

WILLIAM NÉRI GARBI

**A AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO:
OS LIMITES DA LIBERDADE DE TESTAR**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Associado Dr. Claudio Luiz Bueno de Godoy

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
SÃO PAULO - SP**

2023

WILLIAM NÉRI GARBI

**A AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO:
OS LIMITES DA LIBERDADE DE TESTAR**

Versão Original

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração do Direito Civil, sob a orientação do Professor Associado Dr. Claudio Luiz Bueno de Godoy.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO - SP

2023

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Garbi, William Néri

A autonomia privada no direito sucessório brasileiro: os limites da liberdade de testar ; William Néri Garbi ; orientador Cláudio Luiz Bueno de Godoy -- São Paulo, 2023.

177 p.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2023.

1. Direito Sucessório. 2. Sucessão testamentária. 3. Testamento. 4. Autonomia privada. 5. Liberdade. I. Godoy, Cláudio Luiz Bueno de , orient. II. Título.

Nome: GARBI, William Néri.

Título: A autonomia privada no direito sucessório brasileiro: Os limites da liberdade de testar

Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Civil.

Aprovado em:

Banca Examinadora:

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Para Nislei e Carlos

“É impossível fazer-se uma idéia fixa e invariável do direito de uma nação, porque, semelhante à sua língua, êle não existe senão através de uma contínua seqüência de transformações e de modificações”

F. K. von Savigny

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Professor Cláudio Luiz Bueno de Godoy pela oportunidade concedida e pela primorosa e experiente orientação. O desenvolvimento deste trabalho se deve à sua minuciosa atenção, disponibilidade e o altíssimo rigor técnico nas suas ponderações e contribuições.

Agradeço aos meus pais, Nislei Aparecida Teodoro Garbi e Carlos Alberto Garbi, que não apenas sempre me incentivaram nos estudos, no trabalho e a ser uma pessoa melhor, como também se privaram do próprio conforto durante uma vida para me proporcionar todas as condições e oportunidades de chegar até aqui. Sempre terão meu eterno amor, carinho e gratidão.

Agradeço também aos amigos que fiz nesta instituição, que além do feliz convívio, certamente contribuíram para a minha formação, em especial, Fernando Gemelli Eick e Viviane Cristina S. Limongi.

RESUMO

GARBI, William Néri. *A autonomia privada no direito sucessório brasileiro: os limites da liberdade de testar*. 2023. 177 p. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023.

Com ênfase na sucessão testamentária, buscou-se fazer breves anotações históricas sobre a origem da sucessão e do testamento, para compreender e traçar um paralelo entre os costumes de cada civilização com a liberdade de testar. A depender do contexto histórico-social, verificou-se que a liberdade de testar era, vezes alargada, em prestígio do direito de propriedade e da liberdade do indivíduo, e, vezes restringida, em benefício e proteção da família, tida como base da sociedade e do Estado. O desenvolvimento a respeito da liberdade de testar, com suas consequências sociais, originou a criação da legítima, para proteger e destinar uma parte da herança à família, para que não ficasse desamparada após o falecimento do “chefe da família”. Sucede que, a antiga família, patriarcal, tem mudado ao longo do tempo, e, o cônjuge de outrora, reconhecido como o companheiro de uma “vida toda”, favorecido no regime sucessório, se enfraqueceu, tornando-se, muitas vezes, o cônjuge de “um dia”, diante do fenômeno das famílias “reconstituídas”. Não obstante a mudança ocorrida na família, verifica-se também diversas outras alterações sociais, como por exemplo, a “digitalização” do patrimônio, novos “tipos” de pessoas que podem se aproveitar e captar a vontade do testador em momentos de vulnerabilidade (cuidadores e profissionais da saúde), o crescente afeto do ser humano com os animais de companhia, entre outros. Todas estas mudanças sociais fizeram com que o direito sucessório perdesse parcialmente a sua “*ratio*”, vez que foi pensado e desenvolvido para uma realidade, hoje, inexistente. Neste sentido, se defende a necessidade de prestigiar uma maior liberdade testamentária, para que o autor da herança possa, de acordo com seus “novos” interesses, inseridos em uma família “reconstituída”, muitas vezes, formada no final da vida, com descendentes de outros e já desfeitos casamentos, consiga melhor organizar a sua sucessão.

Palavras-chaves: Direito Sucessório; Sucessão testamentária; Testamento; Autonomia privada; Liberdade.

ABSTRACT

GARBI, William Néri. *Private Autonomy in Brazilian inheritance law: the limits of testamentary freedom*. 2023. 177 p. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023.

With an emphasis on testamentary succession, we sought to make brief historical notes on the origin of succession and the will, to understand and draw a parallel between the customs of each civilization with the testamentary freedom. Depending on the historical-social context, it was found that the testamentary freedom was sometimes extended, for the benefit of the right to property and of individual's freedom, and sometimes restricted for the benefit and protection of the family, considered the basis of society and the State. The development of testamentary freedom with its social consequences originated the creation of the legitime, to protect and allocate a part of the inheritance to the family, so that it would not be unsupported after the death of the “head of the family”. The old patriarchal family has changed over time, and the former spouse, recognized as the partner of a “lifetime” and favored in the succession regime, has weakened, often becoming a “one day” spouse before the phenomenon of “reconstituted” families. Despite the change occurred in the family, there are also several other social changes, for example, the “digitization” of assets, new “types” of people who can take advantage of the testator in moments of vulnerability (caregivers and health professionals), the growing affection of human beings with companion animals, among others. All these social changes caused inheritance law to partially lose its “ratio”, since it was designed and developed for a reality, that no longer exists. In this sense, we defend the need to honor greater testamentary freedom, so that the owner of the inheritance assets can, according to his “new” interests within a “reconstituted” family, which is often formed at the end of life, with descendants of others and already broken marriages, manage to better organize his/her succession.

