeiros necessários afronta ao direito de propriedade do falecido, pois “[...] sendo a herança um prolongamento do direito de propriedade, também ele deve sofrer influência dos conceitos de autonomia privada e função social”³¹⁹. E, conforme amplamente analisado, a autonomia privada presente na liberdade de disposição testamentária do indivíduo é mitigada em face dos legitimários.

³¹⁸ MADALENO, 2020, p. 344.

³¹⁹ BORGES; DANTAS, 2017, p. 84.

Em suma, Ana Luiza Maia Nevares disserta que a sucessão hereditária é disposta entre a propriedade e a família, sendo que esses institutos passaram por profundas mudanças que influenciam na dinâmica em que se postam diante das relações sucessórias, e, por isso, são passíveis de revisão para buscar atender a “[...] propriedade funcionalizada e complexa nos seus variados conteúdos”³²⁰, como também a tutela que deve ser prestada a cada familiar.

Desse modo, são crescentes as críticas quanto à permanência na sociedade atual dos fundamentos originários da reserva da legítima, visto que estes não se encontram na coletividade com a mesma aparência e função, abrindo campo para o questionamento de sua eficácia, como também de apontamentos para sua otimização.

4.3.2 As possíveis melhorias no direito sucessório brasileiro ante a alteração da legítima

Conforme verificado, o êxito de função social que deveria exercer a reserva da legítima não pode ser observado de forma absoluta, posto que esta privilegia os herdeiros necessários como um todo, em prejuízo da autodeterminação do autor da herança, pouco importando a dinâmica social atual.

É em razão do caráter neutro empregado pela norma sucessória aos herdeiros legitimários que esta pode ser caracterizada como lei genérica quanto a seus beneficiários, em que não é considerado o indivíduo como um ser singular, tratando destes como portadores de mesma importância na instituição familiar, que resta prejudicada a legítima, pois se entende que na família atual cada membro exerce papéis diferentes que não devem ser refutados no tocante à herança.

Por universalizar os herdeiros obrigatórios, culmina-se em situações de injustiça no ambiente familiar, pois, a título de ilustração, um sucessor que possui plena capacidade financeira recebe o mesmo quinhão de seu irmão portador de deficiência que lhe incapacitou por completo ao labor, sendo que este sempre sobreviveu sob inteira dependência de seu progenitor. Vindo este a falecer, os herdeiros possuiriam iguais condições hereditárias.

Nessa perspectiva, devem ser elevados os vulneráveis, entendendo por serem estas crianças, adolescentes e portadores de deficiência, mas, no geral, pessoas em condição de dependência de outrem para seu desenvolvimento e manutenção. Roxana Cardoso

³²⁰ NEVARES, Ana Luiza Maia. **A função promocional do testamento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 10.

Brasileiro Borges e Renata Marques Lima Dantas tratam desse grupo de pessoas como sendo os “vulneráveis econômicos” para o direito sucessório, entendendo-se que este termo “[...] não se refere à pessoa que se revela com menos recursos financeiros, mas sim àquela que não possui condições de, por si mesma, assegurar as condições materiais necessárias à proteção de sua dignidade”³²¹.

Logo, é ponderoso e compatível com a solidariedade familiar, conferir proteção direcionada a quem verdadeiramente dependia do autor da herança e conseqüentemente de seu patrimônio, para endossar sua conseguinte sobrevivência, conjuntura esta que não está presente no direito sucessório brasileiro e que é agravada com a presença a legítima.

Destarte, percebe-se, na reserva da legítima, um caminho para atingir tal finalidade, de se adequar ao quadro familiar contemporâneo, porém esse instituto ainda constitui meio de propagação do aumento da desigualdade entre os indivíduos. Rolf Madaleno afirma que não se deve ignorar as transformações sociais, pois

O ser humano e a sociedade evoluíram e adiante disso aumentou a expectativa de vida das pessoas, sendo que os filhos quando se tornam herdeiros já alcançaram sua própria independência financeira, construindo suas riquezas pessoais, sendo certo que o maior investimento proporcionado pelos pais é o acesso dos filhos aos estudos, visto que a transmissão de riqueza não mais se concentra na propriedade ou na administração de uma empresa familiar herdada, mas sim no legado que transmitiram aos filhos em termos de educação, caráter, ética, conhecimento e formação profissional.³²²

Assim, além de beneficiar de maneira justa os vulneráveis econômicos, alterações no *quantum* da reserva legal têm o fito de destituir o legitimário de uma posição confortável na linha sucessória, estimulando-o a procurar meios próprios para acumulação de patrimônio e promoção de sustento, em combate contra o ócio demasiado, pois o que se deve ofertar é uma igualdade de oportunidades para eles se desenvolverem por si só.

Ainda, tendo em consideração a pouca utilização das disposições testamentárias no Brasil, em razão da alteração da legítima e do aumento da capacidade do testador, haveria uma seguinte estimulação à celebração de testamentos, posto que traria maior segurança ao testador no cumprimento de sua vontade e uma possível inversão na prioridade da sucessória, pois a sucessão testamentária superaria a sucessão legítima, tendo esta última a verdadeira função residual a que lhe é conferida no texto do ordenamento jurídico brasileiro.

³²¹ BORGES; DANTAS, 2017, p. 91.

³²² MADALENO, 2020, p. 368.

Por isso, prima-se por uma mudança na legítima também para consumir a autonomia privada presente nas relações patrimoniais, diante da diminuição de interferência estatal no direito de propriedade do indivíduo em face de uma liberdade de testar mais abrangente, que protegeria o direito constitucional de propriedade e de não intervenção garantidos ao autor da herança, ainda assim sem afrontar ao direito dos herdeiros que necessitam.

Em suma, a alteração legislativa na legítima garantiria extensa liberdade individual ao sujeito, elemento importante na autodeterminação da pessoa diante do coletivo, e efetivaria o negócio jurídico que corresponde à confirmação das disposições testamentárias com o cumprimento do juízo de valor feito pelo falecido quando em vida. Sobre esse assunto, aduz Ana Luiza Maia Nevares:

Nessa linha, alcança-se a função promocional do testamento, ou seja, as disposições testamentárias que realizam valores positivos do ordenamento jurídico brasileiro, utilizando-se como método aquele da ponderação dos interesses, diante do já referido cotejo entre os princípios constitucionais da solidariedade e da liberdade, para que sejam alcançadas as soluções que melhor realizam a dignidade da pessoa humana no âmbito da autonomia privada testamentária, quer quando se está diante de disposições de cunho patrimonial, quer quando o objeto de análise são as disposições de cunho existencial.³²³

Haveria uma otimização na utilização do testamento, concretizando sua função social com o indivíduo e seus bens, que por meio deste poderia preservar certas instituições, como empresas, posto que seriam designadas a quem realmente que poderia mantê-la, e que, comumente, essa figura se encontra no contexto familiar. Ademais, o testamento também se prestaria mais a proteger parentes próximos que não são abrangidos pela legítima, mas que necessitam de maior assistência do *de cujus*, ficando a mercê de seu arbítrio.

No entendimento de Flávio Tartuce, “Tal redução, talvez, terá o condão de aumentar o desenvolvimento social e econômico do Brasil, colocando, na mente de todos, a necessidade de busca pelo trabalho, que tanto engrandece o ser humano nos planos pessoal e social”³²⁴. Pois, sob o cabimento desse discurso também se estima a cumulação de patrimônio, a estimulação da iniciativa privada diante da menor intervenção do Estado e da maior autonomia do indivíduo para administrar o legado.

³²³ NEVARES, Ana Luiza Maia. *Clipping* – Direito e Justiça – Função promocional do testamento – Jornal Estado de Minas. **Recivil**, Belo Horizonte, 29 jan. 2014. Disponível em: <https://recivil.com.br/clipping-direito-e-justica-funcao-promocional-do-testamento-jornal-estado-de-minas/>. Acesso em: 15 ago. 2021.

³²⁴ TARTUCE, 2017, p. 33.

4.3.3 O Projeto de Lei n. 3.799/2019 e as possibilidades de alteração no quantum da legítima

O direito à herança é previsto no art. 5º, inciso XXX, da Constituição brasileira, sendo, por essa razão, uma garantia constitucional dos sucessores de alguém. Entretanto, a lei suprema não indica quem são esses sucessores, como também não estabelece quem deve herdar, pois essas são situações previstas no Código Civil, ou seja, é imutável a proteção ao direito de herança, mas não o de sucessão. Clóvis Beviláqua descreve a herança como “[...] direitos e obrigações de uma pessoa morta a outra sobrevivente, em virtude da lei ou da vontade do transmissor”³²⁵. Portanto, ventilar hipóteses de alteração, ou até mesmo de supressão da legítima, é plenamente cabível por não versar sobre matéria inconstitucional, visto que a herança não deixaria de existir, limitando-se a alteração na reserva dos legitimários.

Situação análoga foi constatada à época da tramitação do projeto do Código Civil de 1916, quando se ausentava a reserva da legítima, e foi prevista a liberdade irrestrita de testar, sendo, inclusive, tal dispositivo aprovado no Senado, mas retirado da legislação na votação da Câmara dos Deputados.³²⁶

Por mais que seja cobiçável uma plena liberdade de disposição dos bens *post mortem*, considerada pelos autores antilegitimistas a vigente restrição como uma violência à autonomia do indivíduo, não se pode olvidar da importância de proteção daqueles que realmente dependiam do falecido para sua sobrevivência, ao qual se referem aos “vulneráveis econômicos”, e que despertam o motivo em que não se pode cogitar em sua abolição, conforme é observado por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka:

Uma significativa parte da doutrina nacional defende a ideia de que, no Brasil, deveríamos ter um regime sucessório testamentário que fosse completamente livre, como o é em tantos outros países (e com sucesso), respeitando a autonomia da vontade do testador, e não impondo uma quota invariável aos seus herdeiros necessários sem qualquer observância das condições pessoais de cada um desses herdeiros [...].³²⁷

Assim, mesmo diante do novo contexto social, em que se busca primordialmente proteger os interesses individuais, deve-se consagrar a preservação da dignidade humana e da solidariedade familiar, por serem valores éticos e sociais atribuídos ao titular do patrimônio

³²⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Rio, 1983, p. 2.

³²⁶ TARTUCE, 2017, p. 37.

³²⁷ HIRONAKA, 2018, p. 177.

para com seus dependentes. Nesse viés, a proteção direcionada aos subalternos do autor da herança não ensejaria em prejuízo à sua autonomia privada, pois assim já o fazia em vida, apenas dando continuidade após seu falecimento das obrigações com o outro, visto que não se deve desconstituir de forma absoluta dos valores existenciais. Nessa esfera, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald propõem:

[...] dois relevantes pontos de reflexão: i) havendo herdeiro necessário incapaz, entendemos justificável a restrição à liberdade de testar, por conta da imperiosa necessidade de garantir o provimento da subsistência humana; ii) nada impedirá que o titular do patrimônio, por vontade própria, transmita os bens que entender aos seus filhos, cônjuge, pais, etc.³²⁸

Diante desse raciocínio, o que se busca com a revisão da legítima é impedir a coação que é imposta ao titular do patrimônio de ser tolhido de escolher o destino de seus bens e forçado a beneficiar pessoas, ante a justificativa meramente plausível, e que, caso tivesse a oportunidade não o faria, ou por saber que o herdeiro não precisaria por não querer confiar seus bens aos seus cuidados.

Pretendendo concretizar uma mudança legislativa no que concerne à reserva da legítima, assim como de outras disposições sucessórias consideradas ultrapassadas e que necessitam de alteração, o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) propôs o PL 3.799/2019³²⁹ (Anexo A), com a intenção de garantir maior amparo aos herdeiros vulneráveis diante da ampliação da liberdade do testador.

No projeto legislativo, é proposta a alteração do art. 1.846 do CC/2002, em que se encontra prevista a legítima, para incluir dois parágrafos que tratam da reserva dos vulneráveis, possibilitando ao testador destinar um quarto da legítima ao herdeiro necessário sob esta condição, e ainda delimita o campo dos consideráveis como vulneráveis no direito sucessório. Evidencia-se, portanto, a constituição de uma legítima variável, ideia emprestada de legislações estrangeiras, diferentemente da forma engessada que se tem no presente.

Nesse contexto, diante da hipótese de supressão da legítima como é na atualidade, importa lembrar que já existem formas de beneficiar os herdeiros necessários que independem da figura da legítima para promover a proteção destes, podendo ser citado o direito real de

³²⁸ FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 65.

³²⁹ BRASIL. **Projeto de Lei nº 3.799, de 2019**. Altera o Livro V da Parte Especial da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e o Título III do Livro I da Parte Especial da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, para dispor sobre a sucessão em geral, a sucessão legítima, a sucessão testamentária, o inventário e a partilha. Brasília, DF: Senado Federal, 2019a. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137498>. Acesso em: 16 mar. 2022.

habitação garantido ao cônjuge supérstite, como também os direitos oriundos da assistência securitária, havendo, portanto, outros mecanismos para proteger a família sem necessitar da restrição compulsória da autonomia do *de cujus*.

Da experiência estrangeira, além da legítima variável, também são observadas as previsões legais em forma de alimentos compensatórios, oriundas do direito anglo-saxão, em que se prima pela liberdade do indivíduo, mas também não se deixa inteiramente desamparado o que era dependente do falecido, o qual se torna credor de alimentos até o momento em que seria cessada a obrigação legal do *de cujus* de assistir o sucessor.

Enquanto não há real modificação no que concerne à legítima, vê-se que a legislação está encontrando desdobramentos para assegurar o direito dos vulneráveis econômicos, seja por meio de previsões legais específicas para esses grupos, ou a partir de movimentos doutrinários modernos que reconhecem a importância de tal reforma, ao qual possui na figura de Rolf Madaleno um dos mais importantes antilegitimistas atuais, discorrendo que

As próprias mudanças surgidas do Brasil com o Estatuto da Pessoa com Deficiência acenam para algum reflexo no direito sucessório em relação ao reconhecimento prioritário ou diferenciado de uma legítima, e que para um futuro desdobramento legislativo possa, quiçá, permitir que um ascendente direcione a legítima para os filhos que realmente não dispõem de condições de crescimento pessoal e profissional devido às suas limitações físicas ou mentais [...].³³⁰

A partir do mesmo raciocínio, Ana Luiza Maia Nevares, autora incluída no rol dos modernos sucessionistas que desaprovam o atual modelo da reserva da legítima, prevê que:

Nessa perspectiva, a legislação sucessória deveria prever uma especial atenção aos herdeiros incapazes e idosos e, ainda, aos cônjuges e companheiros quanto a aspectos nos quais realmente dependiam do autor da herança, buscando concretizar na transmissão da herança um espaço de promoção da pessoa, atendendo às singularidades dos herdeiros, em especial diante de sua capacidade e de seus vínculos com os bens que compõe a herança, e ainda, atendendo à liberdade do testador quando não se vislumbra na família aqueles que necessitam de uma proteção patrimonial diante da morte de um familiar.³³¹

Por isso, fala-se de *lege ferenda*, ou seja, uma lei a ser criada ou que precisa ser aperfeiçoada, a fim de que se chegue a um consenso social que concilie os interesses privados e patrimoniais que permeiam as relações sucessórias com as necessidades que emanam dos interesses individuais no contexto familiar. É necessário que haja proteção e solidariedade

³³⁰ MADALENO, 2020, p. 352-353.

³³¹ NEVARES, 2015a, não paginado.

entre seus membros na medida de suas reais necessidades, cabendo a estes serem aliados em busca da promoção de um direito mais justo e igualitário. Nesse sentido, admite-se a sugestão de extinção da legítima que seria mais abrangente do que o PL 3.799/2019, que aguarda desde 02/02/2022 designação de relator no Senado Federal. Isso ajudaria a corrigir essa injustiça com o testador de não poder doar em testamento a totalidade do seu patrimônio na inexistência de descendente economicamente vulnerável ou com alguma deficiência que não o habilite a sobreviver sem essa renda.

4.4 Proposta de projeto de lei defendida em favor da adequação do tratamento dado à legítima pela autonomia privada do testador

Na presente tese, destaca-se a importância de uma proposta de projeto de lei (Apêndice A) que venha a estabelecer novos parâmetros para o direito sucessório no que concerne à limitação ou mesmo extinção da legítima, fazendo com que prevaleça a autonomia do testador.

Ao se analisar a autonomia privada frente à relação conjugal, bem como seus impactos diretos sobre a sucessão, deve ser considerada a corrente que admite a sucessão legítima como um entrave à autonomia da vontade. Tal corrente encontra-se demonstrada no projeto de lei proposto (Apêndice A), com o fito de se abordar a sucessão em geral, a sucessão testamentária de todos os bens e a sucessão legítima. Nesse sentido, é possível sugerir a possibilidade de sua extinção pela percepção de sua inconstitucionalidade.

As críticas doutrinárias pertinentes à legítima dos descendentes e ascendentes concernem, fundamentalmente, à sua neutralidade e à ausência de flexibilização em si. A reserva de metade do patrimônio do autor da herança a ser destinada aos herdeiros necessários, conforme estabelece a legislação vigente, não demonstra correlação alguma com questões referentes à necessidade ou mesmo merecimento, e sem que o autor da herança venha a poder exercer nenhum tipo de influência nesse processo. Sob essa perspectiva, suscitou-se o projeto de lei proposto na presente tese, visando a readequar a maneira como a legítima encontra-se regulada pelo ordenamento jurídico pátrio.

Já quanto à limitação da autonomia privada, destaca-se a relevância de uma transformação social percebida no contexto familiar atual. O cotidiano da convivência familiar aliado à pluralidade familiar, a viabilidade de constituição, dissolução e

recomposição familiar e a influência do aspecto afetivo como elemento determinante para a configuração das relações familiares suscitam o questionamento quanto ao fato de que a legítima, no panorama atual, estaria realmente atendendo a todos os anseios sociais e, fundamentalmente, à solidariedade familiar.

Outras perspectivas sociais promovem tais discussões. Nesse sentido, vale ressaltar a concepção atual de uma maior longevidade, a qual influencia no fato de que, no momento da sucessão, os indivíduos herdeiros não necessitem mais do patrimônio do autor da herança para prover o próprio sustento e o de sua família. Desse modo, tal entendimento não seria tido como justificativa para que haja a limitação da autonomia privada imposta ao autor da herança, ao se tratar, após sua morte, da disposição de todo seu patrimônio.