Keywords: Succession Law; Testamentary succession; Will; Private autonomy; Freedom.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	17
CAPÍTULO 1 O DIREITO DAS SUCESSÕES	23
CAPÍTULO 2 TESTAMENTO.....	31
CAPÍTULO 3 LIBERDADE DE TESTAR.....	44
CAPÍTULO 4 DISPOSIÇÕES TESTAMENTÁRIAS E SEUS LIMITES.....	65
4.1 Legítima	65
4.2 Herança digital	97
4.3 Cuidadores.....	122
4.4 Animais	129
4.5 Trusts.....	129
CONCLUSÕES.....	162
REFERÊNCIAS	168

INTRODUÇÃO

O direito sucessório sempre foi vinculado ao Direito das Famílias. Atualmente, vivemos e experienciamos uma verdadeira mudança no antigo paradigma do casamento indissolúvel. A família passa por uma transformação em que as uniões e vínculos são desfeitos de forma frequente e refeitos logo em seguida com outras pessoas, o que fez surgir a chamada família reconstituída e poliforme. Importante destacar, desde logo, que não se faz uma crítica à forma como os relacionamentos são conduzidos atualmente, cuida-se apenas de uma constatação que reflete a família contemporânea.

Todas as mudanças que vêm ocorrendo no modelo familiar precisam ser sentidas e refletidas no direito sucessório, que pouco mudou diante desta nova realidade. As modernas formas de família, em que se desfaz o núcleo familiar para constituir outro, geram expectativas e interesses sucessórios diversos que, por muitas vezes, não recebem o correto, preciso e devido tratamento pelo direito sucessório vigente.

Conforme sustenta Andrea Fusaro¹, diversos ordenamentos jurídicos que receberam a influência do direito francês, especialmente em relação à garantia da legítima em favor dos descendentes e dos ascendentes, que corresponde a uma limitação da autonomia privada do testador, precisa ser repensado e adaptado diante da modificação do cenário social e econômico, já que o direito sucessório atual tem se mostrado indiferente e, muitas vezes, ineficiente, em relação aos “novos” interesses e exigências do atual modelo de família contemporânea.

Diante dessa lacuna existente entre a família e o direito sucessório, enxergamos como necessária a devida análise para permitir a harmonização e higidez do sistema jurídico. No âmbito da matéria de direito das famílias, diariamente somos submetidos a decisões judiciais proferidas pelas Cortes Superiores que, a pretexto de uma interpretação do Direito Civil à luz do Direito Constitucional, inovam em matérias relacionadas a união estável, regime de bens, entre tantas outras, que trazem consequências para o direito sucessório.

Foi com esse viés, inclusive, que uma sentença proferida por um juiz de Minas Gerais tomou proporções nacionais ao anular testamento na sua parte disponível que não contemplou dois do total de sete netos da autora da herança. Entendeu o magistrado que a

¹ FUSARO, Andrea. *Tendenze del Diritto Privato in Prospettiva Comparatistica*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2015. cap. L'espansione dell'autonomia privata in ambito successorio nei recenti interventi legislativi francesi ed italiani, p. 277-278.

justificativa da testadora para tal seria o fato de que aqueles dois netos não contemplados seriam filhos havidos fora do casamento de seu respectivo filho e, assim, entendeu por contemplar apenas os outros cinco netos, estes sim provenientes do casamento.

Para anular o testamento, fundamentou o magistrado que a liberdade do testador, mesmo na parte disponível, não é ilimitada e incondicional, e deve harmonizar as disposições testamentárias do Código Civil com a Constituição Federal.

Nesse sentido, a liberdade de testar estaria condicionada a princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana e a isonomia entre os filhos, o que impede qualquer discriminação e protege a honra da pessoa. Não obstante, citou ainda o magistrado o dever de se respeitar limites impostos pelo fim econômico e social, pela boa-fé e pelos bons costumes.

Concluiu ainda o magistrado que o aplicador do Direito deve privilegiar valores existenciais e princípios que valorizam e dignificam a pessoa, o que, no seu entender, autorizaria socializar ou constitucionalizar o direito privado, interpretando as normas de Direito Civil à luz da Constituição Federal.

Assim, no caso narrado, por entender que o testamento criaria verdadeiro “abismo” entre os primos, uns milionários e os outros dois excluídos, “em petição de miséria”, o magistrado entendeu que o testamento no caso discriminava os dois netos excluídos, o que diminuiria a sua honra e dignidade.

O caso acima mencionado despertou vozes, como a de José Fernando Simão, que publicou artigo² sobre o caso, oportunidade em que, de forma crítica, sustentou que a decisão teria criado um “novo” tipo de testamento, o “testamento magistral”, aquele feito a quatro mãos, do testador e do magistrado, já que as disposições de última vontade do testador foram alteradas pelo Poder Judiciário.

É a partir de decisões como a citada acima que entendemos haver necessidade de estudar o tema proposto. A liberdade de testar em harmonia com princípios constitucionais, como o da igualdade, da dignidade da pessoa humana, entre outros, necessita da adequada interpretação e harmonização.