A crítica em relação aos cônjuges chega a ser mais incisiva, pois a ideia defendida é a de que a imputação do cônjuge como parte herdeira necessária, em razão da plena viabilidade de formação e dissolução dos casais e, por conseguinte, da fluidez de tais relações, envolveria mais uma questão propriamente de destino, ou mesmo sorte, por esta ocupar tal posição no instante do falecimento de seu consorte, não sendo assim considerada questão em que se evidenciaria a solidariedade familiar.³³²

Considerando uma nova concepção da legítima, Mário Luiz Delgado admite a manifestação de críticas exaustivas a ela direcionadas, as quais se fazem necessárias serem concebidas como fundamentais, vez que traçam um novo panorama geral das apreciações levantadas quanto à reserva da legítima e a necessidade da adequação legislativa em relação ao tema.³³³

No que concerne aos cônjuges, por conta de se constatar o crescimento considerável das famílias recompostas e da viabilidade e agilidade para a alteração do estado civil, Mário Luiz Delgado dispõe que cônjuge sobrevivente como parte ilegítima, não devendo constar como herdeiro necessário.³³⁴ Tal entendimento justifica-se pelo fato de que tal imposição não teria relação alguma com aspectos afetivos ou de solidariedade. Sua concepção envolveria

³³² PEREIRA, Renata Ramos Carrara; PEGHINI, Cesar Calo. A legítima dos herdeiros necessários e proteção constitucional à herança: possibilidade de adaptação à nova realidade no âmbito familiar? **Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento**, ano 6, ed. 12, v. 1, p. 50-83, dez. 2021. Disponível em: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/protecao-constitucional>. Acesso em: 26 mar. 2022.

³³³ DELGADO, Mário Luiz. O cônjuge e o companheiro como herdeiros necessários. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, ano 4, n. 5, p. 1253-1283, 2018, p. 1257. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/5/2018_05_1253_1283.pdf. Acesso em: 26 mar. 2022.

³³⁴ *Ibid.*, p. 1258.

somente o preenchimento de requisito formal, ou seja, estar casado no período da morte de seu cônjuge.

Sob essa perspectiva, a necessidade de reavaliação da legítima pode ser também justificada pela perda da função familiar, admitida como unidade de produção. Sendo este um fato, não justificaria a admissão da obrigatoriedade de transmissão do modo que é imposto pela lei atualmente, sem que haja nenhum qualquer.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho³³⁵ corroboram com as concepções apresentadas acima, na medida em que questionam a eficácia social, bem como o estabelecimento da justiça quando da aplicação do instituto da legítima com a conformação instituída nos dias de hoje. Nesse ínterim, o que se percebe é uma alta demanda de ações judiciais impetradas em razão da discórdia entre parentes e herdeiros. Desse modo, os referidos autores apresentam alternativas, veja-se:

Poderia, talvez, o legislador resguardar a necessidade da preservação da legítima apenas enquanto os herdeiros fossem menores, ou caso padecessem de alguma causa de incapacidade, situações que justificariam a restrição à faculdade de disposição do autor da herança. [...]. Ademais, se quisesse beneficiar um descendente seu ou a esposa, que mais lhe dedicou afeto, especialmente nos últimos anos de vida, poderia fazê-lo por testamento, sem que isso, em nosso sentir, significasse injustiça ou desigualdade, uma vez que o direcionamento do seu patrimônio deve ter por norte especialmente a afetividade.³³⁶

Para o exame da estrutura da função da legítima, exige-se que antes se compreenda o sentido a ser extraído do “direito à herança”, o qual, pela primeira vez no Brasil, passa a ter *status* de norma constitucional. Sua natureza jurídica é de garantia institucional, assim como de direito subjetivo, razão pela qual é cláusula pétrea. Em vista disso, seu núcleo essencial deve ser preservado enquanto estiver em vigor a Constituição Federal de 1988.

Enquanto direito subjetivo, sua aplicação resulta na produção de efeitos jurídicos em favor dos destinatários da norma, razão pela qual a abertura da sucessão, fato único e necessário para o aperfeiçoamento da transmissão da herança, faz consolidar em favor do herdeiro uma posição jurídica que lhe permite gozar do direito adquirido à herança. Como garantia institucional, revela que o legislador ordinário tem o dever de disciplinar sua amplitude, sua conformação, seu conteúdo e seus modos de exercício (aspecto estrutural).

³³⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito das sucessões**. 7. ed. São Paulo: Saraiva educação, 2020, v. 7, p. 37.

³³⁶ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, *loc. cit.*

Porém, seu aspecto funcional, seja ele positivo (ou protetivo) ou negativo (ou punitivo), é disciplinado diretamente pela própria Constituição.

Além do que, o texto constitucional não especifica, de modo direto e expresso, a forma como se dá a aplicação do direito à herança, a fim de que seu âmbito de proteção é estritamente normativo, dependendo, portanto, de formulação legal posterior que o regulamente. De qualquer maneira, a conformação legal (aspecto estrutural) deve orientar-se segundo os valores constitucionais (aspecto funcional). Sob essa perspectiva, o legislador está impedido de frustrar a concretização do direito à herança, com a adoção de atos tendentes a torná-lo inaplicável ou subutilizado.

Para compreender a limitação imposta ao legislador ordinário, examinou-se o sentido do direito à herança de acordo com as interpretações jurídica (ou semântica, gramatical e literal), histórica, teleológica e sistemática.

Sob a perspectiva semântica, gramática ou literal, tem-se que o destinatário da herança é aquele que ocupa a condição de herdeiro, sem abranger o legatário. A interpretação da Constituição exige a valoração dos vocábulos que tragam carga semântica, de modo a orientar o intérprete quanto ao seu sentido. Entretanto, não é possível limitá-lo de modo excessivo, fazendo com que sejam excluídos possíveis âmbitos de incidência. Por outro lado, não se deve desconsiderar ou distorcer os termos utilizados pelo texto constitucional, desprezando ou invertendo seu significado. Em verdade, deve haver a compatibilização do contexto social ao jurídico, aplicando o vocábulo segundo o sentido que lhe é usualmente atribuído, evitando interpretação demasiadamente restritiva ou excessivamente expansiva. Tem-se, contudo, que a interpretação gramatical não é, por si só, suficiente a possibilitar uma solução conclusiva, fazendo-se necessário explorar os demais modos interpretativos.

A interpretação histórica pretende mensurar os elementos históricos, possibilitando compreender o contexto em que o instituto veio a surgir. A previsão constitucional do direito à herança originou-se quando estava em vigor o Código Civil de 1916, sendo que tanto neste como na doutrina a palavra “herança” não apresentava sentido unívoco. Em ambos, preponderava sua utilização no sentido mais amplo, representando o significado de “patrimônio”.

Sendo assim, ao se referir à herança, no mais das vezes, estava-se a referir à totalidade dos bens que uma pessoa deixava quando da abertura da sucessão, nela estando a incluir

tanto a herança destinada ao herdeiro como o legado dirigido ao legatário. Por outro lado, analisando os anais do processo legislativo, que resultaram na Constituição Federal de 1998, percebe-se que os constituintes relacionavam o “direito de herança” ao “direito sucessório”, valendo-se, assim, de um sentido mais abrangente que “herança” propriamente dita, mas com o sentido de que se tratava do patrimônio deixado pelo *de cuius*.

No que concerne à interpretação teleológica, percebe-se que a tutela jurídica pretendida pela Constituição Federal de 1988 foi significativamente distinta das previstas nas ordens constitucionais anteriores. O direito à herança, enquanto decorrência da propriedade e da família, passa a ser compreendido segundo sua função social, que, ao se relacionar à dignidade da pessoa humana, dirige-se à promoção da pessoa. Nesse passo, a conjugação dos valores constitucionais remete à noção de viabilizar ao ser humano uma vida digna e livre, fazendo-a por meio da realização de uma justiça distributiva.

De outro modo, a sucessão legítima, por ser a modalidade que pretende resguardar a família, é expressão da solidariedade familiar, assim como do direito à herança. A consequência dessa compreensão é que, com a promulgação da Constituição de 1988, o individualismo e o autoritarismo perderam força, passando a prevalecer a solidariedade, a repersonalização e a despatrimonialização das relações sucessórias. Portanto, o direito sucessório deixa de objetivar apenas satisfação pessoal do autor da herança, e passa também a considerar o papel protetivo a ser exercido em favor do sucessor.

A interpretação sistemática identifica-se como a responsável pela conjugação das normas constitucionais, partindo-se do pressuposto que o direito é um sistema, razão pela qual a interpretação deve impedir contradições e antinomias no ordenamento. Por essa razão, adota-se o princípio da unidade da Constituição enquanto mecanismo apto a conformar aparentes colisões entre os valores e os interesses constitucionalmente protegidos. Além do que, a Constituição incide de modo direto e imediato nas relações jurídicas, possibilitando a efetivação dos seus valores em todas as áreas do direito, inclusive na esfera das relações privadas, objetivando alcançar a máxima realização de suas normas.

Considerando que o direito à herança é expressão dos valores da família (art. 226, *caput*, CF/88) e da propriedade (art. 5º, *caput* e XXII, CF/88), deve associar-se aos princípios da liberdade (autonomia privada ou autodeterminação pessoal) (art. 5º, *caput*, CF/88), da solidariedade (familiar e intergeracional) (art. 3º, I, CF/88), da igualdade (material ou

substancial) (art. 5º, II, CF/88), da afetividade e da função social da propriedade (art. 5º, XXIII, CF/88), os quais decorrem da dignidade da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana integra o núcleo essencial dos direitos fundamentais, de modo que, na colisão entre eles, aquela passa a ser o elemento a orientar a compreensão mais adequada.

Nesse sentido, admite-se a importância da exclusão de artigos pertinentes ao tema dentro do Código Civil, para que seja possível a doação de 100% do patrimônio ao indivíduo que de fato cuidar e acompanhar a pessoa que fizer o testamento, anulando a questão da legítima e privilegiando a autonomia da vontade soberana do testador em perfeitas condições físicas e mentais para realizar o referido ato final de disposição dos seus bens.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, buscou-se defender a necessidade de repensar o instituto da legítima, o qual restringe bastante a autonomia da vontade do testador. Desse modo, propõe-se com esta tese de doutorado que a legítima seja extinta, tornando possível que o testador, com fundamento na autonomia da vontade, possa dispor plenamente de todo seu patrimônio, estabelecendo-se uma alteração no Código Civil brasileiro, por meio da proposta de projeto de lei apresentada no Apêndice A, em que a ementa considera a alteração do Livro V da Parte Especial da Lei n. 10.406/2002, para dispor sobre a sucessão em geral, a sucessão testamentária de todos os bens e a sucessão legítima.

Tal alteração concerne à exclusão da obrigatoriedade dos herdeiros necessários, o testador poderia realizar a doação em vida para quem lhe deu assistência, e não para a família que o abandonou e que, somente após sua morte, reapareceu para pleitear seu patrimônio.

O que se propõe com a presente tese diverge, em parte, do PL 3.799/2019, o qual dispõe sobre a modernização do direito de sucessões. O objetivo não é tão somente a ampliação da liberdade do testador, como consta no referido projeto de lei, mas também a extinção completa do instituto da legítima.

Há de se considerar o fato de que, sob a perspectiva do princípio da proporcionalidade, a supressão da legítima incidiria em inconstitucionalidade, vez que seria evidenciada uma limitação do direito à herança sem a devida previsão constitucional.

Ao se analisar a intervenção do Estado no direito à propriedade privada do testador, torna-se difícil identificar a função social dentro da restrição legal estabelecida na metade da herança disponível. Esta pode ser admitida somente havendo grave ofensa ao direito à propriedade. Não se busca aqui discutir a função social da propriedade privada em sua integralidade, mas sim, apenas no caso específico da sucessão testamentária, o instrumento da proteção à legítima que suscita a desnaturação pelo fato de que um dos elementos fundamentais à condição de proprietário é justamente, além de gozar, fazer uso e reivindicar, poder também dispor livremente de sua propriedade.

A função social do direito deve ser conciliada junto ao direito do proprietário de dispor dos seus bens, não se sobrepondo de tal modo à quase inutilização da autonomia da vontade do testador, como se dá na sucessão testamentária.

Vale ressaltar que esta tese destacou o tema relativo à autonomia do testador na sucessão testamentária sob a perspectiva constitucional brasileira, evidenciando a importância da função social do direito sucessório e a autonomia privada do testador.

As normas do Código Civil brasileiro devem ser compreendidas em conformidade plena com as regras e princípios constitucionais, os quais prevalecem sobre aquelas. Havendo dúvida, a busca pelo entendimento deve encontrar o sentido que melhor venha a contemplar o direito do herdeiro, ao invés da vontade presumida do indivíduo autor da herança.

Nesse sentido, com a concepção de que seja a vontade do testador, o critério prevalente de interpretação do testamento sucumbiu. A vontade do testador é concebida até o ponto que não venha a comprometer a garantia do direito dos herdeiros, devendo estar em conformidade com este, bem como os demais princípios constitucionais, com destaque para a função social do testamento.

Foi possível analisar o instituto do direito sucessório brasileiro que é a reserva da legítima, sendo permitido vislumbrá-lo sob diversas perspectivas, as quais possibilitaram chegar a variados entendimentos e à avaliação de circunstâncias que permeiam a reserva legal, considerando que sua essência seria a de proteger e garantir a mínima dignidade aos membros familiares.

A ideia de famílias bem estruturadas e imutáveis, entretanto, não condiz com a realidade das relações familiares atuais. É por este fato que foi possível observar que a legítima foi fundada com base em uma sociedade que não mais se identifica com a sociedade moderna, uma vez que esta sofreu profundas transformações, tanto em sua estrutura como nos valores existenciais que lhes solidificam, as quais devem ser levadas em consideração para reger sua dinâmica.

Os princípios como a solidariedade familiar e o princípio da dignidade da pessoa humana têm suas relevâncias ao se referir à legítima como meio de alcançar, por meio da intervenção estatal (lei), um núcleo familiar mais colaborativo, assim como a presunção do afeto como vínculo presente entre os entes. Porém, esses não mais constituem esteio suficiente que justifique a permanência da legítima nos moldes em que se apresenta nas relações hereditárias.

É certo que em uma família pode não existir afeto, assim como a solidariedade entre os parentes pode ser prestada de diversas formas, até mesmo mais eficazes. Por isso, deve-se

ter em mente que a sociedade é mutável, e, com ela, as relações familiares se alteram, restando à legislação acompanhar essas transformações.

Destarte, foi visto que a legítima implica em uma marcante interferência na vida do titular do patrimônio, pois os direitos atribuídos aos legitimários não se justificam suficientes diante da violação ao direito de propriedade do autor da herança, a qual também prova profunda interferência nas relações testamentárias atuais, incidindo até na pouca utilização da prática testamentária no país.

Tendo em vista que a autonomia privada é a base das relações patrimoniais e que é importante ao indivíduo na construção e acumulação de bens a sensação de senhor do destino destes, necessita-se que seja conferido ao sujeito verdadeira autodeterminação para com seu patrimônio, desgarrado das amarras legais impostas pela atual legítima, a qual “prende” desmedidamente metade dos bens do falecido.

Vale frisar que, por mais que se intente a liberalidade testamentária, há herdeiros incluídos na classe dos “vulneráveis econômicos”, no geral, crianças, adolescentes e pessoas com alguma deficiência, que necessitam de assistência especial e que carecem de fato da interferência estatal para garantir sua manutenção e desenvolvimento.

As experiências estrangeiras devem ser vistas como inspiração para o sistema jurídico brasileiro na busca de uma legítima mais justa, visto que há previsão deste instituto em países de ordenamento jurídico semelhante ao do Brasil, como o da Argentina, que já sofreu modificações para se adequar à realidade atual. Ainda não podem ser descartados os modelos mais radicais, em que predomina maior liberdade de testar, mas que também não deixam de assistir ao herdeiro que necessita de auxílio.

Conclui-se, portanto, que há dois pontos principais a serem levados em consideração nas modificações da legítima, quais sejam: a ampliação do direito de testar, garantindo maior autonomia do titular do patrimônio, ou seja, 100% do patrimônio e não apenas 50%; e a preservação dos direitos dos herdeiros vulneráveis econômicos com alguma deficiência que os impeça de trabalhar e ter a própria subsistência, aos quais não se pode refutar a necessidade de serem garantidos pelo autor da herança, a fim de que seja equilibrada a presença deste instituto na sociedade atual.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- ALMEIDA, Felipe Cunha de. Da indignidade à deserdação: formas de exclusão da sucessão na visão da doutrina e da jurisprudência. **Revista Síntese: Direito de Família**, São Paulo, ano XV, n. 86, p. 9-32, out./nov. 2014.
- BANKS, Eduardo. Conheçam a sentença que anulou o testamento de Chico Anysio. **Tribuna da Imprensa Livre**, Rio de Janeiro, 25 jun. 2020. Disponível em: <https://tribunadaimprensa livre.com/conhecamos-a-sentenca-que-anulou-o-testamento-de-chico-anysio/>. Acesso em: 22 abr. 2021.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Rio, 1983.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; DANTAS, Renata Marques Lima. Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 11, p. 73-91, jan./mar. 2017. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/9/8>. Acesso em: 15 ago. 2021.
- BRAGA, Pérola Melissa Vianna. **Curso de direito do idoso**. São Paulo: Atlas, 2011.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Inconstitucionalidade da distinção de regimes sucessórios alcança decisão anterior que prejudicou companheira. **Notícias do STJ**, Brasília, DF, 17 ago. 2021e. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portaldp/Paginas/Comunicacao/Noticias/17082021-Inconstitucionalidade-da-distincao-de-regimes-sucessorios-alcanca-decisao-anterior-que-prejudicou-companheira.aspx>. Acesso em: 22 mar. 2022.
- CABRAL, Marcella Kfourri Meirelles; BUFACCHI, Daniela Antonelli Lacerda. Sucessão do cônjuge e companheiro: questões polêmicas. In: DINIZ, Maris Helena (coord.). **Sucessão do cônjuge, do companheiro e outras histórias**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 11-52.
- CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso avançado de direito civil: direito das sucessões**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. 6.
- CAHALI, Francisco José; ROSA, Karin Regina Rick. Requisitos e procedimentos para lavratura da escritura pública de inventário e partilha. In: CAHALI, Francisco José *et al.* **Escrituras públicas: separação, divórcio, inventário e partilha consensuais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 67-147.

CALDAS, Luana Maria Figueiredo de Lima; MORAIS, Rosângela Maria Rodrigues Medeiros Mitchell de. Herança digital: bens virtuais como patrimônio sucessório. **Revista de Estudos Jurídicos do UNI-RN**, Natal, n. 3, p. 121-151, jan./dez. 2019. Disponível em: <http://revistas.unirn.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/657/478>. Acesso em: 22 dez. 2021.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano moral do direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CASTRO, Eduardo M. L. Rodrigues. **Tributos em espécie para concursos**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

CONTE, Victor André. **Introdução ao estudo da responsabilidade civil**. Curitiba: Juruá, 2019.

CORTIANO JÚNIOR, Eroulths; ROBL FILHO, Ilton Norberto. O ensino do direito civil: breve ensaio sobre o ensino do direito das sucessões. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. 2, p. 651-666.

COSTA FILHO, Marco Aurélio de Farias. Herança digital: valor patrimonial e sucessão de bens armazenados virtualmente. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**, Recife, n. 9, p. 187-215, 2016. Disponível em: <https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/152/143>. Acesso em: 25 jul. 2021.

DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. **Aspectos polêmicos na sucessão do cônjuge sobrevivente**: de acordo com a Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. São Paulo: Letras Jurídicas, 2004.

DANTAS, Renata Marques Lima. Autonomia privada no direito sucessório: a necessidade de revisar a permanência da legítima. **Revista eletrônica Direito UNIFACS – Debate Virtual**, Salvador, n. 183, p. 1-25, set. 2015. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3877/2648>. Acesso em: 23 mar. 2022.

DELGADO, Mário Luiz. O cônjuge e o companheiro como herdeiros necessários. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, ano 4, n. 5, p. 1253-1283, 2018. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/5/2018_05_1253_1283.pdf. Acesso em: 26 mar. 2022.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013a.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013b.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 6.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 5.

DUTRA, Elder Gomes. **Premissas para um “direito sucessório mínimo”**: a reconstrução do papel da legítima e a superação da vedação irrestrita dos pactos de herança como obstáculos ao efetivo planejamento patrimonial-sucessório no Brasil. 2021. 259 f. Tese (Doutorado em Função Social do Direito) – Faculdade Autônoma de Direito, São Paulo, 2021.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil**: sucessões. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 7.

FERRIANI, Luciana de Paula Assis. **Sucessão do companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

FLUMIGNAN, Silvano José Gomes; FLUMIGNAN, Wévertton Gabriel Gomes. Herança digital: barreiras e possíveis soluções. In: DE LUCCA, Newton *et al.* (coord.). **Direito & Internet IV**: sistema de proteção de dados pessoais. São Paulo: Quartir Latin, 2019. p. 287-301.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das leis civis**. Brasília, DF: Senado Federal, 2003. v. 2.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha; AGUIRRE, Joao Ricardo Brandão; PEIXOTO, Maurício Muriack de Fernandes e. Transmissibilidade do acervo digital de quem falece: efeitos dos direitos da personalidade projetados *post mortem*. **Constituição, Economia e Desenvolvimento**: revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, v. 10, n. 19, p. 564-607, jul./dez. 2018. Disponível em: <https://abdconstojs.com.br/index.php/revista/article/view/192/189>. Acesso em: 10 ago. 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: direito das sucessões. 7. ed. São Paulo: Saraiva educação, 2020. v. 7.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil**: sucessões. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 7.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito das sucessões. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 7.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 6.

GONÇALVES, Maria Isabel Paes. O direito sucessório do(a) companheiro(a) no novo Código Civil. **Série Aperfeiçoamento de Magistrados**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 13, p. 27-43, 2013. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumeII/10anoscodigocivil_volII_27.pdf. Acesso em: 10 maio 2021.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2001.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Ação de rompimento de testamento público. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 17, p. 171-197, jul./set. 2018. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/download/277/235>. Acesso em: 26 maio 2021.

LEAL, Adriano José. **Inventários e partilhas**: doutrina, prática, legislação, jurisprudência. 3. ed. São Paulo: J. H. Mizuno, 2010.

LEAL, Livia Teixeira. Internet e morte do usuário: a necessária superação do paradigma da herança digital. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 16, p. 181-197, abr./jun. 2018. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/237>. Acesso em: 22 dez. 2021.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil**: famílias. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. v. 1.

LUZ, Valdemar Pereira da. **Manual de direito de família**. Barueri: Manole, 2009.

MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MAGARIÑOS BLANCO, Victorio. La libertad de testar: una reforma necesaria. **Revista Internacional del Notariado**, Buenos Aires, n. 118, p. 37-57, 2013. Disponível em: https://www.onpi.org.ar/RIN_repository/RIN_118-es.pdf. Acesso em: 20 mar. 2022.

MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. v. 1.

MELO, Nehemias Domingos de. **Lições de direito civil**: família e sucessões. São Paulo: Atlas, 2014. v. 1.

MILLÁN, Fernando. El principio de solidaridad familiar como mejora a favor del heredero con discapacidad. **Revista de Derecho de Familia y de las Personas**, Buenos Aires, año 4, n. 6, p. 245-252, jul. 2012. Disponível em: <http://millanfernando.blogspot.com/2012/07/el-principio-de-solidaridad-familiar.html>. Acesso em: 26 mar. 2022.

MORAES, Walter. **Programa de direito das sucessões**: teoria geral e sucessão legítima. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**: direito das sucessões. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 6.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil anotado e legislação extravagante**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NEVARES, Ana Luiza Maia. **A função promocional do testamento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

NEVARES, Ana Luiza Maia. A proteção da família no direito sucessório: necessidade de revisão? **IBDFAM**, Belo Horizonte, 20 maio 2015a. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/>

artigos/1033/A+proteção+da+família+no+Direito+Sucessório:+necessidade+de+revisão%3F. Acesso em: 15 mar. 2022.

NEVARES, Ana Luiza Maia. **A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015b.

NEVARES, Ana Luiza Maia. *Clipping* – Direito e Justiça – Função promocional do testamento – Jornal Estado de Minas. **Recivil**, Belo Horizonte, 29 jan. 2014. Disponível em: <https://recivil.com.br/clipping-direito-e-justica-funcao-promocional-do-testamento-jornal-estado-de-minas/>. Acesso em: 15 ago. 2021.

OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. **Tratado de direito das sucessões**: da sucessão em geral e da sucessão legítima. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952. v. 1.

PENA JR., Moacir César. **Curso completo de direito das sucessões**: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito de família**. 23. ed. Rio de Janeiro: Gen, 2015.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**: direito das sucessões. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 6.

PEREIRA, Renata Ramos Carrara; PEGHINI, Cesar Calo. A legítima dos herdeiros necessários e proteção constitucional à herança: possibilidade de adaptação à nova realidade no âmbito familiar? **Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento**, ano 6, ed. 12, v. 1, p. 50-83, dez. 2021. Disponível em: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/protecao-constitucional>. Acesso em: 26 mar. 2022.

PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais: a preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição Mexicana de 1917. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 43, n. 169, p. 101-126, jan./mar. 2006. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/92449>. Acesso em: 20 ago. 2021.

POUND, Roscoe. Law in books and law in action. **American Law Review**, Boston, MA, v. 44, n. 12, p. 12-36, 1910. Tradução de Victor Schollaert.

PRETTO, Cristiano. **Autonomia privada e testamento**: liberdade e limite no direito de testar no Código Civil de 2002. Porto Alegre: Fabris, 2015.

RIBEIRO, Ney Rodrigo Lima. Direito à proteção de pessoas falecidas: enfoque luso-brasileiro. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (org.). **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 424-462.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: direito das sucessões. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 7.

ROSENVALD, Nelson. A responsabilidade civil por omissão de cuidado inverso. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (coord.). **A responsabilidade civil no direito de família**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 311-331.

SANTOS, Everton Silva; CASTIGLIONI, Tamires Gomes da Silva. Herança digital: a transmissão de bens virtual. **Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias**, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 104-115, jul./dez. 2018. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadgnt/article/view/4805/pdf>. Acesso em: 17 ago. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. A evolução da proteção patrimonial dos cônjuges no direito de família: um estudo de caso do regime de separação de bens. **Revista de Derecho Privado**, Bogotá, n. 30, p. 55-82, enero/jun. 2016. p. 63-64. DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.n30.03>. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/rdp/n30/n30a03.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2022.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito das sucessões. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 6.

VELOSO, Zeno. **Comentários ao Código Civil**: parte especial: direito das sucessões. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 21.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: sucessões. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. v. 6.

VILAS BOAS, Marco Antonio. **Estatuto do idoso comentado**: artigo por artigo. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

Jurisprudência citada

BRASIL. Superior de Tribunal de Justiça. **Recurso Extraordinário nº 878.694/MG**. Direito constitucional e civil. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros. [...]. Relator: Min. Roberto Barroso, 10 de maio de 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14300644>. Acesso em: 10 ago. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 1.203.182/MG**. Recurso especial. Direito civil. Sucessão. Inventário. Depósito judicial dos aluguéis auferidos de imóvel do espólio. Concorrência de irmão bilateral com irmãos unilaterais. Inteligência do art. 1.841 do Código Civil. [...]. Relator: Min. João Paulo de Tarso Sanseverino, 19 de setembro de 2013a. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201001284482&dt_publicacao=24/09/2013. Acesso em: 22 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 1.904.374/DF**. Declaração de inconstitucionalidade. Efeito *ex tunc* como regra. Modulação temporal de

efeitos e eficácia *ex nunc* como exceção. Interpretação restritiva da modulação de efeitos. Necessidade. Tema 809/STF. [...]. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 13 de abril de 2021f. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201001284482&dt_publicacao=24/09/2013. Acesso em: 22 abr. 2021.

BRASIL. Superior de Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Extraordinário nos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1.693.718/RJ**. Recurso Extraordinário. Destinação de restos mortais. Direito civil. Código Civil. Lei de registros públicos. Lei 9.434/97. Matéria infraconstitucional. [...]. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura, 25 de outubro de 2019b. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/876011573/re-nos-edcl-no-recurso-especial-re-nos-edcl-no-resp-1693718-rj-2017-0209642-3>. Acesso em: 10 ago. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 950.301/SP**. Agravo regimental. Recurso especial. Embargos declaratórios. Pretensão de efeitos infringentes. Violação do artigo 535, I e II, do CPC. Não ocorrência. Fundamentação deficiente. Súmula nº 284/STF. [...]. Relator: Min. João Otávio de Noronha, 22 de junho de 2010b. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200701085277&dt_publicacao=01/07/2010. Acesso em: 22 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Arguição de Inconstitucionalidade no Recurso Especial nº 1.135.354/PB**. Incidente de arguição de inconstitucionalidade. Art. 1.790, incisos III e IV do Código Civil de 2002. União estável. Sucessão do companheiro. Concorrência com parentes sucessíveis. [...]. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 24 de maio de 2011b. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21120937/arguicao-de-inconstitucionalidade-no-recurso-especial-ai-no-resp-1135354-pb-2009-0160051-5-stj>. Acesso em: 25 maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Arguição de Inconstitucionalidade no Recurso Especial nº 1.291.636/DF**. Recurso especial. União estável. Regime sucessório. Art. 1.790, *caput*, do Código Civil. Arguição de inconstitucionalidade. [...]. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 11 de junho de 2013b. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/61941351/stj-21-11-2013-pg-1454>. Acesso em: 20 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial nº 147.959/SP**. Direito civil. Testamento público. Falecimento da herdeira testamentária antes da testadora. Nomeação posterior das filhas da herdeira por procuração particular. Impossibilidade. Rigor formal. Solenidade essencial. [...]. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 14 de dezembro de 2000. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199700644324&dt_publicacao=19/03/2001. Acesso em: 22 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial nº 176.473/SP**. Direito civil e sucessório. Aplicação da analogia como método integrativo. Testamento. Validade. Parentes de legatário que figuraram como testemunhas do ato de disposição. Interpretação do artigo 1.650, do Código Civil. [...]. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 21 de agosto de 2008. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199800400966&dt_publicacao=01/09/2008. Acesso em: 22 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial nº 521.697/RJ**. Civil. Danos morais e materiais. Direito à imagem e à honra de pai falecido. Os direitos da

personalidade, de que o direito à imagem é um deles, guardam como principal característica a sua intransmissibilidade. Nem por isso, contudo, deixa de merecer proteção a imagem e a honra de quem falece, como se fossem coisas de ninguém, porque elas permanecem perenemente lembradas nas memórias, como bens imortais que se prolongam para muito além da vida, estando até acima desta, como sentenciou Ariosto. [...]. Relator: Min. Cesar Asfor Rocha, 16 de fevereiro de 2006. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7173288/recurso-especial-resp-521697-rj-2003-0053354-3/inteiro-teor-12903408>. Acesso em: 10 ago. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial nº 1.065.209/SP**. Direito civil. Família. Sucessão. Comunhão universal de bens. Sucessão aberta quando havia separação de fato. Impossibilidade de comunicação dos bens adquiridos após a ruptura da vida conjugal. [...]. Relator: Min. João Otávio de Noronha, 8 de junho de 2010c. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200801227947&dt_publicacao=16/06/2010. Acesso em: 22 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial nº 1.552.553/RJ**. Recurso especial. Direito das sucessões. Bem gravado com cláusula de inalienabilidade. Cônjuge que não perde a condição de herdeiro. [...]. Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti, 24 de novembro de 2015. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201402892128&dt_publicacao=11/02/2016. Acesso em: 22 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 82.424/RS**. *Habeas-corpus*. Publicação de livros: anti-semitismo. Racismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Liberdade de expressão. Limites. Ordem denegada. [...]. Relator: Min. Moreira Alves, 17 de setembro de 2003. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginador/pub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 10 ago. 2021.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (6. Turma). **Apelação Cível nº 31884120058070006/DF**. Código Civil. Inventário. União estável. Companheira sobrevivente. Meação e sucessão. [...]. Relatora: Desa. Ana Maria Duarte Amarante Brito, 29 de abril de 2009. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5861438/apelacao-ci-vel-apl-31884120058070006-df-0003188-4120058070006>. Acesso em: 20 jun. 2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Processo nº 1.0707.01.033170-0/001(1)/MG**. Civil – Ação declaratória de inexistência de causas de deserdação – Causas apontadas no testamento e comprovadas pela prova testemunhal – Pedido improcedente – Sentença reformada. [...]. Relator: Edilson Fernandes, 5 de setembro de 2006. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5900794/107070103317000011-mg-1070701033170-0-001-1/inteiro-teor-12038195>. Acesso em: 10 ago. 2021.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Agravo de Instrumento nº 0004177-03.2003.8.19.0000/RJ**. Agravo de Instrumento. Inventário. Sucessão aberta após a vigência do novo Código Civil. Direito sucessório de companheiro em concurso com irmãos do obituado. Inteligência do art. 1790, III da novel legislação. Direito a um terço da herança. [...]. 18ª Câmara Cível. Relator: Des. Marcus Antonio de Souza Faver, 16 de março de 2004. Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/416991598/>

agravo-de-instrumento-ai-41770320038190000-rio-de-janeiro-capital-4-vara-orfaos-suc. Acesso em: 22 jun. 2021.

RIO DE JANEIRO. Tribunal do Estado do Rio de Janeiro. **Agravo de Instrumento nº 0053635-37.2013.8.19.0000/RJ**. Agravo de instrumento. Inventário. Sucessão. Concorrência entre companheira sobrevivente e colateral. Recurso interposto pelo irmão do falecido pretendendo ser habilitado na herança em concorrência com a companheira. [...]. 6ª Câmara Cível. Relatora: Desa. Inês da Trindade Chaves de Melo, 30 de abril de 2014. Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/378032096/agravo-de-instrumento-ai-536353720138190000-rio-de-janeiro-niteroi-1-cartorio-unificado-civel>. Acesso em: 22 jun. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento nº 70009524612/RS**. Agravo de instrumento. Inventário. Companheiro sobrevivente. Direito à totalidade da herança. Colaterais. Exclusão do processo. Cabimento. A decisão agravada está correta. Apenas o companheiro sobrevivente tem direito sucessório no caso, não havendo razão para permanecer no processo as irmãs da falecida, parentes colaterais. [...]. 8ª Câmara Cível. Relator: Des. Rui Portanova, 18 de novembro de 2004. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=70009524612>. Acesso em: 20 jun. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70053390365/RS**. Ação de alimentos. Vínculo parental. Necessidades dos genitores. Possibilidade. 1. Em conformidade do compromisso de solidariedade familiar, é recíproca a obrigação entre pais e filhos de prestarem alimentos, uns para os outros, em caso de necessidade, para que possam viver de modo compatível com sua própria condição social, consoante dispõem os art. 1.694 e 1.696 do CCB. [...]. 7ª Câmara Cível. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, 27 de março de 2013. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112695198/apelacao-civel-ac-70053390365-rs/inteiro-teor-112695208>. Acesso em: 10 ago. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70071078927/RS**. Apelação cível. Ação de deserdação. Mostra-se possível o testador deserdar herdeiro necessário, pelo desamparo do ascendente por mais de 12 anos, que estava com enfermidade que lhe impossibilitava a locomoção. [...]. 7ª Câmara Cível. Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, 9 de novembro de 2016. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/404622661/apelacao-civel-ac-70071078927-rs>. Acesso em: 10 ago. 2021.

Legislação citada

ARGENTINA. **Código Civil y Comercial de la Nación**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2014. Disponível em: http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf. Acesso em: 22 abr. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 abr. 2021.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado 266**. Aplica-se o inc. I do art. 1.790 também na hipótese de concorrência do companheiro sobrevivente com outros descendentes comuns, e não apenas na concorrência com filhos comuns. Brasília, DF: CJF, 2004. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/523>. Acesso em: 16 maio 2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 12 jul. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 14 maio 2021.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, DF: Presidência da República, [2001]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em: 30 maio 2021.

BRASIL. **Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962**. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Brasília, DF: Presidência da República, 1962. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm. Acesso em: 22 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2013]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm. Acesso em: 16 maio 2021.

BRASIL. Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. **Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil**: seção 1, Brasília, DF, ano 132, n. 248, p. 21041, 30 dez. 1994. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=30/12/1994&jornal=1&pagina=1>. Acesso em: 22 abr. 2021.

BRASIL. Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil**: seção 1, Brasília, DF, ano 134, n. 91, p. 8149, 13 maio 1996. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=13/05/1996&jornal=1&pagina=1&totalArquivos=88>. Acesso em: 10 maio 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 22 abr. 2021.