² SIMÃO, José Fernando. O testamento magistral: uma nova figura criada em Guaxupé (parte 1). *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 12 ago. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-12/processo-familiar-testamento-magistral-figura-criada-guaxupe-parte>. Acesso em: 9 jul. 2019.

Há ainda o crescente e atual interesse pelo chamado “planejamento sucessório”. A expressão ficou estigmatizada e muitas vezes é confundida com “blindagem patrimonial”, que não é objeto do nosso trabalho. Além do mais, espera-se que o resultado da presente pesquisa permita, justamente, combater e afastar a chamada “blindagem patrimonial”, pois não pactuamos com o uso do Direito de forma a praticar fraudes ou esvaziar patrimônio de forma a lesar terceiros.

O “planejamento sucessório”, aquele corretamente interpretado como a utilização de diversos institutos jurídicos, em especial, o testamento, que concretizam a autonomia privada do autor da herança para melhor organizar a sucessão de seu patrimônio, justifica a importância do trabalho.

A constituição de *holdings* familiares, *trusts* realizados no exterior, doações em vida, entre tantos outros, podem desrespeitar a legítima ou, ainda, a regra contida no artigo 426 do Código Civil, que proíbe o contrato cujo objeto seja a herança de pessoa viva, questões que de forma inegável se relacionam com a autonomia privada no direito sucessório.

A autonomia do autor da herança, em especial aquela refletida nas cláusulas testamentárias, não raramente apresenta situações esdrúxulas, absurdas, estranhas e/ou imorais. Recentemente, por exemplo, foi noticiado pela mídia que, nos Estados Unidos da América, uma mulher determinou em seu testamento que, quando morresse, seu cachorro deveria ser sacrificado para que fosse enterrado junto com ela, o que, lamentamos, veio de fato a acontecer³.

Outro caso, também nos Estados Unidos da América, foi a americana que contemplou os seus cachorros com verdadeira fortuna em detrimento do próprio filho⁴. Não se sabe o motivo pelo qual os cachorros aparecem nos testamentos com certa frequência e, apesar desses casos guardarem origem em país cujo sistema jurídico é diverso do nosso, é importante para se conhecer a “criatividade” do ser humano no momento de elaborar suas disposições de última vontade.

O testamento deixado pelo ator de Hollywood, Robin Williams, também chama a atenção pelo pioneirismo em restringir os direitos de uso de sua imagem, incluindo a

³ A PEDIDO da dona, cachorro saudável é morto nos EUA para ser sepultado junto a ela. *GI*, Rio de Janeiro, 22 maio 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/05/22/a-pedido-da-dona-cachorro-saudavel-e-morto-nos-eua-para-ser-sepultado-junto-a-ela.ghtml>. Acesso em: 9 jul. 2019.

⁴ MULHER deixa herança de R\$ 21 milhões para cachorros. *GI*, [Rio de Janeiro], 18 jun. 2010. Disponível em: <http://g1.globo.com/planeta-bizarro/noticia/2010/06/mulher-deixa-heranca-de-r-21-milhoes-para-cachorros.html>. Acesso em: 9 jul. 2019.

proibição de sua reprodução de modo virtual, entre eles, pela tecnologia holográfica (hologramas), que ainda estava sendo desenvolvida na época de seu falecimento.

A questão dos direitos de imagem pode ser associada ao que se convencionou chamar de “testamento afetivo”. Existem casos em que o testador, no intuito de buscar a “imortalidade”, deixa para alguém todos os dados e senhas de suas redes sociais e de diversos outros aplicativos e serviços na *internet* para que sua página (ou perfil) continue ativo e operante, designando, portanto, em testamento, que alguém administre e pratique atos na *internet* “prolongando” sua existência e memória.

Na mesma linha, existe também o chamado “testamento digital”, oportunidade em que o testador deixa para alguém todos os seus perfis nas redes sociais não para prolongar sua memória, mas, sim, para que o legatário faça uso e explore este patrimônio digital, já que um perfil nas redes com diversas fotos, seguidores e *likes* possuem seu devido valor, haja vista a ocorrência do fenômeno dos *youtubers* e dos *digital influencers*.

A questão da herança digital possui diversas nuances que abordaremos neste trabalho. Já se tem notícia, por exemplo, de uma mãe que ingressou na Justiça (nos Estados Unidos da América) contra o Facebook e o Yahoo para que tivesse acesso às fotos e aos *e-mails* de seu filho, a fim de que pudesse guardá-los de recordação. Como a mãe não tinha a senha do filho, a única saída para que pudesse ter acesso às informações foi mover a ação judicial. No entanto, cumpre lembrar que este tipo de pedido pode, eventualmente, entrar em conflito com a privacidade do filho (já falecido). Em tempos em que se reclama o direito ao esquecimento e se exige maior proteção de dados e privacidade, trata-se de tema importante que deve ser levado em consideração pelo testador, até porque há discussão também nos casos em que o autor da herança nada dispôs sobre seu “patrimônio digital”, ficando a pergunta se a sua transmissão segue ou não a ordem de vocação hereditária.

Os exemplos citados revelam o desafio de se interpretar a autonomia privada do testador. A constante mudança da sociedade com o surgimento de novas tecnologias alinhada à positivação pelo Código Civil pela possibilidade de disposições não patrimoniais, cria verdadeiro leque de opções ao testador que precisam ser mais bem delineadas.