BRASIL. Lei nº 11.441, de 4 de janeiro de 2007. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 144, n. 4, p. 1, 5 jan. 2007. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=1&data=05/01/2007>. Acesso em: 22 abr. 2021.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. **Diário Oficial na União**: seção 1, Brasília, DF, ano

151, n. 77, p. 1-3, 24 abr. 2014. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=24/04/2014&jornal=1&pagina=1>. Acesso em: 3 ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 14 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.532, de 7 de dezembro de 2017. Altera a redação do art. 1.815 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para promover ação visando à declaração de indignidade de herdeiro ou legatário. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 154, n. 235, p. 7, 8 dez. 2017. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=08/12/2017&jornal=515&pagina=7>. Acesso em: 16 ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 3 ago. 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 365, de 2022**. Dispõe sobre a herança digital. Brasília, DF: Senado Federal, 2022a. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9074576&ts=1646867720344>. Acesso em: 26 mar. 2022.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 410, de 2021**. Acrescenta artigo à Lei do Marco Civil da Internet – Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, a fim de dispor sobre a destinação das contas de internet após a morte de seu titular. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2021a. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1962861. Acesso em: 16 mar. 2022.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 703, de 2022**. Acrescenta o art. 1857-A à Lei nº 10406, de 2002, Código Civil. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2022b. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2152405. Acesso em: 26 mar. 2022.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 867, de 2011**. Altera o Capítulo V do Título I e o Capítulo X do Título III, ambos do Livro V da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para dar novo tratamento aos institutos da exclusão da herança, relativamente à indignidade sucessória e à deserdação. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2011a. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=855373. Acesso em: 16 mar. 2022.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 1.144, de 2021**. Dispõe sobre os dados pessoais inseridos na internet após a morte do usuário. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2021b. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1982887. Acesso em: 16 mar. 2022.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 1.689, de 2021**. Altera a Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, para dispor sobre perfis, páginas contas, publicações e os dados pessoais de pessoa falecida, incluindo seu tratamento por testamentos e codicilos. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2021c. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2003683. Acesso em: 16 mar. 2022.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 2.664, de 2021.** Acrescenta o art. 1857-A à Lei nº 10406, de 2002, Código Civil, de modo a dispor sobre a herança digital. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2021d. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2049837. Acesso em: 16 mar. 2022.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 3.050, de 2020.** Altera o art. 1.788 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2020a. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1899763. Acesso em: 16 mar. 2022.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 3.051, de 2020.** Acrescenta o art. 10-A à Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet), a fim de dispor sobre a destinação das contas de aplicações de internet após a morte de seu titular. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2020b. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1899765. Acesso em: 16 mar. 2022.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 3.799, de 2019.** Altera o Livro V da Parte Especial da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e o Título III do Livro I da Parte Especial da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, para dispor sobre a sucessão em geral, a sucessão legítima, a sucessão testamentária, o inventário e a partilha. Brasília, DF: Senado Federal, 2019a. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137498>. Acesso em: 16 mar. 2022.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 118, de 2010.** Altera os Capítulos V e X do Livro V do Título I do Código Civil, a fim de dar novo tratamento aos institutos da exclusão da herança, relativamente à indignidade sucessória e à deserdação. Brasília, DF: Senado Federal, 2010a. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=96697. Acesso em: 16 mar. 2022.

FRANCE. **Code Civil des Français.** Paris: L’Imprimerie de la République, 1804. Disponível em: <https://www.assemblee-nationale.fr/evenements/code-civil-1804-1.asp>. Acesso em: 5 jun. 2021.

APÊNDICE A – PROPOSTA DE PROJETO DE LEI

PROJETO DE LEI Nº , DE 2022

Altera o Livro V da Parte Especial da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, para dispor sobre a sucessão em geral, a sucessão testamentária de todos os bens e a sucessão legítima.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Os arts. 1.784, 1.789, 1.790, 1.846, 1.857, § 1º, 1.859 e 1.860 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), passam a vigorar com a seguinte redação:

“**Art. 1.784.** Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários, ou só a estes, caso o falecido tenha optado por testar sobre a totalidade de seus bens, na forma disposta na segunda parte do art. 1.789.

§ 1º Havendo dentre os herdeiros necessários pessoa permanentemente incapaz de prover a própria subsistência ao tempo do falecimento do autor da herança, não terá efeito o testamento realizado sobre a totalidade dos bens.

§ 2º Sendo um ou mais herdeiros necessários menores civilmente, sob pena de nulidade do testamento da plenitude dos bens, o autor da herança deverá reservar valor ou bem suficiente à manutenção da vida e do desenvolvimento de quem estiver nessa condição, até o cessamento desta.” (NR)

“**Art. 1.789.** Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança, salvo se antes de completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade, fizer constar declaração perante tabelião, cumpridos os requisitos adotados em relação ao testamento público, no que couber, com a pretensão de dispor da totalidade de seus bens.

Parágrafo único. O testamento feito sobre a totalidade dos bens deverá adotar a forma prevista para o testamento público.” (NR)

“**Art. 1.790.** O companheiro participará da sucessão do outro, desde que este não tenha optado por testar sobre a totalidade de seus bens, e equipara-se ao cônjuge quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da relação, se reconhecida a união estável.” (NR)

“**Art. 1.846.** Salvo se o falecido houver procedido à declaração prevista nos moldes da segunda parte do art. 1.789 e testado sobre a totalidade dos seus bens, pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.” (NR)

“**Art. 1.857.** ”

§ 1º A legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento, salvo se o testador optar pela possibilidade disposta na segunda parte do art. 1.789 e se restarem cumpridas as demais condições de eficácia do testamento sobre a totalidade dos bens daquele.

.....” (NR)

“**Art. 1.859.** Extingue-se em cinco anos o direito de impugnar a validade tanto da declaração da vontade de testar sobre a totalidade do patrimônio como do testamento, contado o prazo da data do registro deste.” (NR)

“**Art. 1.860.** Além dos incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento.

§ 1º Podem testar os maiores de 16 (dezesseis) anos.

§ 2º Não terá validade a declaração dos incapazes e daqueles que não tiverem pleno discernimento, prevista na segunda parte do art. 1.789.” (NR)

Art. 2º Ficam revogados os incisos de I a IV do art. 1.790 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

Art. 3º Esta Lei entrará em vigor após 60 (sessenta) dias de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

O presente projeto de lei é fruto das conclusões decorrentes do estudo feito quando da elaboração de uma tese de doutorado, após avaliação das normas constitucionais e legais aplicáveis à matéria das sucessões no direito brasileiro, além da doutrina já publicada no País, a qual tem por tema a possibilidade de os testamentos versarem sobre a totalidade de bens do seu autor.

A redação do texto do projeto de lei se deu a partir da observação de que não seria necessário operar mudança radical no sistema adotado pelo direito sucessório na legislação civil pátria, na parte que trata dos direitos sucessórios, e visa a atualizar a legislação brasileira quanto ao entendimento acerca dos princípios constitucionais que versam sobre o direito de propriedade e sua função social, sem desconsiderar a necessidade de proteção material da família.

Essa tentativa de atualizar o direito das sucessões é no sentido de superar as limitações impostas pelo instituto da legítima, criando, sob determinadas circunstâncias, a condição de alguém materializar o desejo de distribuir seus bens em conformidade com a plenitude de sua vontade.

Por questão de segurança jurídica, foram atribuídas algumas condições específicas, consistentes na necessidade de que o interessado em testar a plenitude de seus bens firme nesse sentido uma declaração, sendo que tal ato deverá ser realizado até um momento específico da sua vida, ou seja, antes de completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade, quando a grande maioria da população ainda possui capacidade de discernimento e goza de boa saúde física e mental.

Ademais, tal declaração deverá ser feita em cartório e atender a todas as determinações legais aplicáveis ao testamento público, de que tratam os arts. 1.864 a 1.867 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), no que couber.

O testamento sobre a plenitude poderá ser realizado após o registro de tal declaração pelo tabelião, e somente terá validade se adotar as formalidades típicas dos testamentos públicos, que confere maior segurança jurídica ao ato, não se admitindo outra hipótese de divisão da totalidade da herança.

Não preenchidos tais requisitos, volta-se às regras que instituíram a legítima e à proteção dos direitos sucessórios dos herdeiros necessários, os quais permanecem com direito, pelo menos, sobre a metade de todo o patrimônio do falecido.

Busca-se proteger os herdeiros necessários que de forma permanente não tenham condições de subsistência própria, verificada esta quando do óbito do autor da herança, com a previsão de que, assim ficando configurado, o testamento da plenitude dos bens perde seus efeitos. Além disso, caso o autor da herança tenha herdeiro necessário com idade inferior à maioridade civil no momento da abertura da sucessão, a herança sobre a totalidade dos bens deverá prever a reserva de bem ou valor suficiente em favor do menor que corresponda às suas necessidades vitais e de desenvolvimento até que atinja capacidade civil plena, sob pena de nulidade do testamento pleno.

Na inexistência de herdeiros necessários, despiciendo é o registro da declaração da intenção de testar sobre a totalidade dos bens.

Outra atualização é a da norma que previa a condição de desigualdade entre os quinhões hereditários que competiam ao cônjuge supérstite e ao companheiro sobrevivente, de forma que, a partir da nova redação do art. 1.790, ambos detenham tratamento legislativo idêntico no que pertine à matéria.

Com a instituição tanto da possibilidade de que seja realizado o testamento da plenitude dos bens como do requisito da declaração a ser feita antes dos 65 (sessenta e cinco) anos de idade, ficou instituído o prazo para a contestação de validade dos referidos atos, que poderá ser realizada em até cinco anos, a partir do registro do testamento.

Dentre as normas que pretendem alterar o Código Civil vigente, na parte que trata dos direitos sucessórios, por meio do presente projeto de lei, restou previsto que a declaração prevendo a intenção de dispor em testamento sobre a totalidade dos bens, procedida por pessoa incapaz ou que não detenha pleno discernimento no ato em que prestada, não terá validade jurídica.

Contemplando maior enlevo ao princípio da dignidade da pessoa humana, pretende-se conceder a possibilidade de que alguém que laborou anos a fio em busca de melhor condição patrimonial possa também usar, desfrutar e distribuir seu patrimônio conforme a direção de sua consciência.

Além disso, com relação à disposição original do § 1º do art. 1.857, mostrou-se necessário contemplar as situações em que a legítima ainda deve ser observada, quais sejam, aquelas em que o testador não tenha feito a opção pela possibilidade de testar sobre a totalidade de seus bens, ou nos casos em que o testador tenha herdeiro necessário incapaz de prover sua própria subsistência, na forma dos parágrafos do art. 1.784, quando continua sendo aplicada para a possibilidade de o testador dispor sobre apenas metade de todos os seus bens, ou melhor, quando o testador queira, ainda que por omissão, se submeter ao sistema da legítima, ou quando a situação de ao menos um de seus herdeiros não lhe permita dispor livremente sobre tudo que deixará após sua morte.

A impossibilidade de testar sobre o que seria a legítima, como dispunha a redação original do 1º do art. 1.857, não se aplica à universalidade dos casos, na medida em que, por meio das alterações propostas no presente projeto de lei, a pessoa que se dispuser a testar sobre a totalidade de seus bens, desde que não esteja inserida nos casos de restrição legal, tenha feito a opção disposta na segunda parte da nova redação proposta para o art. 1.789, ante a previsão de que a pessoa dotada de capacidade possa testar sobre a totalidade de seus bens.

Dados tais motivos, entende-se que a proposta legislativa apresentada nesta ocasião importa não só no avanço da legislação sucessória, mas também em relevantes e inegáveis benefícios à sociedade brasileira.

Ademais, corrige-se equívoco já pacificado na jurisprudência quanto à desigualdade de tratamento entre pessoas casadas e as que vivem sob o regime da união estável.

ANEXO A – PROJETO DE LEI N. 3.799, DE 2019



SENADO FEDERAL

Senadora SORAYA THRONICKE

PROJETO DE LEI Nº , DE 2019

Altera o Livro V da Parte Especial da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e o Título III do Livro I da Parte Especial da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, para dispor sobre a sucessão em geral, a sucessão legítima, a sucessão testamentária, o inventário e a partilha.



O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Os arts. 1.788, 1.795 a 1.797, 1.799, 1.800, 1.805, 1.810, 1.816, 1.829 a 1.832, 1.835 a 1.839, 1.841 a 1.843, 1.845, 1.846, 1.848, 1.850, 1.857, 1.859, 1.860, 1.862, 1.864, 1.866 a 1.871, 1.873, 1.876, 1.878 a 1.881, 1.909, 1.962, 1.963, 1.965, 1.973 e 2.004 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), passam a vigorar com a seguinte redação:

“**Art. 1.788.** 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, romper-se ou for inválido.” (NR)

“**Art. 1.795.** O coerdeiro, a quem não se der conhecimento da cessão, poderá, depositado o preço, atualizado monetariamente, haver para si a quota cedida a estranho, se o requerer até cento e oitenta dias após a efetiva ciência da transmissão.

” (NR)

“**Art. 1.796.** No prazo de 90 (noventa) dias, a contar da abertura da sucessão, instaurar-se-á inventário do patrimônio hereditário, perante o juízo competente no lugar da sucessão, para fins de liquidação e, quando for o caso, de partilha da herança. ” (NR)

“**Art. 1.797.** ”

Parágrafo único. A ordem estabelecida nos incisos I a III do *caput* deste artigo poderá ser alterada pelo juiz, de acordo com as circunstâncias. ” (NR)

“**Art. 1.799.** ”

I - os filhos de pessoas indicadas pelo testador ainda não concebidos, não adotados ou cujo vínculo de socioafetividade ainda não tenha sido reconhecido, desde que vivas as indicadas, ao abrir-se a sucessão;

..... ” (NR)

“**Art. 1.800.** ”

§ 1º Salvo disposição testamentária em contrário, a curatela caberá, sucessivamente, à pessoa cujo filho o testador esperava ter por herdeiro, aos avós e tios do herdeiro eventual, a seus tios e, na falta de todos esses, à pessoa indicada pelo juiz.

§ 3º Nascendo com vida o herdeiro esperado, efetivando-se sua adoção ou reconhecendo-se o correspondente vínculo de socioafetividade, ser-lhe-á deferida a sucessão, com os frutos e rendimentos relativos à deixa, a partir da morte do testador.

§ 4º Se, decorridos quatro anos da abertura da sucessão, não for concebido ou adotado o herdeiro esperado, ou tampouco for reconhecido o correspondente vínculo de socioafetividade, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos.

§ 5º A habilitação à adoção da pessoa cujo filho o testador esperava ter por herdeiro interrompe o prazo de quatro anos de que trata o § 4º.” (NR)

“**Art. 1.805.** ”

§ 2º Não importa igualmente aceitação a renúncia, pura e simples, da herança.” (NR)

“**Art. 1.810.** ”



Parágrafo único. Concorrendo herdeiros de classes diversas, a renúncia de qualquer deles devolve sua parte aos que integram a mesma ordem dos chamados a suceder.” (NR)

“**Art. 1.816.** São pessoais os efeitos da exclusão e da deserdação; os descendentes do herdeiro excluído ou deserddado sucedem, como se ele morto fosse antes da abertura da sucessão.

§ 1º O excluído da sucessão ou o deserddado não terá direito ao usufruto ou à administração dos bens que a seus sucessores couberem na herança, nem à sucessão eventual desses bens.

§ 2º O terceiro beneficiado pelo ato de indignidade e que com ele tenha compactuado perde os direitos patrimoniais a qualquer título a que teria direito.” (NR)

“**Art. 1.829.**

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge ou com o companheiro sobrevivente;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge ou com o companheiro sobrevivente;

III - ao cônjuge ou ao companheiro sobrevivente;

IV - aos colaterais.

Parágrafo único. A concorrência sucessória do cônjuge ou companheiro, prevista nos incisos I e II do *caput* deste artigo, incidirá apenas sobre os seguintes bens, independentemente do regime patrimonial adotado:

I - os bens adquiridos onerosamente, na constância do casamento ou união estável, ainda que só em nome de um dos cônjuges ou companheiros;

II - os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior;

III - os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges ou companheiros;

IV - as benfeitorias e acessões em bens particulares de cada cônjuge ou companheiro, produzidos na constância do casamento ou união estável;

V - os frutos e produtos dos bens comuns ou dos particulares de cada cônjuge ou companheiro, percebidos na constância do casamento ou união estável, ou pendentes ao tempo da abertura da sucessão.” (NR)

“**Art. 1.830.** Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge ou ao companheiro sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados de fato.” (NR)



SF/19333.73482-00

“Art. 1.831. Ao cônjuge, ao companheiro, aos descendentes incapazes ou com deficiência, bem como aos ascendentes vulneráveis (art.1.846) que residiam com o autor da herança ao tempo de sua morte, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhes caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel que era destinado à moradia da família, desde que seja bem a inventariar.

§ 1º O direito real de habitação poderá ser exercido em conjunto pelos respectivos titulares, conforme a situação verificada na data do óbito.

§ 2º Cessa o direito quando o titular tiver renda ou patrimônio suficiente para manter sua respectiva moradia, ou quando constituir nova entidade familiar.” (NR)

“Art. 1.832. Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I), caberá ao cônjuge ou ao companheiro quinhão igual ao dos que sucederem por direito próprio.” (NR)

“Art. 1.835. Na linha descendente, os filhos sucedem por direito próprio, e os outros descendentes, por direito próprio ou por representação, conforme se achem ou não no mesmo grau.” (NR)

“Art. 1.836. Na falta de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge ou com o companheiro sobrevivente.

.....
§ 2º Havendo igualdade em grau e diversidade em linha, a herança deverá ser dividida em tantas linhas quantos sejam os pais.” (NR)

“Art. 1.837. Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge ou ao companheiro tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau.” (NR)

“Art. 1.838. Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge ou ao companheiro sobrevivente.” (NR)

“Art. 1.839. Se não houver cônjuge ou companheiro sobrevivente, nas condições estabelecidas no art. 1.830, serão chamados a suceder os colaterais até o quarto grau.” (NR)

“Art. 1.841. Na falta de irmãos, herdarão os filhos destes e, não os havendo, os tios.” (NR)

“Art. 1.842. Se concorrerem à herança somente filhos de irmãos falecidos, herdarão por direito próprio.” (NR)



SF/19333.73482-00

“**Art. 1.843.** Se concorrerem apenas os tios, herdarão por direito próprio e, na sua falta, de igual modo, os colaterais até o quarto grau.” (NR)

“**Art. 1.845.** São herdeiros necessários os descendentes e os ascendentes.” (NR)

“**Art. 1.846.**

§ 1º O testador poderá destinar um quarto da legítima a descendentes, ascendentes, a cônjuge ou companheiro com vulnerabilidade.

§ 2º Considera-se pessoa com vulnerabilidade, para fins deste artigo, toda aquela que tenha impedimento de longo prazo ou permanente, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em relação a sua idade ou meio social, implica desvantagens consideráveis para sua integração familiar, social, educacional ou laboral, obstruindo sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.” (NR)

“**Art. 1.848.** A cláusula de inalienabilidade só poderá ser aposta sobre os bens da legítima para proteger o patrimônio mínimo do herdeiro.

§ 1º Independe de motivação a aposição das cláusulas de incomunicabilidade e de impenhorabilidade.

§ 2º Não é permitido ao testador estabelecer a conversão dos bens da legítima em outros de espécie diversa, salvo se a conversão for determinada em dinheiro.

§ 3º Com autorização judicial e havendo justa causa, podem ser alienados os bens gravados, mediante sub-rogação, ou levantados os gravames.” (NR)

“**Art. 1.850.** Para excluir da sucessão os herdeiros colaterais, o cônjuge ou o companheiro, basta que o testador disponha de seu patrimônio sem os contemplar.

§ 1º O cônjuge ou o companheiro com insuficiência de recursos ou de patrimônio para sua subsistência terá direito a constituição de capital cuja renda assegure a sua subsistência.

§ 2º O capital constituído sobre imóveis ou por direitos reais sobre imóveis suscetíveis de alienação, títulos da dívida pública ou aplicações financeiras em banco oficial, e a renda deles decorrente, são inalienáveis e impenhoráveis, enquanto sobreviver o cônjuge ou companheiro, além de constituir-se em patrimônio de afetação.

§ 3º Não terá direito ao capital ou a renda de que tratam os §§ 1º e 2º aquele que cometer atos de indignidade ou que permitam a deserção.” (NR)



SF/19333.73482-00

“Art. 1.857.