Os novos arranjos familiares, com a formação de novos núcleos de interesses, também trazem reflexos nas disposições de última vontade. Conhecer o limite da autonomia privada do testador e identificar até que ponto os princípios constitucionais podem ser

invocados para limitar ou alargar a liberdade no testamento são questões que procuramos solucionar.

Conhecer e refletir sobre uma possível “nova” autonomia privada, particularmente, no direito sucessório, com ênfase para o testamento, é matéria das mais importantes para que o cidadão possa regularmente e com segurança jurídica dispor sobre a sua sucessão e organizar, ou, até mesmo, eternizar sua passagem por esta vida.

Dessa forma, a principal questão do trabalho está centrada na figura da autonomia privada do autor da herança, em relação ao testamento, ao qual procuraremos investigar sua história e a realidade social e política da época que justificou o seu surgimento.

Neste sentido, o testamento, como ato de vontade e exercício da autonomia privada passará a ser analisado de forma minuciosa, oportunidade em que será identificado se o atual conceito de autonomia privada condiz com o direito positivo na matéria de direito sucessório, ou se o testamento, em razão dos diversos limites existentes no nosso ordenamento jurídico, merece ser repensado de acordo com uma eventual nova realidade sobre a autonomia privada.

Assim, foi dada atenção especial para a questão da legítima e a parte disponível do autor da herança. Analisamos se a justificativa pela existência da legítima, que se mostra um verdadeiro limite à autonomia privada do testador, ainda persiste ou se já deixou de ter relevância, ocasião em que procuramos abordar o assunto de forma comparativa com o direito estrangeiro.

Também tratamos das disposições testamentárias que decorrem das constantes mudanças e transformações nas famílias. O casamento que, no passado, foi indissolúvel, hoje enfrenta e convive com uma nova perspectiva sobre a união entre as pessoas. A família, base da sociedade, transformou-se e mudou, de modo que, com isso, o direito sucessório precisa procurar a se adaptar a esta “nova” realidade, em especial, o testamento, correlação ao “cônjuge” e a limitação da “parte disponível”.

As “novas” tecnologias, que permitem o surgimento de ativos digitais valiosos, como também podem representar a existência de um patrimônio, muitas vezes, afetivo, extrapatrimonial, também são analisados no presente estudo, em parte própria na qual designamos como “herança digital”.

Em seguida, nos ocupamos de abordar disposição testamentária específica, relacionada aos “cuidadores”, que, muitas vezes, captam a vontade do autor da herança para

que sejam beneficiados e contemplados no testamento. Estes profissionais, sem qualquer juízo de valor a seu respeito, eventualmente, podem se aproveitar da vulnerabilidade do autor da herança em momento frágil da vida, com o avançar da idade.

Conforme exemplificado acima, também cuidamos de analisar a inserção dos animais no testamento, com a evolução de seu tratamento jurídico e as possibilidades, nos termos da autonomia testamentária, de sua contemplação no testamento.

Por fim, demos destaque ao *Trust*, instituto jurídico inexistente no ordenamento jurídico brasileiro, embora muito utilizado na legislação de outros países para organizar e planejar a sucessão.

Com a abordagem dos “temas” indicados, nossa intenção é de apresentar uma análise propositiva a respeito de uma “nova” autonomia privada e sua adequação (ou não) ao direito sucessório vigente, propondo, eventualmente, uma atualização ao direito sucessório, em especial, a respeito dos testamentos.

Não abordamos no trabalho os diversos tipos de testamento e suas peculiaridades. Assim como as formalidades para o ato de testar e a capacidade do testador, também não foram incluídos na nossa pesquisa. O estudo se limitou a investigar a origem do direito sucessório, o uso do testamento e, a sua respectiva evolução a respeito da autonomia testamentária e as suas limitações, com destaque para os “temas” informados.

CAPÍTULO 1 O DIREITO DAS SUCESSÕES

O direito sucessório, em linhas gerais, é o conjunto de regras jurídicas destinadas a regulamentar a transmissão de bens e direitos (herança) de uma pessoa que faleceu a seus herdeiros. Essa ideia, generalista a respeito do direito sucessório, necessitou percorrer longo caminho histórico, com o desenvolvimento de outros institutos jurídicos que, sem os quais, não permitiria a sua existência.

Muito antes do início das civilizações, não existia a noção de propriedade, em sua acepção individualizada, no sentido de reconhecer a existência de bens próprios e particulares da pessoa. Tudo pertencia ao coletivo, uma tribo, um clã, de forma que tudo pertencia à coletividade, e não à pessoa.

Essa noção “coletivista” (comunismo integral) se desenvolveu com o tempo e migrou para a concepção de “família”. Os bens pertenciam ao núcleo familiar, assim também compreendidos os seus costumes, honrarias e religião, que deveriam ser preservados e mantidos pelos seus membros, com a escolha de um “sucessor” pelo “chefe da família” para dar sequência, continuidade e perenidade à “obra” da família.

A palavra “sucessão” pode ter diversos significados e sentidos. Conforme a doutrina de Luiz Da Cunha Gonçalves, “sucessão” pode ser apenas uma sequência de eventos e atos, como o tempo é uma sucessão de segundos e minutos e a história uma sucessão de fatos e acontecimentos. Entretanto, a acepção jurídica do termo “sucessão” representa “a colocação duma pessoa no lugar que a outra ocupava em determinado fenômeno jurídico”⁵, isto é, substituiu-se o sujeito de uma relação jurídica, por outra pessoa, que exercerá os exatos direitos do substituto. A etimologia da palavra (*subcedere*) consiste na sucessão como “transmissão” de direitos, motivo pelo qual a doutrina⁶ faz a diferenciação entre sucessão *inter vivos* e *causa mortis*, pois quem em vida compra um objeto passa a ser “sucessor” do vendedor, o que, igualmente ocorre quando há transmissão de bens e direitos em razão da morte (sucessão *causa mortis*)⁷.

⁵ GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil*. São Paulo Max Limonad, 1955. v. 9, t. 2, p. 589.

⁶ GOMES, Orlando. *Sucessões*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 5.

⁷ A respeito da distinção entre sucessão *inter vivos* e *causa mortis*, recomendamos a dissertação de mestrado “Sucessão Necessária”, de Mauro Antonini, apresentada para a obtenção do título de mestre em direito perante a Universidade de São Paulo, em 2013, sob a orientação de Cláudio Luiz Buenos de Godoy. ANTONINI, Mauro. *Sucessão necessária*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

Portanto, a sucessão *causa mortis*, como transmissão de bens e direitos em razão da morte, somente teria sentido a partir do reconhecimento da propriedade privada. É o que afirma Pontes de Miranda: “[...] enquanto não apareceu a propriedade individual, o conceito de sucessão a causa de morte não podia corresponder ao dos tempos de hoje”⁸.

O direito de propriedade é de fundamental importância para a origem e desenvolvimento do direito sucessório, pois, conforme doutrina de Orosimbo Nonato⁹, se com a morte da pessoa os seus bens ficassem “abandonados” (*res derelicta*), ter-se-ia um problema social, o qual somente a “sucessão” poderia resolver. Para Luiz Díez-Picazo e Antonio Gullón¹⁰, a “sucessão” tem a “necessidade social” de dar segurança na continuação das relações jurídicas, pois, do contrário, se essas relações jurídicas se encerrassem com a morte da pessoa, produzir-se-ia verdadeira insegurança jurídica, de forma que os devedores seriam beneficiados, em detrimento dos credores.

Orlando Gomes também identifica e relaciona o direito sucessório com a propriedade privada e afirma que a sucessão *mortis causa* encontra sua justificação “nos mesmos princípios que explicam e justificam o direito de propriedade individual, do qual é a expressão mais enérgica e a extrema, direta e lógica consequência.”¹¹

No mesmo sentido, defende Theodor Kipp¹² que o direito das sucessões confirma, assegura e prestigia a propriedade privada, pois limitar o direito de propriedade somente enquanto a pessoa estiver viva, negando-o frente a morte, de modo que significaria não reconhecer sua plena função social de que lhe é própria.

A sucessão, portanto, como afirma Arthur Vasco Itabaiana de Oliveira, “[...] é uma consequência necessária à conservação da afeição da família pela perpetuação da personalidade e ao cumprimento dos deveres que ela impõe na continuação da propriedade.”¹³

A herança corresponde a dar efetividade ao direito da propriedade privada após a morte. Orlando Gomes, apoiado em Menger, reconhece que a propriedade e a sucessão estão

⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*: parte especial. Atualizado por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Paulo Luiz Netto Lôbo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. 55: Direito das Sucessões, p. 55.

⁹ NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária*. Rio de Janeiro: Forense, 1957. v. 1. p. 17.

¹⁰ Díez-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil*. 12. ed. Madrid: Ed. Tecnos, 2017. v. 4, t. 2: Derecho de sucesiones, p. 23-24.

¹¹ GOMES, Orlando, *Sucessões*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 3.

¹² COING, Helmut. *Derecho de sucesiones*. Traduzido por Theodoro Kipp. 2. ed. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1976. v. 1, p. 1.

¹³ OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Tratado de direito das sucessões*. 5. ed. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1986, p. 25.

intimamente ligadas, pois “se a apropriação individual de bens de qualquer espécie é legalmente protegida, e até estimulada, não se justifica a expropriação com a morte do proprietário.”¹⁴

Justamente pela relação que existe entre direito sucessório e propriedade, surgiram diversos críticos para impugnar a existência deste “direito”, como anota Luiz da Cunha Gonçalves:

As impugnações têm sido formuladas, desde o século XVIII, ora pelos escritores de direito natural precursores da Revolução francesa de 1789, e pelos da escola de Montesquieu e Rousseau, ora pelos escritores socialistas. Segundo os primeiros, tanto a sucessão, como a propriedade, são meras criações da lei positiva, que esta pode eliminar, logo que assim seja ditado pelas conveniências sociais. Pela teoria dos segundos, a sucessão é contrária aos princípios de justiça e ao interesse social, já porque gera a desigualdade entre os homens, além da que provém das aptidões naturais, já porque as forças econômicas devem estar nas mãos dos mais aptos, e não se prova que os herdeiros o sejam. Por isso, a fortuna duma pessoa falecida deverá reverter à coletividade, que lhe dará a aplicação mais conveniente ao interesse social.¹⁵

Para Montesquieu¹⁶, os pais devem prover aos filhos todas as condições para serem honrosos, felizes e úteis à sociedade, depois disso poderão na herança evidentemente contemplar os filhos, porque quiseram, e não porque são obrigados pela lei. Segundo o autor, a lei natural ordena aos pais que alimentem seus filhos, mas não os obriga a fazer deles seus herdeiros. Reconhecer direito de herança aos filhos é, meramente, uma questão de direito civil ou político, a depender do contexto cultural da sociedade em que se está inserido.