§ 3º Aquele que se encontrar na posse do testamento particular ou cerrado tem o dever de comunicar sua existência aos sucessores, tão logo tenha conhecimento da morte do testador; desconhecendo a existência ou paradeiro de sucessores, depositará o testamento em juízo.” (NR)

“Art. 1.859. Extingue-se em quatro anos o direito de requerer a declaração de nulidade do testamento ou de disposição testamentária, contado o prazo da data do seu registro.” (NR)

“Art. 1.860. Além dos absolutamente incapazes, não podem testar os que não estiverem em condições de expressar sua vontade de forma livre e consciente, no momento do ato.

.....” (NR)

“Art. 1.862.

Parágrafo único. Os testamentos ordinários podem ser escritos ou gravados, desde que gravadas imagens e voz do testador e das testemunhas, por sistema digital de som e imagem.” (NR)

“Art. 1.864. São requisitos essenciais do testamento público:

I - ser escrito ou gravado em sistema digital de som e imagem por tabelião ou por seu substituto legal, de acordo com as declarações do testador, podendo este servir-se de minuta, notas ou apontamentos;

II – quando o testamento for escrito, depois de lavrado o instrumento, deve ser lido em voz alta pelo tabelião ao testador e a duas testemunhas, a um só tempo; ou pelo testador, se o quiser, na presença destas e do oficial;

III – em seguida à leitura, o instrumento será assinado pelo testador, pelas testemunhas e pelo tabelião que deverá, caso não se oponha o testador, realizar a gravação do ato em sistema digital de som e imagem;

IV – quando o testamento for realizado mediante gravação em sistema digital de som e imagem, esta será exibida pelo tabelião ao testador e a duas testemunhas, a um só tempo, que confirmarão, por escrito, o teor das declarações.

Parágrafo único. A certidão do testamento público, enquanto vivo o testador, só poderá ser fornecida a requerimento deste ou por ordem judicial. (NR)



“**Art. 1.866.** Ao indivíduo inteiramente surdo só se permite o testamento público, por escrito ou gravado em sistema digital de som e imagem, desde que utilizada a Língua Brasileira de Sinais (LIBRAS).” (NR)

“**Art. 1.867.** O cego somente poderá testar pela forma pública, com a gravação obrigatória do ato em sistema digital de som e imagem, em testamento que lhe será lido, em voz alta, por duas vezes, uma pelo tabelião ou por seu substituto legal, e a outra por uma das testemunhas, designada pelo testador, fazendo-se de tudo circunstanciada menção no testamento.” (NR)

“**Art. 1.868.** O testamento escrito ou gravado em sistema digital de som e imagem pelo testador, ou por outra pessoa, a seu rogo, será válido se aprovado pelo tabelião ou seu substituto legal, observadas as seguintes formalidades:

I - que o testador entregue a declaração escrita em documento físico ou o arquivo digital de som e imagem ao tabelião em presença de duas testemunhas;

Parágrafo único. Quando escrito mecanicamente o testamento cerrado, o subscritor deve numerar e autenticar, com a sua assinatura, todas as páginas; quando filmado, deve o testador verbalizar, com a própria voz, antes de encerrar a gravação, ser aquele o seu testamento.” (NR)

“**Art. 1.869.** O tabelião deve começar o auto de aprovação declarando, sob sua fé, que o testador lhe entregou a declaração escrita em documento físico ou o arquivo digital de som e imagem para ser aprovado na presença das testemunhas; passando a cerrar e coser o instrumento ou o invólucro em que inserido o arquivo digital.” (NR)

“**Art. 1.870.** Se o tabelião tiver escrito ou gravado o testamento a rogo do testador, poderá, não obstante, aprová-lo.” (NR)

“**Art. 1.871.** O testamento pode ser escrito em língua nacional, estrangeira ou em braile, pelo próprio testador, ou por outrem, a seu rogo.

Parágrafo único. O testamento cerrado em sistema digital de som e imagem poderá ser gravado em língua estrangeira.” (NR)

“**Art. 1.873.** O surdo não oralizado pode fazer testamento cerrado por escrito ou por gravação em sistema digital de som e imagem, desde que utilizada a Língua Brasileira de Sinais (LIBRAS). Quando o testamento for escrito, o testador deve escrevê-lo e assiná-lo de mão própria. Ao entregar ao oficial público o documento físico ou o arquivo digital de som e imagem, ante as duas testemunhas, o testador declarará,



SF/19333.73482-00

por escrito, na face externa do papel ou do envoltório, que aquele é o seu testamento, cuja aprovação lhe pede.” (NR)

“**Art. 1.876.** O testamento particular pode ser escrito de próprio punho ou mediante processo mecânico, ou pode ser gravado em sistema digital de som e imagem.

§ 3º Se realizado por sistema digital de som e imagem, deve haver nitidez e clareza na gravação das imagens e sons, bem como declarar a data da gravação, sendo esses os requisitos essenciais à sua validade, além da presença de três testemunhas identificadas nas imagens.

§ 4º O testamento deverá ser gravado em formato compatível com os programas computadorizados de leitura existentes na data da celebração do ato, contendo a declaração do testador de que no vídeo consta o seu testamento, bem como sua qualificação completa e a das testemunhas.” (NR)

“**Art. 1.878.** Se as testemunhas forem incontestes sobre o fato da disposição, ou, ao menos, sobre a sua leitura perante elas, e se reconhecerem as próprias assinaturas, ou quando, por programa de gravação, reconhecerem as suas imagens e falas, assim como as do testador, o testamento será confirmado.

.....” (NR)

“**Art. 1.879.** Em circunstâncias excepcionais declaradas pelo testador, o testamento particular escrito e assinado de próprio punho, ou gravado em qualquer programa ou dispositivo audiovisual pelo testador, sem testemunhas ou demais formalidades, poderá ser confirmado, a critério do juiz.

Parágrafo único. Caducará o testamento holografo excepcional, se o testador não morrer no prazo de noventa dias, contados da cessação das circunstâncias excepcionais declaradas pelo testador.” (NR)

“**Art. 1.880.** O testamento particular pode ser escrito em língua estrangeira ou em braile, contanto que as testemunhas o compreendam.

Parágrafo único. O testamento particular em sistema digital de som e imagem poderá ser gravado em língua estrangeira ou em Língua Brasileira de Sinais (LIBRAS).” (NR)

“**Art. 1.881.** Toda pessoa capaz de testar poderá, mediante escrito particular seu, datado e assinado, ou ainda mediante gravação em programa audiovisual, fazer disposições especiais sobre o seu enterro, sobre esmolas de pouca monta a certas e determinadas pessoas, ou, indeterminadamente, aos pobres de certo lugar, assim como legar móveis, roupas ou jóias, de pouco valor, de seu uso pessoal.” (NR)



SF/19333.73482-00

“Art. 1.909.

Parágrafo único. Extingue-se em quatro anos o direito de anular a disposição, contados da data do registro do testamento.” (NR)

“Art. 1.962.

I - ofensa à integridade física ou psicológica;

III – desamparo material e abandono afetivo voluntário do ascendente pelo descendente.” (NR)

“Art. 1.963.

I - ofensa à integridade física ou psicológica;

III – desamparo material e abandono afetivo voluntário do filho ou neto.” (NR)

“Art. 1.965. Ao herdeiro deserdado é permitido impugnar a causa alegada pelo testador.

§ 1º O direito de impugnar a causa da deserdação extingue-se no prazo de quatro anos, a contar da data do registro do testamento.

§ 2º São pessoais os efeitos da deserdação, sucedendo os descendentes do herdeiro deserdado por representação.

§ 3º O deserdado não terá direito ao usufruto ou à administração dos bens que a seus sucessores couberem na herança, nem à sucessão eventual desses bens.” (NR)

“Art. 1.973. Sobrevindo herdeiro necessário sucessível ao testador, que não o tinha, não o conhecia ou não o deveria conhecer quando testou, rompe-se o testamento em todas as suas disposições, se esse herdeiro sobreviver ao testador.” (NR)

“Art. 2.004. O valor de colação dos bens doados será aquele que tiverem ao tempo da abertura da sucessão, se conferidos em substância.

§ 1º Só o valor dos bens doados entrará em colação; não assim o das benfeitorias acrescidas, as quais pertencerão ao herdeiro donatário, correndo também à conta deste os rendimentos ou lucros, assim como os danos e perdas que eles sofrerem.

§ 2º Se o donatário já não possuir os bens doados, estes, assim como as acessões e as benfeitorias que ele fez, serão colacionados pelo valor do tempo de sua alienação, atualizado monetariamente.” (NR)



Art. 2º A Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), passa a vigorar acrescida do seguinte art. 1.859-A ao Capítulo I do Título III do Livro V de sua Parte Especial:

“Art. 1.859-A. Não podem ser testemunhas em testamentos:

- I - os menores de dezesseis anos;
- II - aqueles que não estiverem em condições de expressar sua vontade de forma livre e consciente, no momento do ato;
- III - o herdeiro ou legatário instituído, seus ascendentes e descendentes, irmãos, colaterais até o quarto grau, cônjuge e companheiro;
- IV - o amigo íntimo ou o inimigo de qualquer herdeiro ou legatário instituído;
- V - os que mantenham vínculo de subordinação ou prestem serviços ao herdeiro ou legatário instituído.”

Art. 3º Os arts. 610, 639, 651 e 737 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 610. Inexistindo acordo entre os herdeiros e os legatários, proceder-se-á ao inventário judicial.

§ 1º Se todos os herdeiros e os legatários forem concordes, o inventário e a partilha poderão ser feitos por escritura pública, a qual constituirá documento hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras.

§ 3º Se houver herdeiro incapaz ou testamento, a eficácia da escritura pública dependerá de anuência do Ministério Público.

§ 4º Com a discordância do Ministério Público, o tabelião de notas não lavrará a escritura e o inventário será judicial.” (NR)

“Art. 639.

§ 1º Os bens a serem conferidos na partilha, assim como as acessões e as benfeitorias que o donatário fez, calcular-se-ão pelo valor que tiverem ao tempo da abertura da sucessão, se conferidos em substância.

§ 2º Se o donatário já não possuir os bens doados, estes, assim como as acessões e as benfeitorias que o donatário fez, serão



colacionados pelo valor do tempo de sua alienação, atualizado monetariamente.” (NR)

“Art. 651.

II - meação do cônjuge ou do companheiro;

III - a disponível;

” (NR)

“Art. 737.

§ 3º Aplica-se o disposto neste artigo ao codicilo e ao testamento feito por sistema audiovisual.

§ 5º Se o testamento foi feito por sistema audiovisual, o dispositivo deverá ser entregue na secretaria do juízo, sendo assegurado o recibo de entrega. ” (NR)

Art. 4º A Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), passa a vigorar acrescida do seguinte art. 737-A à Seção V do Capítulo XV do Título III do Livro I de sua Parte Especial:

“Art. 737-A. Se todos os herdeiros e legatários forem concordes, a abertura do testamento cerrado ou a apresentação dos testamentos público e particular, bem como o seu registro e cumprimento, a nomeação de testamenteiro e a prestação de contas poderão ser feitos por escritura pública, cuja eficácia dependerá de anuência do Ministério Público.

§ 1º A abertura do testamento cerrado deverá ocorrer perante o tabelião de notas, que lavrará uma escritura pública específica, atestando os fatos e indicando se há, ou não, vício externo que torne o testamento eivado de nulidade ou suspeito de falsidade; havendo qualquer vício, o tabelião não lavrará a escritura.

§ 2º Não havendo vício, o tabelião de notas submeterá a cédula à anuência do Ministério Público.

§ 3º Com a discordância do Ministério Público, o tabelião não lavrará a escritura ” (NR)

Art. 5º Esta Lei entrará em vigor sessenta dias após sua publicação.



Art. 6º Ficam revogados o art. 1.790, o inciso III do art. 1.801, o art. 1.843 e os arts. 1.886 a 1.896, 1.952 e 1.974 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

JUSTIFICAÇÃO

Este projeto de lei é fruto de um árduo trabalho desenvolvido em conjunto com a Comissão de Assuntos Legislativos do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). A redação do texto foi precedida de pesquisas promovidas entre professores de Direito das Sucessões de diversas instituições do país.

O objetivo principal é promover a necessária reformulação nas regras sucessórias dispostas no Código Civil e no Código de Processo Civil. Todas as sugestões ora apresentadas foram discutidas e debatidas com profundidade por professores e advogados sucessionistas comprometidos com o aprimoramento do Direito das Famílias e das Sucessões. As propostas foram extraídas do consenso que emergiu dos debates. Os temas que mantiveram altos níveis de litigiosidade e de dissenso acadêmico ao longo dos debates foram deixados de fora, aguardando momento futuro, de maior amadurecimento.

O nosso Direito das Sucessões clama por reformas desde a entrada em vigor do Código Civil, há quase vinte anos. As grandes inovações introduzidas pelo código atual, especialmente aquelas atinentes à sucessão do cônjuge e do companheiro, foram lacunosas e trouxeram muitas dúvidas, as quais, por sua vez, deram origem a acaloradas discussões doutrinárias e, não raro, a contraditórias posições na jurisprudência.

Até hoje, não temos segurança jurídica em relação a diversas questões, como é o caso do afastamento do cônjuge da sucessão após prolongada separação de fato, da concorrência do cônjuge com a descendência híbrida, do cálculo do quinhão dos descendentes comuns e exclusivos e da concorrência do cônjuge com o companheiro.

Sem falar nas demandas que resultam das novas formas de filiação. Os filhos socioafetivos tem legitimidade sucessória em relação a todos os ascendentes, não importa quantos sejam e qual seja sua origem?



SF/19333.73482-00

Esse estado de insegurança se agravou bastante recentemente, com as últimas decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) que afastaram, por inconstitucional, o tratamento sucessório diferenciado entre casamento e união estável. No estado atual da arte, não temos respostas seguras para uma gama de indagações relevantes que impactam a vida das pessoas. Não sabemos responder, por exemplo, se o companheiro é herdeiro necessário, ou quais regras da sucessão do cônjuge se aplicarão à união estável: somente o art. 1829 ou todos os demais?

Ou seja, além das dúvidas que já perturbavam a doutrina, agora surgiram várias outras, o que torna premente uma reforma ampla do Código Civil e do Código de Processo Civil, de modo a compatibilizar tanto o direito material quanto o direito adjetivo com os novos rumos ditados pela jurisprudência.

Nesse sentido, estamos propondo alterações nos quatro títulos que integram o Livro V (“Do Direito das Sucessões”) do Código Civil, além de algumas alterações no Código de Processo Civil.

No tocante às regras “Da Sucessão em Geral”, a primeira e inafastável sugestão refere-se à revogação, no Código Civil, do art. 1.790, cuja inconstitucionalidade foi reconhecida em duas ocasiões pelo STF.

Também excluímos a disposição testamentária feita ao concubino do testador casado em preservação ao princípio da autonomia privada e à garantia da liberdade do testador para determinar a quem caberá a sua parte disponível. Pela mesma razão, foi excluída a proibição da disposição testamentária ao filho exclusivo do concubino do testador casado.

No que toca à cessão de direitos hereditários, o prazo decadencial de 180 dias previsto no art. 1.795 do mesmo diploma legal deve ser contado da efetiva ciência da cessão por parte do coerdeiro preterido, e não do momento em que a cessão se realizou, em valorização ao princípio da boa-fé objetiva.

Em razão do princípio da igualdade da filiação, previsto pelo § 6º do art. 227 da Constituição Federal, justifica-se a inclusão dos filhos adotivos e socioafetivos no rol das pessoas legitimadas a suceder por disposição testamentária que contemple prole eventual (art. 1.800). Igualmente, a proposta trata de esclarecer, no caso de adoção, o termo inicial da contagem do prazo de dois anos de que trata o § 4º do art. 1.800. Como não é possível prever o tempo de duração do processo de adoção, optou-se por estabelecer como termo inicial



SF/19333.73482-00

do referido prazo de dois anos a data do efetivo cadastramento, como adotante, da pessoa cujo filho o testador esperava ter por herdeiro, visto que essa data pode ser determinada de forma objetiva. Contudo, para que a disposição testamentária à prole eventual seja eficaz, é necessário que o processo de adoção tenha se encerrado com a constituição do vínculo de parentesco entre adotante e adotado, por meio de sentença judicial transitada em julgado.

No art. 1.805, substituiu-se o termo cessão por renúncia, porquanto a cessão importaria em aceitação da herança, já que só são passíveis de cessão os direitos que compõem o patrimônio do cedente. A hipótese prevista no § 2º do artigo 1.805 constitui, na verdade, renúncia abdicativa, e essa é a razão da proposta de alteração do texto legal.

Com relação ao art. 1.810, a alteração proposta tem por base o enunciado nº 575 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, que se justifica em razão da possibilidade de concorrência de herdeiros de classes diversas, como é o caso dos descendentes do falecido concorrendo com seu cônjuge ou companheiro. Nesses casos, a parte do herdeiro renunciante deve ser dividida de forma equitativa entre todos os demais herdeiros chamados a suceder, e não somente entre aqueles da mesma classe.

Entretanto, duas grandes omissões precisam ser ressaltadas. A primeira refere-se ao art. 1.798 e às discussões que grassam em torno da legitimidade sucessória dos embriões extracorpóreos. A matéria foi exaustivamente debatida, mas não se alcançou o mínimo consenso necessário à inclusão de qualquer proposta de alteração redacional do dispositivo. Pela mesma razão, não foi possível avançar nas propostas que relativizavam a vedação ao *pacta corvina*. Foi apresentada sugestão legislativa no sentido de se admitir a renúncia prévia à herança manifestada em pacto antenupcial e em contrato de convivência, mas o dissenso que emergiu dos debates impediu a incorporação da proposta ao texto projetado.

Quanto à “Sucessão Legítima”, propõe-se a manutenção de sistemática similar àquela do Código Civil, alterando-se, no entanto, o pressuposto da sucessão do cônjuge e do companheiro quando em concorrência com os descendentes, já que dita concorrência não será mais dependente do regime de bens do casamento ou da união estável. Isso porque o cônjuge e o companheiro foram excluídos do rol rígido dos herdeiros necessários, podendo, assim, o autor da herança dispor livremente em testamento sobre os direitos sucessórios do consorte, inclusive excluindo-o da sucessão.



SF/19333.73482-00

Em que pese à possibilidade de exclusão do cônjuge e do companheiro da sucessão, estes poderão, não obstante, reivindicar do monte quota hereditária não superior àquela que receberiam na sucessão legítima, se comprovarem insuficiência de recursos ou de patrimônio para sua subsistência. Dessa forma, a sucessão necessária do cônjuge e do companheiro passa a não estar mais assentada exclusivamente no vínculo conjugal, mas na condição do sobrevivente na família e em sua dependência em relação ao autor da herança, não sendo seus direitos sucessórios concedidos *a priori* pela lei, sem uma análise da situação em concreto. Na hipótese de o cônjuge ou o companheiro comprovarem insuficiência de recursos ou de patrimônio para sua subsistência, a quota que vierem a receber, mediante decisão fundamentada do juiz, de acordo com as suas necessidades e as dos herdeiros concorrentes, será imputada na legítima dos herdeiros necessários, sendo mantida a quota disponível em sua integralidade.