A distinção feita por Montesquieu — lei natural é uma questão de direito civil ou político — é precedida de exemplos históricos, como a lei voconiana (*Lex Voconia*), do período da Roma antiga, que proibia a instituição de uma mulher como herdeira, as dinastias chinesas, em que o sucessor era o irmão do autor da herança, e não os seus filhos, e os reinados poligâmicos, em que, devido à possibilidade de o autor da herança poder ter muitos filhos, eles eram excluídos em benefício aos filhos de sua irmã.

¹⁴ GOMES, Orlando. *Sucessões*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 3.

¹⁵ GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil*. São Paulo Max Limonad, 1955. v. 9, t. 2, p. 596.

¹⁶ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *Do espírito das leis*. Tradução, introdução e notas Edson Bini. Ed. Edipro, São Paulo, 2004. (Série Clássicos), p. 494.

A relação das normas de direito sucessório com os aspectos culturais e políticos do Estado, também são citados por Tocqueville¹⁷, que em 1831 e após viver nove meses nos Estados Unidos, compilou seus pensamentos sobre a democracia americana e fez algumas observações — negativas — sobre a “lei das sucessões”, utilizada para “agrupar” e acumular riquezas, que garantiria poder e contaminaria a “democracia”:

Espanta-me que os publicistas antigos e modernos não tenham atribuído às leis sobre as sucessões maior influência na marcha dos assuntos humanos. Essas leis pertencem, é verdade, à ordem civil; mas deveriam ser colocadas à frente de todas as instituições políticas, porque influem incrivelmente sobre o estado social dos povos, de que as leis políticas não são mais que a expressão. Elas têm, além do mais, uma maneira segura e uniforme de agir sobre a sociedade; de certa forma penhoram as gerações antes do nascimento destas. Por elas, o homem é armado de um poder quase divino sobre o futuro de seus semelhantes. O legislador resolve uma vez a sucessão dos cidadãos e repousa durante séculos: dado o movimento a sua obra, ele pode retirar dela sua mão, a máquina age por suas próprias forças e se dirige como por si só para um objetivo indicado de antemão. Constituída de certa maneira, ela reúne, concentra, agrupa em torno de alguma cabeça a propriedade e, logo depois, o poder; ela faz de certa forma a aristocracia jorrar do solo. Conduzida por outros princípios e lançada em outro caminho, sua ação é mais rápida ainda; ela divide, partilha, dissemina os bens e o poder; acontece às vezes de as pessoas ficarem assustadas com a rapidez da sua marcha e, desesperando deter seu movimento, procurarem pelo menos criar diante dela dificuldades e obstáculos, pretenderem contrabalançar sua ação mediante esforços contrários. Cuidados inúteis! Ela esmaga ou faz voar em pedaços tudo o que encontra em sua passagem, ergue-se e torna incessantemente a cair no chão, até que este não apresente à vista mais que uma poeira movediça e impalpável, sobre a qual se assenta a democracia.¹⁸

A “teoria socialista”, a respeito do direito sucessório, é contrária às heranças, à medida que permitiria o acúmulo da riqueza no centro familiar e aumentaria a desigualdade social no decorrer do tempo, o que lhe tornaria a fonte de injustiças e danosa ao interesse social, já foi há muito combatida e desmentida. Sobre o tema, a doutrina de Luiz da Cunha Gonçalves:

A teoria socialista, porém, utópica e absurda; porque ela só conduz à extinção das heranças. Na verdade, ninguém terá interesse em economizar e acumular bens para proveito da coletividade, isto é, de uns tantos espertalhões anichados em fartas conezias do Estado socialista. Só em caso de morte súbita de pessoa desprevenida existiria uma sucessão. Todos os homens previdentes teriam a cautela de transmitir os seus bens durante a sua vida, com reserva de usufruto; ou facilmente iludiram o preceito legal com a

¹⁷ TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na américa: leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático*. Tradução: Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 57.

¹⁸ TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na américa: leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático*. Tradução: Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 57.

confissão de dívidas simuladas, que absorvessem a herança, como na Rússia soviética acontece.¹⁹

Defender a impossibilidade de se reconhecer um direito à herança corresponde a desestimular a atividade humana e destruir a origem da riqueza, conforme Carlos Maximiliano:

Com assegurar o direito de transmitir bens aos entes caros, mantém-se estímulo ao trabalho e à economia, ao aperfeiçoamento e à constância no esforço útil. O patrimônio e a herança nascem do instituto de conservação e melhoramento. O homem adquire um terreno: não se contenta com o desfrutar; melhora-o; cobre-o de vinhas, árvores frutíferas, plantas florestais. Parco seria o estímulo, se êle soubesse que a floresta, lentamente formada, passaria ao poder do Estado, ou de estranho. [...] Cada um labora, economiza, estuda, aperfeiçoa-se, levado não só pelo interesse de subir, mas também de dar à sua família uma posição estável e conspícua na finança e na sociedade. [...] Suprimir o Direito das Sucessões seria obra de crueldade e também de ingenuidade. Se apenas acabassem com a herança legítima, como preferem os anglo-saxões, inspirados por STUART-MILL; todos fariam testamento. Vedado isto, recorreriam à doação entre vivos. Embaraçado êste recurso, viria o que os ingleses chamam *sinking investment*, e os franceses *placement à fonds perdu*, isto é, o sistema de colocação de dinheiro em que o capital é abandonado e o juro elevado proporcionalmente. Enfim a lei seria iludida e o Estado prejudicado, duplamente: pelo desfalque na renda e pela diminuição na riqueza geral, consequência da falta de estímulo para laborar muito, aperfeiçoar o trabalho e economizar.²⁰