De fato, diante da progressiva igualdade entre homens e mulheres na família e do ingresso da mulher no mercado de trabalho, bem como do fenômeno cada vez mais crescente das famílias recompostas, é preciso repensar a posição do cônjuge e do companheiro na sucessão hereditária, tendo restado claro, desde a entrada em vigor do Código Civil, um clamor por uma maior liberdade testamentária em relação ao consorte sobrevivente.

Ainda em relação à sucessão do cônjuge e do companheiro sobrevivente, o anteprojeto propõe uma releitura do artigo 1.831 do Código Civil, que garante ao cônjuge sobrevivente, em caráter vitalício, o direito real de habitação em relação ao único imóvel residencial do monte a inventariar, que era destinado à residência da família, independentemente do regime de bens, não se atentando para as condições econômicas do sobrevivo, que pode ter direito a enorme meação ou partilha no acervo patrimonial, bem como possuir imóvel próprio para moradia.

Diante da inserção da mulher no mercado de trabalho e do princípio da igualdade de gêneros, bem como diante da longevidade atual, é preciso repensar a concessão do direito real de habitação, sendo possível verificar situações em que haja, de um lado, filhos menores do falecido, ou pais idosos e dependentes, e, de outro lado, o cônjuge supérstite são e independente, sobretudo quando há no monte um único imóvel residencial.

Assim, é salutar proteger o cônjuge ou o companheiro, mas não se lhe pode garantir uma proteção excessiva e em descompasso com a sua realidade, em especial quando em concorrência com outros herdeiros,



SF/19333.73482-00

merecedores de especial proteção, devendo a sucessão ter em vista a pessoa do sucessor, ou seja, as suas características e aspectos individuais e, em especial, a sua relação com o autor da herança.

Nessa direção, considerando o caráter protetivo do aludido benefício, este deve ser estendido para os familiares vulneráveis cuja moradia dependia daquela do autor da herança, enquanto perdurar tal situação de dependência. Assim, propõe-se que o direito real de habitação seja atribuído aos sucessores vulneráveis cujas moradias dependiam daquela do autor da herança por ocasião da abertura da sucessão, sendo o referido benefício sucessório exercido coletivamente, enquanto os titulares não adquirirem renda ou patrimônio suficiente para manter sua respectiva moradia, ou não casarem nem constituírem união estável.

Em relação à sucessão dos ascendentes, propõe-se a alteração do dispositivo pertinente para supressão da referência à linha materna ou paterna, indicando apenas a linha ascendente, de forma a compatibilizar a sucessão dos ascendentes à multiparentalidade.

O anteprojeto, ainda, pretende ampliar a liberdade do testador em prol dos herdeiros vulneráveis, inspirando-se na recente codificação argentina de 2015, cujo artigo 2448 dispõe, textualmente:

ARTÍCULO 2448.- Mejora a favor de heredero con discapacidad. El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad. A estos efectos, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral.

Destarte, propõe-se dispositivo que autoriza ao testador destinar um quarto da legítima a descendentes, ascendentes, a cônjuge ou companheiro com deficiência, considerando-se com deficiência toda pessoa que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. Com efeito, trata-se de uma ampliação da liberdade testamentária qualitativa,



em benefício dos vulneráveis, mantendo hígida a quota disponível correspondente à metade da herança.

Quanto às cláusulas restritivas da propriedade, é preciso registrar que estas sempre foram duramente criticadas no ordenamento jurídico brasileiro. De fato, a inalienabilidade – que abrange as demais – constitui uma restrição à propriedade privada instituída por um particular, sem compromisso algum de estar fundamentada na função social da propriedade ou no poder de polícia. Como é sabido, a propriedade privada, assim como sua função social, constituem princípios gerais da atividade econômica (Constituição Federal, art. 170, II e III), e, portanto, as restrições que a lei poderá trazer a tais princípios deverão estar fundadas na própria Constituição ou, então, nas concepções aceitas sobre o poder de polícia. Não obstante, mediante essas cláusulas restritivas, a simples vontade individual tira um bem do comércio, da esfera de garantia dos credores, paralisando-o no patrimônio de outra pessoa muitas vezes contra o seu querer, tornando-se no mais das vezes um estorvo em sua vida.

Nessa direção, a jurisprudência brasileira não tardou a deferir pedidos de dispensa dos gravames e, até mesmo, de declaração de inconstitucionalidade das cláusulas em questão, até a entrada em vigor do art. 1.848 do Código Civil, que admitiu a oneração da legítima dos herdeiros necessários, na hipótese de justa causa declarada no testamento.

Dito conceito indeterminado foi alvo de críticas, uma vez que o Código não estabeleceu nenhum dispositivo narrativo com os objetivos da aludida cláusula aberta, dificultando sobremaneira a sua interpretação. Nesse esforço hermenêutico, busca-se o sentido da inalienabilidade que se coadune com os princípios constitucionais, uma vez que qualquer restrição a direito fundamental garantido na Constituição só poderá ser justificada por razões que encontrem amparo na própria Constituição.

Assim, a inalienabilidade convencional deve ser justificada por outros direitos fundamentais que, em contraposição àqueles indicados acima, possam prevalecer no caso concreto. Nessa esteira, ao ser analisada a finalidade da inalienabilidade – a saber, impossibilitar que determinado bem seja alienado e, por consequência, penhorado –, só será possível encontrar razão para o gravame imposto pela autonomia privada no que pode ser denominado mínimo existencial.



No âmbito do Direito Privado, podemos traduzir o mínimo existencial no que Luiz Edson Fachin, em sua obra *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, denominou de patrimônio mínimo da pessoa humana, podendo ser identificado em diversas normas, como naquela que determina a incapacidade relativa do pródigo (Código Civil, art. 4º, IV) ou na que determina a nulidade da doação de todos os bens sem reserva de parte ou renda suficiente para subsistência do doador (CC, art. 548), bem como aquelas que estabelecem a impenhorabilidade de bens essenciais (Lei 8.009, de 29 de março de 1990, e Código de Processo Civil, art. 833).

Nessa direção, a autonomia privada que estabelece a inalienabilidade pelo testamento deverá prevalecer, por exemplo, quando o testador gravar um único imóvel, de pequeno valor dentre os bens da herança, para garantir a moradia de filho insolvente que não é proprietário de bem imóvel, ou quando gravar quotas sociais ou imóvel no qual o herdeiro explore a sua atividade profissional, para que lhe seja garantida a continuidade do exercício de sua profissão, mesmo após a morte do titular do bem. Esses seriam casos que encontrariam guarida nos princípios constitucionais, sendo certo que a validade da cláusula restritiva estará sempre submetida à análise da permanência dos motivos que a justificaram.

Pelos motivos expostos é que também se propõe que o juiz possa dispensar os gravames, quando restarem provados motivos que demonstrem que ditos ônus se tornaram um estorvo para o beneficiário ou quando restar claro que a causa justificadora do gravame não mais subsiste, propondo-se, ainda, que o juiz atue no caso com equidade, não se limitando à sub-rogação.

Já quanto à proibição de converter os bens da legítima em dinheiro, dita vedação parece não estar em consonância com objetivos atuais de ampliar determinadas prerrogativas do testador, para melhor lhe permitir planejar a sua sucessão.

De fato, tal conversão permitiria que o testador, ao se valer da faculdade disposta no art. 2.014 do Código Civil, empreendesse divisão patrimonial que assegurasse melhor proteção para os herdeiros e para a continuidade de seus negócios, porque, não raras vezes, há herdeiros totalmente alheios aos bens e negócios da pessoa falecida, que teriam sua quota hereditária mais bem atendida com dinheiro, com base em uma avaliação fidedigna dos bens.



SF/19333.73482-00

Assim, a conversão em dinheiro facilitaria a escolha, pelo testador, do herdeiro que melhor continuaria os seus negócios, sem maiores disputas, entre os demais, pela qualidade dos bens determinados pelo testador para compor seus respectivos quinhões, complementando o já citado art. 2.014 do Código Civil.

No que se refere, especificamente, à regulação da “Sucessão Testamentária”, o texto projetado propõe grandes inovações, sintetizadas em duas expressões: **menos formalidades e mais incentivos**.

É pacífico que o ato de testar deve ser simplificado e modernizado, de forma a incentivar e popularizar o uso do testamento, mas sem perder a segurança proporcionada pelas formalidades testamentárias. Novas tecnologias devem ser incorporadas, como é o caso do testamento, público ou particular, realizado por meio de recursos audiovisuais.

Quanto à redução das formalidades, o anteprojeto propõe permitir a utilização de recursos de audiovisual para a feitura do testamento, o que representa grande incentivo para popularizar seu uso, sem comprometer os valores da certeza e da segurança. A permissão para que o ato fosse elaborado por processo mecânico, utilizando-se o computador e quaisquer outros recursos tecnológicos congêneres, já existia desde janeiro de 2003. Com este projeto, abre-se uma nova possibilidade de uso de recursos tecnológicos, precisamente o audiovisual. Na quadra em que vivemos, no que se convencionou chamar de sociedade da informação, em que tais recursos são amplamente admitidos como meio de prova em quaisquer instâncias, não seria mais aceitável desconhecê-los como instrumentos válidos de elaboração do testamento.

O sistema de audiovisual oferecerá uma maior segurança a respeito do conteúdo das disposições testamentárias, pois estaremos ouvindo a própria voz do testador. É o testador quem vai explicar a sua última vontade, o que vai reduzir a necessidade de utilização de recursos hermenêuticos para a interpretação do testamento. O texto escrito muitas vezes é ambíguo. As palavras, quando desprovidas da entonação adequada, comportam significados diversos. O intérprete do testamento, com frequência, enfrenta grandes obstáculos na pesquisa do desejo derradeiro do *de cujus*. A utilização do sistema de audiovisual deve eliminar essas dificuldades, facilitando a concretização do princípio da prevalência da vontade do testador, previsto no art. 1.899 do Código Civil. E assim, com menor risco e maior certeza, o ato de última vontade atingirá a sua finalidade.



SF/19333.73482-00

O formalismo e a solenidade do ato de testar garantem a segurança do testamento e a fidelidade da vontade do testador. Adotadas as cautelas ora previstas, nenhum registro poderia ser mais fiel à última vontade do autor da herança do que aquele feito em sistema de audiovisual.

Os testamentos especiais devem ser revogados, pois todas as situações que poderiam contemplar já são atendidas pelo testamento hológrafo feito em situações de emergência.

É preciso, ainda, disciplinar as causas de impedimento das testemunhas instrumentais do testamento, objeto de regra específica no Código Civil de 1916, suprimida, porém, pelo de 2002. A lacuna tem sido colmatada pela jurisprudência com a aplicação do art. 228 do Código Civil, o que se tem mostrado inadequado e obscuro, por se tratar de dispositivo voltado às testemunhas judiciais.

Outra proposta importante refere-se à reintrodução do instituto da substituição fideicomissária como livre opção do testador, o que pode ser muito útil nas operações de planejamento sucessório. O fideicomisso não ficará mais restrito, portanto, à deixa em favor de prole eventual, retomando-se a sistemática prevista no Código de 1916.

Outra proposta, consentânea com as novas realidades do Direito das Famílias, refere-se à ampliação das causas de deserdação para incluir o “abandono afetivo voluntário” como justificativa para ascendentes e descendentes se excluírem reciprocamente da sucessão, por meio do testamento. Também se propõe a inversão da lógica da ação de deserdação, cuja legitimidade ativa é transferida ao deserddado, a quem caberá impugnar a causa da deserdação, retirando esse ônus dos demais herdeiros, em fortalecimento e valorização do princípio da prevalência da vontade do testador.

Finalmente, no que tange à disciplina “Do Inventário e da Partilha”, o projeto sugere alguns aprimoramentos no Código de Processo Civil.

De início, foi incluída a menção ao companheiro em seu art. 651, inciso II, único dispositivo que não equiparou a união estável ao casamento para os fins de inventário e partilha, merecendo, portanto, tal inclusão. Também foi feito reparo no inciso III do mesmo comando, para constar a “parte disponível”, e não “meação disponível”, que não tem sentido técnico, conforme conclusão da comissão.



O art. 610 do *Codex* processual também foi alterado, constando ressalva, em um novo parágrafo, de que é possível o inventário extrajudicial, mesmo se o falecido deixar testamento, desde que haja registro judicial ou autorização expressa do juízo sucessório competente, nos autos do procedimento de abertura, registro e cumprimento de testamento, e sendo todos os interessados capazes e concordes. Essa proposta segue o teor do Enunciado nº 600 da VI Jornada de Direito Civil, do Enunciado nº 85 da I Jornada de Solução Extrajudicial de Controvérsias e do Enunciado nº 51 da I Jornada de Processo Civil, eventos promovidos pelo Conselho da Justiça Federal, nos anos de 2015, 2016 e 2017, respectivamente. Segue-se também o conteúdo do Enunciado nº 16 do IBDFAM. Cabe pontuar que, no mesmo sentido, existem normas das Corregedorias dos Tribunais da Justiça dos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro, o que tende a “desjudicializar” a matéria. Falta apenas a lei fazer tal reconhecimento.

Em suma, corrige-se o grave equívoco em que incorreu o legislador, quando afastou a possibilidade de se proceder ao inventário extrajudicial sempre que houvesse testamento.

Em um momento em que tanto se critica o Poder Judiciário pela demora no andamento dos processos, compelir herdeiros maiores, capazes e concordes a procederem ao inventário judicial, tão somente por existir um testamento, foge completamente ao espírito que presidiu a edição do CPC de 2015.

O testamento não pode constituir óbice ao inventário administrativo, máxime quando os procedimentos para abertura, registro e confirmação do ato de última vontade permanecerão na esfera judicial.

Com o objetivo de trazer estabilidade e certeza para o tema da colação, o projeto propõe nova redação aos arts. 2.004 do Código Civil e 639 do Código de Processo Civil, que se mostram em manifesto conflito quanto ao sistema de colação dos bens doados pelo *de cujus*, o primeiro estabelecendo que “o valor de colação dos bens doados será aquele, certo ou estimativo, que lhes atribuir o ato de liberalidade”, e o outro prevendo que o valor da colação seria o correspondente ao valor do bem no momento da abertura da sucessão. Conforme amplamente debatido na última reunião da Comissão de Assuntos Legislativos do IBDFAM, chegou-se à conclusão de que nenhum dos dois critérios de colação, quando aplicados de modo absoluto, sem ressalvas, era justo: nem aquele correspondente à data da doação (CC), tampouco aquele



SF/19333.73482-00

correspondente à abertura da sucessão (CPC). Daí a necessidade de se propor a alteração de ambos os dispositivos.

Nessa direção, o valor do bem a ser colacionado deve ser aquele correspondente ao benefício econômico auferido pelo donatário com a dádiva. Assim, se o donatário mantém até o óbito do doador o bem em seu patrimônio e o confere em substância – regra instituída pelo CPC –, o valor do bem doado deve corresponder àquele da abertura da sucessão. No entanto, se o donatário alienou o bem entre a doação e a abertura da sucessão, deve-se apurar o valor do bem por ocasião da alienação, sob pena de haver uma injustiça, ou para o donatário ou para os herdeiros a quem a colação aproveita.

Por todos motivos que acabamos de expor, concluímos, sem hesitar, que a presente proposta legislativa há de aportar relevantes e inegáveis benefícios para a sociedade brasileira.

Corrigem-se equívocos técnicos dos atuais Código Civil e Código de Processo Civil na matéria sucessória, uniformiza-se a sucessão do cônjuge e do companheiro, suprimem-se discriminações infames, dispensam-se formalidades na elaboração do testamento e imprime-se maior segurança no seu cumprimento, e agiliza-se e barateia-se o inventário.

Sala das Sessões,

Senadora SORAYA THRONICKE



ANEXO B – PROJETO DE LEI N. 3.050, DE 2020

PROJETO DE LEI Nº , DE 2020 (Do Sr. GILBERTO ABRAMO)

Altera o art. 1.788 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Esta lei altera o art. 1.788 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil, a fim de dispor sobre a sucessão dos bens e contas digitais do autor da herança de qualidade patrimonial.

Art. 2º. O art. 1.788 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

“Art.1.788.....

Parágrafo único. Serão transmitidos aos herdeiros todos os conteúdos de qualidade patrimonial contas ou arquivos digitais de titularidade do autor da herança.” (NR)

Art. 3º Esta lei entra em vigor na data da sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

O projeto de lei pretende tratar sobre tema relevante e atual, que possibilita alterar o Código Civil com objetivo de normatizar o direito de herança digital.

Há no Judiciário diversos casos que aguardam decisões nesse sentido, situações em que familiares dos falecidos desejam obter acesso a arquivos ou contas armazenadas em serviços de internet.

É preciso que a lei civil trate do tema, como medida de prevenção e pacificação de conflitos sociais e compete ao Poder Público, e nós

Apresentação: 02/06/2020 09:56

PL n.3050/2020

Documento eletrônico assinado por Gilberto Abramo (REPUBLIC/MG), através do ponto SDR_56246, na forma do art. 102, § 1º, do RICD c/c o art. 2º, do Ato da Mesa n. 80 de 2016.



enquanto legisladores viabilizar formas de melhor aplicabilidade da herança digital.

Convictos do acerto das medidas ora propostas, convocamos os nobres pares desta Casa para aprovar o presente projeto de lei.

Sala das Sessões, em de de 2020.

Deputado GILBERTO ABRAMO

Apresentação: 02/06/2020 09:56

PL n.3050/2020

Documento eletrônico assinado por Gilberto Abramo (REPÚBLICA/MG), através do ponto SDR_56246, na forma do art. 102, § 1º, do RICD c/c o art. 2º, do Ato da Mesa n. 80 de 2016.



ANEXO C – PROJETO DE LEI N. 3.051, DE 2020**PROJETO DE LEI Nº , DE 2020**
(Do Sr. GILBERTO ABRAMO)

Acrescenta o art. 10-A à Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet), a fim de dispor sobre a destinação das contas de aplicações de internet após a morte de seu titular.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º A Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 10-A:

Art. 10-A. “Os provedores de aplicações de internet devem excluir as respectivas contas de usuários brasileiros mortos imediatamente, se for requerido por familiares após a comprovação do óbito.

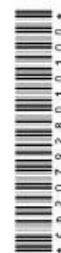
§ 1º A exclusão dependerá de requerimento aos provedores de aplicações de internet, em formulário próprio, do cônjuge, companheiro ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive.

§ 2º Mesmo após a exclusão das contas, devem os provedores de aplicações de internet manter armazenados os dados e registros dessas contas pelo prazo de 1 (um) ano, a partir da data do requerimento dos familiares, ressalvado requerimento cautelar da autoridade policial ou do Ministério Público de

Apresentação: 02/06/2020 09:56

PL n.3051/2020

Documento eletrônico assinado por Gilberto Abramo (REPUBLIC/MG), através do ponto SDR_56246, na forma do art. 102, § 1º, do RICD c/c o art. 2º, do Ato da Mesa n. 80 de 2016.



prorrogação, por igual período, da guarda de tais dados e registros.

§ 3º As contas em aplicações de internet poderão ser mantidas mesmo após a comprovação do óbito do seu titular, sempre que essa opção for possibilitada pelo respectivo provedor e caso o cônjuge, companheiro ou parente do morto indicados no caput deste artigo formule requerimento nesse sentido, no prazo de um ano a partir do óbito, devendo ser bloqueado o seu gerenciamento por qualquer pessoa, exceto se o usuário morto tiver deixado autorização expressa indicando quem deva gerenciá-la”.

Art. 2º Esta lei entra em vigor na data da sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

O projeto de lei pretende tratar sobre a possibilidade de exclusão de contas virtuais de usuários falecidos quando requerido pela família, para que seja respeitado a memória do usuário. Procurando evitar situações indesejáveis e até mesmo judiciais é que estamos propondo que as contas nos provedores de aplicações de internet sejam encerradas imediatamente após a comprovação do óbito do seu titular, se forem requeridas pelos familiares, mas com a cautela de serem tais provedores obrigados a manter os respectivos dados da conta armazenados pelo prazo de um ano, prorrogável por igual período, sobretudo para fins de prova em apurações criminais.

Além disso, também está previsto a hipótese em que esses familiares próximos do falecido resolvam manter uma espécie de memorial a partir dessa mesma conta, que, contudo, somente poderá ser gerenciada com novas publicações no perfil do falecido e outras ações que se fizerem necessárias, se o falecido tiver deixado previamente estabelecido quem poderá gerenciar a sua conta após a sua morte.

Apresentação: 02/06/2020 09:56

PL n.3051/2020

Documento eletrônico assinado por Gilberto Abramio (REPUBLIC/MG), através do ponto SDR_56246, na forma do art. 102, § 1º, do RICD c/c o art. 2º, do Ato da Mesa n. 80 de 2016.



Convictos do acerto das medidas ora propostas, convocamos os nobres pares desta Casa para aprovar o presente projeto de lei.

Sala das Sessões, em de de 2020.

DEPUTADO GILBERTO ABRAMO

Apresentação: 02/06/2020 09:56

PL n.3051/2020

Documento eletrônico assinado por Gilberto Abramo (REPÚBLICA/MG), através do ponto SDR_56246, na forma do art. 102, § 1º, do RICD c/c o art. 2º, do Ato da Mesa n. 80 de 2016.



CP207928010100

ANEXO D – PROJETO DE LEI N. 410, DE 2021

PROJETO DE LEI Nº , DE 2021 (Do Sr. CARLOS BEZERRA)

Apresentação: 10/02/2021 21:05 - Mesa

PL n.410/2021

Acrescenta artigo à Lei do Marco Civil da Internet – Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, a fim de dispor sobre a destinação das contas de internet após a morte de seu titular

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Esta Lei regulamenta o destino das contas na internet após a morte de seu titular.

Art. 2º A Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 – Marco civil da Internet passa a vigorar acrescida do seguinte art. 10-A:

Art. 10-A. Os provedores de aplicações de internet devem excluir as respectivas contas de usuários brasileiros mortos imediatamente após a comprovação do óbito.

§ 1º A exclusão dependerá de requerimento aos provedores de aplicações de internet, do cônjuge, companheiro ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive.

§ 2º Mesmo após a exclusão das contas, devem os provedores de aplicações de internet manter armazenados os dados e registros dessas contas pelo prazo de dois anos, a partir da data do óbito, ressalvado requerimento cautelar da autoridade policial ou do Ministério Público para a guarda de tais dados e registros.

§ 3º As contas em aplicações de internet poderão ser mantidas, mesmo após a comprovação do óbito do seu titular, sempre que essa opção for deixada como ato de última vontade pelo titular da conta, desde que indique a quem deva gerenciá-la.

Art. 3º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

Documento eletrônico assinado por Carlos Bezerra (MDB/MT), através do ponto SDR_56400, na forma do art. 102, § 1º, do RICD c/c o art. 2º, do Ato da Mesa n. 80 de 2016.



A “herança digital” é um dos problemas que a modernidade nos trouxe. No entanto, esse assunto não é inteiramente novo. Já os deputados Alfredo Nascimento e Elizeu Dionízio, a quem rendo aqui minhas homenagens, propuseram a regulamentação do assunto na legislatura passada, porém suas iniciativas não prosperaram, encontrando-se arquivadas suas proposições.

O fato é que o avanço da internet no dia-a-dia das pessoas fez com que o uso das chamadas redes sociais tenha se tornado frequente, sempre mais. Há notícia de que, em 2015, o *Facebook* tenha alcançado a marca do bilhão de usuários, o que significa dizer que aproximadamente um em cada sete habitantes do mundo tem acesso a esse sítio.

Deve ser assinalado que, além do *Facebook*, também se tornaram muito populares outros tantos sítios da internet, tais como o *Twitter*, *Instagram* e *Google+*, onde os usuários têm a liberdade de criar perfis próprios e deles se utilizam para o tráfego e armazenamento dos mais variados tipos de informações e, também, para o fluxo de comunicação.

Por conta da grande popularização desse fenômeno, que pode chegar à estrondosa quantidade de 30% de pessoas no mundo como detentoras de perfis em redes sociais, e dada a finitude da existência humana, avoluma-se o número de perfis deixados por falecidos. Tal fato vem gerando dificuldades no mundo do Direito.

O jornal *Valor Econômico*, em sua edição do último dia 18 de agosto de 2019, nos trás notícia de lide jurídica que, dia-a-dia, vai se tornando mais rotineira. *In verbis*:

“Em interessante sentença no Estado de Minas Gerais, o juiz de direito julgou improcedente o direito de acesso aos dados pessoais da filha falecida da autora. O magistrado entendeu pela inviolabilidade de dados do titular da conta virtual, com base no artigo 5º, XII, da Constituição Federal, que trata sobre o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas.

Ainda alegou o magistrado que a quebra de sigilo dos dados da falecida permitiria não apenas o acesso aos seus dados, como também de terceiros com os quais a usuária mantinha contato, sendo que eventual quebra de sigilo certamente acarretaria a invasão da privacidade de outrem, conforme passagem da decisão: “ Dada essa digressão, tenho que o



pedido da autora não é legítimo, pois a intimidade de outrem, inclusive da falecida Helena, não pode ser invadida para satisfação pessoal. A falecida não está mais entre nós para manifestar sua opinião, motivo pela qual sua intimidade deve ser preservada.” ”

As razões invocadas pelo magistrado nos convenceram. Afinal, como diz antigo brocardo jurídico latino: “*mors omnia solvit*”. No vernáculo: a morte tudo solve. Ou seja, tudo termina com a morte.

Entendemos, por conseguinte, que com a morte, se não houver disposição de última vontade do falecido, suas contas nos diversos sítios da *internet* devem ser apagadas, mantendo-se íntegra a intimidade tanto do falecido quanto, principalmente, a intimidade de todos aqueles com quem o falecido se relacionava.

Como medida de exceção, prevemos que os dados devem ser mantidos por dois anos após a morte do titular, e que esse prazo poderá ser estendido a pedido tanto a autoridade policial quanto o Ministério Público.

Acredito que a presente matéria merecerá a atenção de meus caros pares, e que o principal mérito da presente proposição será trazer de volta ao debate assunto de tal magnitude.

Sala das Sessões, em de de 2021.

Deputado CARLOS BEZERRA

2019-18434

Apresentação: 10/02/2021 21:05 - Mesa

PL n.º 410/2021

Documento eletrônico assinado por Carlos Bezerra (MDB/MT), através do ponto SDR_56400, na forma do art. 102, § 1º, do RICD c/c o art. 2º, do Ato da Mesa n. 80 de 2016.



ANEXO E – PROJETO DE LEI N. 1.144, DE 2021

PROJETO DE LEI Nº , DE 2021

(Da Sra. RENATA ABREU)

Dispõe sobre os dados pessoais inseridos na internet após a morte do usuário.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Esta Lei Dispõe sobre os dados pessoais inseridos na internet após a morte do usuário.

Art. 2º A Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 12.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge ou o companheiro sobrevivente, parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau, ou qualquer pessoa com legítimo interesse." (NR)

"Art. 20.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção as pessoas indicadas no parágrafo único do art. 12." (NR)

"Art. 1.791-A. Integram a herança os conteúdos e dados pessoais inseridos em aplicação da Internet de natureza econômica.

§ 1º Além de dados financeiros, os conteúdos e dados de que trata o *caput* abrangem, salvo manifestação do autor da herança em sentido contrário, perfis de redes sociais utilizados para fins econômicos, como os de divulgação de atividade científica, literária, artística ou empresária, desde que a transmissão seja compatível com os termos do contrato.

§ 2º Os dados pessoais constantes de contas públicas em redes sociais observarão o disposto em lei especial e no Capítulo II do Título I do Livro I da Parte Geral.

Apresentação: 30/03/2021 16:41 - Mesa

PL n.1144/2021

Documento eletrônico assinado por Renata Abreu (PODE/SP), através do ponto SDR_56330, na forma do art. 102, § 1º, do RICD c/c o art. 2º, do Ato da Mesa n. 80 de 2016.



§ 3º Não se transmite aos herdeiros o conteúdo de mensagens privadas constantes de quaisquer espécies de aplicações de Internet, exceto se utilizadas com finalidade exclusivamente econômica."

Art. 3º A Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet), passa a vigorar acrescido do seguinte art. 10-A:

"Art. 10-A. Os provedores de aplicações de internet devem excluir as contas públicas de usuários brasileiros mortos, mediante comprovação do óbito, exceto se:

I – houver previsão contratual em sentido contrário e manifestação do titular dos dados pela sua manutenção após a morte;

II – na hipótese do § 1º do art. 1.791-A da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

§ 1º O encarregado do gerenciamento de contas não poderá alterar o conteúdo de escritos, imagens e outras publicações ou ações do titular dos dados, tampouco terá acesso ao conteúdo de mensagens privadas trocadas com outros usuários, ressalvado o disposto no § 3º do art. 1.791-A da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

§ 2º Os legitimados indicados no parágrafo único do art. 12 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), poderão pleitear a exclusão da conta, em caso de ameaça ou lesão aos direitos de personalidade do titular dos dados.

§ 3º Mesmo após a exclusão das contas, devem os provedores de aplicações manter armazenados os dados e registros dessas contas pelo prazo de 1 (um) ano a partir da data do óbito, ressalvado requerimento em sentido contrário, na forma do art. 22."

Art. 4º Esta lei entra em vigor após decorridos 30 (trinta) dias de sua publicação oficial.

JUSTIFICAÇÃO

As mudanças sociais operadas pela incessante inovação tecnológica apresentam os mais diversos desafios coletivos e individuais. Os dados pessoais inseridos na rede tornam-se preciosa informação a direcionar

Apresentação: 30/03/2021 16:41 - Mesa

PL n.1144/2021

Documento eletrônico assinado por Renata Abreu (PODE/SP), através do ponto SDR_56330, na forma do art. 102, § 1º, do RICD c/c o art. 2º, do Ato da Mesa n. 80 de 2016.



publicidade, permitir troca de conhecimentos e a conexão de pessoas. Surgem novas formas de se relacionar, novas maneiras de estar no mundo, de compreendê-lo, de interpretá-lo. Nessa seara, há mesmo quem cogite da existência de um *corpo eletrônico*, constituído pelos dados disponibilizados na rede.

É indiscutível, sobretudo quando se fala em perfis de redes sociais, que as imagens, vídeos, áudios e escritos inseridos em semelhantes aplicações constituem importante elemento da personalidade de seu titular. As publicações públicas (abertas a quem tenha acesso às aplicações ou a pessoas determinadas, como amigos ou grupos) são uma forma de se apresentar em sociedade, de deixar-se conhecer.

Em que pese o esforço legislativo realizado pelo Congresso Nacional nos últimos anos em conferir tutela jurídica adequada aos mais diversos interesses que emergem dessas novas relações sociais, como a aprovação do Marco Civil da Internet (MCI) e da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), os aspectos da personalidade relacionados a contas digitais (em redes sociais, e-mails, aplicações financeiras etc.) demandam regulamentação específica sobre sua destinação ou modos de uso após a morte do titular dos dados.

As ideias que em geral se apresentam tendem a propor a exclusão de contas ou, ao revés, a sua transmissão aos herdeiros. Acreditamos que uma e outra solução são plausíveis, a depender do tipo de aplicação e de conteúdo que se pretende disciplinar em lei. Por exemplo, o perfil de pessoa famosa em rede social pode ser impulsionado em número de seguidores quando de sua morte, mas a simples transmissão aos herdeiros do acesso irrestrito ao aplicativo correspondente, com acesso às mensagens privadas, significaria uma indevida intrusão na privacidade do titular dos dados (falecido) e de seus interlocutores.

No entanto, em se tratando de aspectos da personalidade do indivíduo, parece precipitado pensar sua disciplina jurídica exclusivamente a partir da estrutura do direito sucessório, que está voltado predominantemente à transferência de patrimônio. Vale lembrar que os direitos de personalidade são



intransmissíveis, o que indica a necessidade de uma abordagem diferente em relação ao tema. Embora seja comum falar-se em *herança digital*,¹ o ideal é que essa ideia se restrinja a aspectos patrimoniais. Dessa forma, propomos que **(i)** os dados constantes de aplicações com finalidade econômica sejam considerados herança e transmitidos de acordo com as regras do direito das sucessões; **(ii)** que a exploração de aspectos da personalidade (como imagem, voz, vídeos etc.) constantes de aplicações sejam também transmitidos como herança, quando não haja disposição em sentido contrário do *de cuius*. Neste caso, embora dotados de valor econômico, o que seria potencializado pelo uso *post mortem* das contas digitais, não parece adequada a exploração desses elementos da personalidade quando seu titular haja se manifestado contrariamente.

No que concerne às mensagens privadas, **(iii)** o ideal é que não haja acesso a seu conteúdo pelos herdeiros, ainda que haja manifestação nesse sentido do titular das contas, pois isso constituiria violação da privacidade do interlocutor. A profusão de mensagens trocadas pelas mais diversas aplicações de mensagens (ou a funcionalidade de troca de mensagens em aplicações destinadas, em caráter principal, à prestação de outros serviços), em grande parte, substitui interações pessoais ou telefônicas, sendo importante tutelar a legítima expectativa de que seu conteúdo não será devassado por ocasião da morte de um dos interlocutores.

Por fim, quanto **(iv)** às redes sociais do falecido, propomos que a regra seja a sua exclusão, com as seguintes ressalvas: (a) quando houver disposição expressa do titular dos dados no sentido de manter ativa a sua conta (desde que isso esteja em consonância com os termos de uso do contrato celebrado) e (b) quando o perfil for objeto de herança, na já mencionada hipótese de se admitir a exploração econômica de aspectos da personalidade (item *ii*).

1 Nesse sentido, Livia Teixeira Leal: "Pode-se verificar que a temática inegavelmente tem sido desenvolvida sob a ótica patrimonial, estando vinculada com frequência a expressões como 'herança digital', 'legado digital', 'patrimônio digital', 'ativo digital', que revelam, em última análise, um exame inicial estritamente patrimonial. [...] Não se pode ignorar que alguns direitos são personalíssimos, e, portanto, intransmissíveis, extinguindo-se com a morte do titular, não sendo objeto de sucessão e não integrando o acervo sucessório por ele deixado. Assim, como a herança refere-se ao acervo patrimonial do *de cuius*, as situações existenciais, ressalvadas as situações dúplices em alguns aspectos, não vão integrar o conceito de herança" (LEAL, Livia Teixeira. *Internet e morte do usuário*: propostas para o tratamento jurídico *post mortem* do conteúdo inserido na rede. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018. p. 38).



5

Ante o exposto, submeto esta proposição à apreciação dos
ilustres pares, a quem rogo o indispensável apoio para sua aprovação.

Sala das Sessões, em de de 2021.

Deputada RENATA ABREU

2019-25443

Apresentação: 30/03/2021 16:41 - Mesa

PL n.1144/2021

Documento eletrônico assinado por Renata Abreu (PODE/SP), através do ponto SDR_56330,
na forma do art. 102, § 1º, do RICD c/c o art. 2º, do Ato
da Mesa n. 80 de 2016.



ANEXO F – PROJETO DE LEI N. 1.689, DE 2021**PROJETO DE LEI Nº , DE 2021**

(Da Sra. ALÊ SILVA)

Altera a Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, para dispor sobre perfis, páginas contas, publicações e os dados pessoais de pessoa falecida, incluindo seu tratamento por testamentos e codicilos.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Esta Lei altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, para dispor sobre perfis, páginas contas, publicações e os dados pessoais de pessoa falecida, incluindo seu tratamento por testamentos e codicilos.

Art. 2º Incluem-se os arts. 1.791-A e 1863-A e acrescente-se o § 3º ao art. 1.857 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, com as seguintes redações:

“Art. 1.791-A Incluem-se na herança os direitos autorais, dados pessoais e demais publicações e interações do falecido em provedores de aplicações de internet.

§ 1º O direito de acesso do sucessor à página pessoal do falecido deve ser assegurado pelo provedor de aplicações de internet, mediante apresentação de atestado de óbito, a não ser por disposição contrária do falecido em testamento.

§ 2º Será garantido ao sucessor o direito de, alternativamente, manter e editar as informações digitais do falecido ou de transformar o perfil ou página da internet em memorial.



Assinado eletronicamente pelo(a) Dep. Alê Silva
Para verificar a assinatura, acesse <https://infoleg-autenticidade-assinatura.camara.leg.br/CD218741143300>

Apresentação: 04/05/2021 12:25 - Mesa

PL n.1689/2021



§ 2º Morrendo a pessoa sem herdeiros legítimos, o provedor de aplicações de internet, quando informado da morte e mediante apresentação de atestado de óbito, tratará o perfil, publicações e todos os dados pessoais do falecido como herança jacente, consignando-os à guarda e administração de um curador, até a sua entrega ao sucessor devidamente habilitado ou à declaração de sua vacância..

Art. 1.857

§ 3º A disposição por testamento de pessoa capaz inclui os direitos autorais, dados pessoais e demais publicações e interações do testador em provedores de aplicações de internet.

Art. 1863-A O testamento cerrado e o particular, bem como os codicilos, serão válidos em formato eletrônico, desde que assinados digitalmente com certificado digital pelo testador, na forma da lei." (NR)

Art. 3º Altere-se o art. 41 da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que passa a ter a seguinte redação:

"Art. 41. Os direitos patrimoniais do autor, incluindo suas publicações em provedores de aplicações de internet, perduram por setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil.