E concluiu:

Na Rússia, o próprio comunismo triunfante rendeu-se à necessidade de transigir, após dolorosa experiência. A princípio, admitiu a sucessão até dez mil rublos ouro [...] A realidade é a mais implacável arrasadora de utopias. Todos os povos precisam de capitais, e é melhor tê-los em casa que pedir ao vizinho [...] O país empobrecia; comerciantes e industriais nada emprendiam, receosos do confisco e da partilha com o Estado; os camponeses reduziam a produção e ocultavam as economias. Sentiram-se os poderes públicos obrigados a recuar muito mais; o Decreto de 29 de janeiro de 1926 suprimiu a mencionada limitação do direito de transmitir *causa mortis*; concomitantemente instituiu imposto progressivo sobre heranças e legados, que existe nos países capitalistas.²¹

A questão das desigualdades sociais relacionadas à herança ainda é estudada atualmente. Verifica-se na obra de Massimo Bianca²² que a transição e o desenvolvimento da economia e as diferentes formas de sua persecução podem implicar em resultados e consequências diferentes. Para o autor referido, no passado, enquanto a economia era centrada

¹⁹ GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil*. São Paulo Max Limonad, 1955. v. 9, t. 2, p. 597.

²⁰ MAXIMILIANO, Carlos. *Direitos das sucessões*. 4. ed. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1958. v. 1, p. 28-30.

²¹ MAXIMILIANO, Carlos. *Direitos das sucessões*. 4. ed. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1958. v. 1, p. 31.

²² BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*. 5a ed. Milano: Giuffrè, 2015. t. 2, parte 2: Le successioni, p. 8-9.

no latifúndio, o direito sucessório exerceu um efeito positivo, pois permitiu sua fragmentação entre os demais herdeiros, o que, de certa forma, contribuiu e ajudou na circulação de riquezas. Entretanto, atualmente, no contexto em que a “propriedade produtiva” é essencialmente empresarial, o Direito Sucessório representa um fenômeno “socialmente negativo”, na medida em que a mesma fragmentação verificada no passado, hoje, pode ser extremamente prejudicial, pois transmite a condução de negócios a uma pluralidade de herdeiros que nem sempre são capacitados e competentes para garantir a perenidade do negócio familiar.

Diz ainda o mencionado autor que tem crescido a necessidade de se preservar as empresas quando falece o sócio, e, que, apesar de existir intervenções legislativas nesse sentido, por exemplo, legitimar a inserção de “cláusulas de conservação da sociedade” (disposições no contrato social que barram a entrada automática do herdeiro como sócio) e a possibilidade da instituição de “pacto familiar” (fazer uso da parte disponível para destinar as cotas da empresa ao herdeiro melhor capacitado), a atenção e o cuidado a estas questões são perenes.

O direito das sucessões, no entanto, não está pautado apenas em questões econômicas. Sustenta Pinto Ferreira que o fundamento geral das sucessões também se encontra na hereditariedade, na continuidade da vida humana, no existente vínculo de sangue na sucessão entre gerações. Verifica-se na natureza que as novas gerações das espécies “herdam” de seus “antepassados” as suas características, o que permite a continuidade e o seu “melhoramento”. Se essa “sucessão” natural ocorresse com todos os seres vivos, não haveria razões para a lei não seguir o mesmo raciocínio:

No fundo a herança origina-se de um fundamento complexo: o vínculo de sangue próprio da hereditariedade, em que o filho herda as particularidades gerais da espécie e da raça, como da própria família, assim como, além do laço da hereditariedade, as conseqüentes relações de afeto e atração geradas da comunidade de sangue. O trabalho, a operosidade, a economia que levam ao acúmulo de bens são feitas também visando o bem-estar futuro da família e a garantindo economicamente, amparando e desenvolvendo o direito hereditário.²³

A hereditariedade também é defendida por Carlos Maximiliano, pois “o interesse pelo futuro e bem-estar da prole é instintivo; observa-se na própria natureza. As melhores

²³ FERREIRA, Pinto. *Tratado das heranças e dos testamentos*. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 12.

espécies vegetais desapareceriam, se não houvesse o cuidado com as sementes”²⁴, de forma que a hereditariedade é um “complemento natural” entre as gerações do ser humano.

De igual forma, a doutrina de Arthur Vasco Itabaiana de Oliveira, apoiado em D’Aguano, reconhece a hereditariedade e as questões biopsicológicas como fundamento do direito sucessório:

[...] o fundamento do direito sucessório nas conclusões da biologia e da antropologia sobre o problema da hereditariedade biopsicológico, segundo o qual os progenitores transmitem, pelo fato da geração, aos seus descendentes, não só os caracteres orgânicos, mas também as qualidades psíquicas, virtudes e defeitos; e conclui daí, como corolário lógico, consequência necessária, a transmissão hereditária dos bens, de sorte que, se a lei admite e garante ao indivíduo a propriedade pessoal, deve reconhecer que a propriedade se transmite na sua propriedade, que é uma continuação biológica e psicológica dos progenitores.²⁵

Todavia, há quem discorde da fundamentação, pura e simples, na hereditariedade. Para Luiz da Cunha Gonçalves²⁶, o argumento é “fraco”, pois a sucessão de gerações, a existência de uma vida após a outra com a evolução do ser humano, em nada mudaria caso o direito sucessório fosse extinto. Não fosse isso, a ideia biopsicológica entre ascendentes e descendentes jamais explicaria a presença do “cônjuge” e do “estado” na sucessão.