....." (NR)

Art. 4º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO



Assinado eletronicamente pelo(a) Dep. Alê Silva
Para verificar a assinatura, acesse <https://infoleg-autenticidade-assinatura.camara.leg.br/CD218741143300>



Num mundo em que as pessoas se expressam, em larga medida, por meios digitais, não é raro que elas construam na internet um retrato daquilo que elas foram no mundo real. Perfis de redes sociais e blogs registram reflexões e acabam por se transformar em uma memória ou até um patrimônio autoral da pessoa falecida.

E uma quantidade cada vez maior de pessoas utiliza essas ferramentas. Apenas para ficarmos num exemplo, o Facebook possui, no mundo, mais de 2,7 bilhões de contas ativas, enquanto no Brasil são dezenas de milhões de usuários¹.

Ocorre que há uma dúvida muito grande sobre que destino se dar ao conjunto das opiniões, lembranças, memórias e até segredos do usuário da internet após o seu falecimento. Devem os parentes ter acesso a sua senha? Devem poder editar seus conteúdos? Devem as plataformas simplesmente remover o perfil ou apagar a página do usuário?

Este projeto de lei pretende preencher esse vácuo jurídico, trazendo conforto e segurança aos familiares do falecido.

Com esse objetivo, propomos alteração do Código Civil para incluir expressamente na definição de herança os direitos autorais, os dados pessoais e as publicações e interações do falecido em redes sociais e outros sítios da internet, ou seja, nos chamados provedores de aplicações de internet, definidos pelo Marco Civil da Internet. A expressão “provedores de aplicações de internet” abrange melhor todo o acervo digital da pessoa, contemplando redes sociais, arquivos na nuvem, contas de email, entre outros.

Nesse sentido, fica estabelecido que o sucessor legal possui direito de acesso à página pessoal do *de cujus*, mediante apresentação de atestado de óbito. O direito só não incidirá se houver vedação disposta pelo falecido em testamento, indicando que deseja que suas informações permaneçam em sigilo ou sejam eliminadas.

O sucessor pode, então, optar por manter ou editar as informações digitais do falecido ou mesmo por transformar o perfil ou página da internet em memorial em honra do *de cujus*.

¹ Veja em: <https://www.statista.com/statistics/264810/number-of-monthly-active-facebook-users-worldwide/#:~:text=With%20over%202.7%20billion%20monthly,network%20ever%20to%20do%20so>. Acesso em 29/04/2021.

Assinado eletronicamente pelo(a) Dep. Alê Silva

Para verificar a assinatura, acesse <https://infoleg-autenticidade-assinatura.camara.leg.br/CD218741143300>



Em caso de falecimento em que não haja herdeiros legítimos, o provedor de aplicações de internet deverá eliminar o perfil, publicações e todos os dados pessoais do falecido, desde que seja informado da morte e lhe seja apresentado atestado de óbito.

Determinamos, também, que é possível ao testador incluir em seu testamento os direitos autorais, os dados pessoais e as demais publicações e interações que estejam em provedores de aplicações de internet. Com exceção do testamento público, que deve ser lavrado em cartório, preceituamos que os testamentos cerrado e particular e os codicilos serão válidos em formato eletrônico, quando assinados digitalmente com certificado digital pelo testador, na forma da lei.

Deixamos claro, outrossim, que as publicações feitas em provedores de aplicações de internet constituem direitos patrimoniais do autor, para fins da Lei de Direitos Autorais.

Entendemos que a presente proposta supre uma demanda que traz enorme insegurança jurídica na sucessão e gestão de perfis em redes sociais e outras espécies de publicações na internet de pessoas falecidas, incorporando ao Código Civil as ferramentas apropriadas para dar aos sucessores hereditários maior tranquilidade e conforto nesse momento difícil de suas vidas.

Certos da justiça exposta no arrazoadado acima, exortamos os preclaros colegas a votarem pela aprovação da presente matéria.

Sala das Sessões, em de de 2021.

Deputada ALÊ SILVA

2021-4413



Assinado eletronicamente pelo(a) Dep. Alê Silva
Para verificar a assinatura, acesse <https://infoleg-autenticidade-assinatura.camara.leg.br/CD218741143300>



ANEXO G – PROJETO DE LEI N. 2.664, DE 2021

PROJETO DE LEI Nº , DE 2021

(Do Sr. CARLOS HENRIQUE GAGUIM)

Acrescenta o art. 1857-A à Lei nº 10406, de 2002, Código Civil, de modo a dispor sobre a herança digital.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Esta lei acrescenta o art. 1857-A à Lei nº 10406, de 2002, Código Civil, de modo a dispor sobre a herança digital.

Art. 2º A Lei nº 10406, de 2002, Código Civil, passa a vigorar acrescida do seguinte artigo 1857-A:

“Art. 1857-A. Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento ou qualquer outro meio no qual fique expressa a manifestação de vontade, sobre o tratamento de dados pessoais após a sua morte.

§ 1º São nulas quaisquer cláusulas contratuais voltadas a restringir os poderes da pessoa de dispor sobre os próprios dados.

§ 2º Salvo manifestação expressa em contrário, os herdeiros têm o direito de:

I – acessar os dados do falecido a fim de organizar e liquidar os bens da herança, identificando informações que sejam úteis para o inventário e a partilha do patrimônio;

II – obter os dados relacionados às memórias da família, tais como fotos, vídeos e áudios;

III – eliminar, retificar ou comunicar os dados;

IV – tratar os dados na medida necessária para cumprir obrigações pendentes com terceiros bem como para exercer os direitos autorais e industriais que lhe tenham sido transmitidos;

§ 2º As disposições do presente artigo aplicam-se, no que couber, aos declarados incapazes.

Art. 3º Esta lei entra em vigor na data da publicação.



Assinado eletronicamente pelo(a) Dep. Carlos Henrique Gaguim
Para verificar a assinatura, acesse <https://infoleg-autenticidade-assinatura.camara.leg.br/CD216036039900>

Apresentação: 03/08/2021, 13:34 - Mesa

PL n.2664/2021



JUSTIFICAÇÃO

O direito à herança é assegurado no art. 5º, inciso XXX, da Carta da República, mas ao contrário do que já ocorreu em outros países, a legislação brasileira ainda não foi adaptada aos novos tempos, de modo a regular a herança digital.

Na ausência de regulação, algumas empresas já colocaram em seus termos de uso cláusulas voltadas a regular o que ocorrerá com perfis e contas digitais em caso de falecimento. O Facebook, a exemplo, autoriza que alguém da família do falecido opte pela exclusão do conteúdo ou transforme o perfil em memorial, permitindo homenagens ao falecido. O mesmo pode ser definido pelo titular do perfil em vida. No Twitter o procedimento é o cancelamento da conta, o que ocorre mediante o envio de e-mail por parente que indicará nome completo, e-mail, grau de parentesco com o usuário falecido, nome de usuário da conta a ser excluída no *Twitter* e um link de uma notícia sobre a morte ou cópia do atestado de óbito.

A situação, no entanto, está longe da ideal. Vários herdeiros relatam dificuldades para ter acesso a fotos e vídeos que registram momentos em família. Muitos também dizem sobre a impossibilidade de obter dados importantes para a realização do inventário e da partilha bem como discorrem sobre a impossibilidade de passar a gerenciar contas digitais bastante lucrativas, após a morte do familiar.

É preciso, portanto, adaptar o direito civil à nova realidade social já que bens afetivos e de grande valor econômico, atualmente, encontram-se armazenados em contas digitais, descabendo delegar a empresas privadas a forma como se dará a sucessão dos brasileiros.

Entre os bens que integram a herança digital, há os de valoração econômica, tais como músicas, poemas e romances, apenas para exemplificar. Há também, na atualidade, empresas e marcas que existem apenas de modo virtual. Todos devem integrar a herança do falecido ou mesmo ser objeto de disposições de última vontade. Há também os que, embora não tenham valor econômico, são importantíssimos para os herdeiros do falecido, tais como fotos e vídeos registrando momentos familiares.

Assinado eletronicamente pelo(a) Dep. Carlos Henrique Gaguim
Para verificar a assinatura, acesse <https://infoleg-autenticidade-assinatura.camara.leg.br/CD216036039900>



O presente projeto de lei pretende abarcar a sucessão de todos esses diferentes tipos de bens. Assim como já feito em outros países, tais como na Espanha e na França, estabelece como regra geral a possibilidade de os herdeiros acessarem determinados tipos de dados, a fim de viabilizar o exercício do direito à herança. Considero que sob a ótica da privacidade, não há razão para tratar certos bens de maneira diversa apenas porque estão em formato digital.

É preciso também assegurar aos herdeiros a possibilidade de administrar e gerenciar os bens que lhe são transmitidos em virtude do direito autoral e industrial, que podem ou não ter valor econômico.

Ante o quadro, solicito o apoio dos meus pares para aprovar o presente projeto de lei.

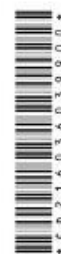
Sala das Sessões, em de de 2021.

Deputado CARLOS HENRIQUE GAGUIM

2021-10948



Assinado eletronicamente pelo(a) Dep. Carlos Henrique Gaguim
Para verificar a assinatura, acesse <https://infoleg-autenticidade-assinatura.camara.leg.br/CD216036039900>



ANEXO H – PROJETO DE LEI N. 365, DE 2022

SENADO FEDERAL
Gabinete do Senador CONFÚCIO MOURA

PROJETO DE LEI Nº , DE 2022

Dispõe sobre a herança digital.



O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a herança digital:

§ 1º Considera-se herança digital o conjunto de informações, dados, sons, imagens, vídeos, gráficos, textos, arquivos computacionais e qualquer outra forma de conteúdo de propriedade do usuário, armazenado em dispositivos computacionais, independentemente do suporte utilizado, inclusive os armazenados remotamente, em aplicações de internet ou em outros sistemas acessíveis por redes de comunicação, desde que não tenham valor econômico.

§ 2º Esta Lei se aplica apenas a conteúdos digitais que caracterizam direitos da personalidade sem conteúdo patrimonial.

Art. 2º As determinações acerca da herança digital poderão ser consignadas em testamento ou, se essa funcionalidade estiver disponível, diretamente nas aplicações de internet.

§ 1º Somente podem decidir sobre sua herança digital os aptos a testar.

§ 2º No caso de incapazes para testar, as determinações acerca da herança digital cabem aos responsáveis legais.

§ 3º As determinações relativas à herança digital consignadas diretamente em aplicações de internet serão equiparadas a testamento particular, sendo possível a dispensa das testemunhas, mediante manifestação expressa do usuário realizada com o uso de assinatura eletrônica, que pode ser na forma do art. 10, § 2º, da Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001.

Art. 3º Salvo disposição testamentária em contrário, os dispositivos de armazenamento de propriedade do autor da herança e seu conteúdo serão tratados de forma unificada.

Art. 4º Após o falecimento do usuário, o conteúdo publicado em aplicações de internet ou em qualquer outra plataforma de comunicação não poderá ser alterado ou removido por seus herdeiros ou legatários, nem pelo provedor da aplicação, salvo mediante determinação testamentária expressa.

§ 1º O usuário poderá conferir poderes para remover ou alterar conteúdo publicado a um ou mais herdeiros ou legatários, de forma integral ou parcial, limitando a permissão pela data das publicações, pelos temas envolvidos ou por outros critérios que julgar apropriados.

§ 2º As publicações removidas ou alteradas por herdeiros ou legatários serão destacadas para evidenciar o fato de terem sido editadas, explicitando os responsáveis pelas modificações.

Art. 5º As aplicações de internet que publicam conteúdo poderão disponibilizar a herdeiros e legatários funcionalidade para publicação de conteúdo vinculado às publicações originais do usuário, a fim de informar sobre seu falecimento.

§ 1º Se oferecida pelo provedor, a funcionalidade de que trata o *caput* será opcional para o usuário.

§ 2º As publicações de que trata o *caput* serão destacadas, de modo evidenciar o fato de não serem de autoria do usuário.

Art. 6º As contas em aplicações de mensagens eletrônicas privadas ou o próprio conteúdo das mensagens, além de todas as demais formas de conteúdo armazenado não publicado, não poderão ser acessadas por herdeiros ou legatários.



§ 1º Mediante disposição testamentária expressa, e desde que essa funcionalidade seja oferecida pela aplicação, o usuário poderá autorizar o acesso a suas mensagens privadas ou a outras formas de conteúdo armazenado não publicado a um ou mais legatários, de forma integral ou parcial, limitando o acesso pela data de transmissão das comunicações, pelos interlocutores envolvidos ou por outros critérios.

§ 2º O disposto neste artigo não veda o compartilhamento de senhas ou de outras formas para acesso a contas pessoais, que serão equiparadas a autorizações expressas para acesso.

§ 3º Desde tecnicamente possível, os conteúdos não publicados que tenham valor patrimonial ou que constituam obras intelectuais protegidas por direito autoral serão transmitidos aos sucessores.

§ 4º É também permitido o acesso por herdeiro e legatário mediante decisão judicial que reconheça a importância dos conteúdos de que trata o *caput* deste artigo para fins de esclarecimentos relevantes para apuração de crime ou de infração administrativa.

Art. 7º A Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 18-A:

“**Art. 18-A.** Por morte do titular, transmitem-se os direitos previstos no art. 18 desta Lei a seus sucessores, exceto o direito de acesso aos dados.

§ 1º O direito de acesso aos dados pessoais somente será transmitido aos sucessores mediante:

I – manifestação expressa do titular; ou

II – decisão judicial que reconheça a relevância dos dados para apuração de crime ou de infração administrativa.

§ 2º Somente podem decidir sobre a sucessão de que trata este artigo os aptos a testar.

§ 3º No caso de incapazes para testar, as determinações acerca da sucessão relativa à sucessão de que trata este artigo cabem aos responsáveis legais ou, quando expressamente contemplada essa função, aos designados para a tomada de decisão apoiada.

§ 4º As determinações relativas à sucessão de que trata este artigo consignadas diretamente em aplicações de internet são equiparadas a testamento particular, sendo possível a dispensa das testemunhas, mediante manifestação expressa do usuário realizada com o uso de



SF/22461.53574-60

assinatura eletrônica, que pode ser na forma do art. 10, § 2º, da Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001.” (NR)

Art. 8º Esta Lei entra em vigor após decorridos quarenta e cinco dias de sua publicação oficial.

JUSTIFICAÇÃO

Este projeto tem o objetivo de disciplinar a chamada herança digital, compreendida como o conjunto de fotografias, vídeos, áudios, documentos e todos os demais conteúdos digitais de direito da personalidade deixados após o falecimento. Ressalta-se que o projeto não pretende dispor sobre bens patrimoniais em formato digital. As regras relativas à herança desse tipo de material encontram-se suficientemente estabelecidas no Código Civil e da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que *altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências*.

O projeto busca unicamente disciplinar a herança do acervo de valor sentimental ou afetivo, deixado geralmente em aplicações de internet, mas também em dispositivos de armazenamento. A iniciativa pretende, dessa maneira, evitar contendas, que têm se tornado frequentes, com sucessores reclamando acesso a contas em aplicações de internet dos usuários falecidos.

Em síntese, a proposição prioriza a autonomia da vontade dos usuários, permitindo que determinem, por meio de testamento ou diretamente nas aplicações, que parte de suas contas poderão ser acessadas por herdeiros ou legatários. Estabelece também regras gerais, a serem aplicadas quando não houver manifestação expressa do usuário, de maneira a pacificar o tema.

A iniciativa aborda ainda a questão dos dados pessoais dos falecidos, modificando a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD), de modo a garantir a sucessores os direitos previstos naquela norma.

Diante do exposto, conto com a colaboração dos nobres Senadores para o aprimoramento do projeto e, ao final, para sua aprovação.



Sala das Sessões,

Senador CONFÚCIO MOURA



SF/22461.53574-60

ANEXO I – PROJETO DE LEI N. 703, DE 2022**PROJETO DE LEI Nº , DE 2022**

(Do Sr. HELIO LOPES)

Acrescenta o art. 1857-A à Lei nº 10406, de 2002, Código Civil.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Esta lei acrescenta o art. 1857-A à Lei nº 10406, de 2002, Código Civil, dispondo sobre a herança digital.

Art. 2º A Lei nº 10406, de 2002, Código Civil, passa a vigorar acrescida do seguinte artigo 1857-A:

“Art. 1857-A. Toda pessoa capaz pode dispor, por qualquer outro meio no qual fique expressa a manifestação de vontade, sobre o tratamento de dados pessoais após a sua morte.

§ 1º os herdeiros têm o direito de:

I – acessar os dados do falecido;

II - identificando informações válidas, relevantes e úteis para o inventário e a partilha do patrimônio;

III – obtenção de todos os dados íntimos relativos a família;

IV – eliminação e retificação de dados equivocados, falsos ou impróprios.

§ 2º As disposições do presente artigo aplicam-se, no que couber, aos declarados incapazes.

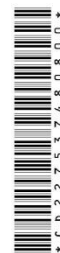
Art. 3º Esta lei entra em vigor na data da publicação.

Apresentação: 24/03/2022 15:41 - Mesa

PL n.703/2022



Assinado eletronicamente pelo(a) Dep. Helio Lopes
Para verificar a assinatura, acesse <https://infoleg-autenticidade-assinatura.camara.leg.br/CD227537480800>



JUSTIFICAÇÃO

Com a aprovação deste projeto de lei em tela, a definição de herança contida no Código Civil passaria a incluir direitos autorais, dados pessoais e publicações e interações em redes sociais, arquivos na nuvem, contas de e-mail e sites da internet. O sucessor terá acesso à página pessoal do falecido mediante apresentação do atestado de óbito.

Caso não haja herdeiros legítimos, o provedor deverá eliminar o perfil, as publicações e todos os dados pessoais do falecido.

Esse direito à herança consolidou-se em nossa Carta Magna em seu art. 5º, inciso XXX, todavia a nossa legislação pátria ainda não foi se amoldou aos novos tempos.

Atualmente, temos vários relatos de inúmeros herdeiros que buscam na justiça obter acesso a fotos e vídeos que registram momentos em família e que lhe são negados.

Muitos também dizem sobre a impossibilidade de obter dados importantes para a realização do inventário e da partilha bem como discorrem sobre a impossibilidade de passar a gerenciar contas digitais bastante lucrativas, após a morte do familiar.

Dado o exposto, o presente projeto de lei visa adequar à legislação brasileira as novas problemáticas que a sucessão nos traz. Com a finalidade de viabilizar a possibilidade de os herdeiros acessarem determinados tipos de dados, de modo a garantir do direito à herança digital assim como é direito adquirido com relação aos outros direitos elencados em nosso Código Civil, solicitamos a **APROVAÇÃO** deste projeto de lei em tela.

Sala das Sessões, em de de 2022.

Deputado **HELIO LOPES**



Assinado eletronicamente pelo(a) Dep. Helio Lopes
Para verificar a assinatura, acesse <https://infoleg-autenticidade-assinatura.camara.leg.br/CD227537480800>