Outra teoria também criticada por Luiz da Cunha Gonçalves é aquela em que busca justificar o direito sucessório como uma junção de três elementos, que seriam o indivíduo, a família e o Estado:

Para se justificar melhor a sucessão tem-se pretendido encontrar nela três elementos, a saber: o indivíduo, a família e o Estado. Assim, o elemento individual determina o direito de testar; o elemento familiar justifica a sucessão legítima ou simplesmente legítima; e o elemento estadual serve de base ao imposto de sucessão e até à sucessão do Estado. Esta teoria, porém, conquanto tenha um fundo de verdade, deixa a desejar como explicação cabal do instituto da sucessão; já porque os ditos três elementos não influem por modo igual já porque o elemento familiar, em muitos casos, pode ser excluído pelo testador, já porque o imposto de sucessão não deriva dum princípio de direito privado, mas sim exclusivamente do direito fiscal, como qualquer outro imposto. A sucessão do Estado, na falta de parente legítimos, tem fundamento em razões estranhas ao direito sucessório, como adiante veremos; não é sucessão propriamente dita; mas, há quem explique

²⁴ MAXIMILIANO, Carlos. *Direitos das sucessões*. 4. ed. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1958. v. 1, p. 21.

²⁵ OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Tratado de direito das sucessões*. 5. ed. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1986, p. 26.

²⁶ GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil*. São Paulo Max Limonad, 1955. v. 9, t. 2, p. 600.

pela vontade presumida do *de cuius*, exatamente como nos outros casos de sucessão legítima.²⁷

Após tecer suas críticas com as mais variadas justificações que existem na doutrina a respeito do fundamento do direito sucessório, Luiz da Cunha Gonçalves também se junta à corrente doutrinária que lhe dá sustentação a partir do direito de propriedade:

O instituto da sucessão é o complemento necessário do direito de propriedade, conjugado, ou não, com o direito de família. Êste é invocado pela lei, ora para conter em justos limites o exercício do direito de testar, ora pra suprir a ausência da vontade do proprietário, de harmonia com os seus sentimentos e instintos naturais e normais. Propriedade que se extingue com a morte do seu titular ou presumida pela lei, não é propriedade; é usufruto vitalício. Família que não tenha direito aos bens de um dos seus membros, especialmente aos dos ascendentes ou descendentes, não pode subsistir como colectividade natural núcleo da sociedade organizada, base do Estado. Por isso, os sovietes da Rússia não tiveram a coragem, que seria também insensatez, de abolir de todo a sucessão, porque não se atreveram a cometer o absurdo de extinguir a família.²⁸

O fato de o direito sucessório guardar forte relação com o direito de propriedade fez com que, no passado, estivessem presentes dúvidas se a matéria deveria ser regulada na parte destinada ao direito das coisas, da propriedade ou das obrigações. Não se sabia definir, com exatidão, a natureza jurídica da herança, se real, pessoal ou ambos. Por essa razão, Teixeira de Freitas, ao projetar o Código Civil brasileiro, em 1859, incluiu, primeiramente, a matéria referente às sucessões no Livro IV, destinado às disposições comuns dos direitos reais e pessoais. Somente depois, que decidiu incluir a matéria sucessória em livro próprio, separado²⁹.

Convém destacar, para fins didáticos, que existem dois tipos de sucessão (artigo 1.786, do Código Civil), que resultam da própria Lei, chamada de “sucessão legítima” ou *ab intestato* (sucessão sem testamento) e a que resulta da disposição de última vontade do falecido, denominada de “sucessão testamentária”, objeto do presente estudo.

²⁷ GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil*. São Paulo Max Limonad, 1955. v. 9, t. 2, p. 601.

²⁸ GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil*. São Paulo Max Limonad, 1955. v. 9, t. 2, p. 602.

²⁹ FERREIRA, Pinto. *Tratado das heranças e dos testamentos*. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 7.

CAPÍTULO 2 TESTAMENTO

A palavra “testamento” tem origem na conjugação das expressões *testari* e *mentum* (ou *mentis*), das quais se derivou o termo *testatio mentis*, encontrado nos textos do imperador romano, Justiniano, que significa a expressão da vontade ou da mente³⁰, na presença de testemunhas (*testis*)³¹.

Como já referido a respeito do direito sucessório, nos primórdios da civilização, a ideia de patrimônio particular, individualizado, não era ainda presente. Imperava a noção coletiva dos bens em prol de um grupo, da família. O testamento começa a ganhar maior relevância quando se desenvolvem os conceitos da personalidade humana e do patrimônio individual. Conforme a doutrina de Clóvis Beviláqua, sem ser possível a devida individualização dos bens não haveria razão de se fazer um “testamento”: “Não havendo patrimônio individual, não era possível o testamento, que pressupõe uma personalidade individual, autônoma, e um patrimônio transmissível, por ato da vontade, que vence o aniquilamento físico da morte”³².

A relação entre o testamento e o direito de propriedade também pode ser observada na doutrina de Arthur Vasco Itabaiana De Oliveira, que, de igual forma, sustenta a impossibilidade de se “pensar em testamento” enquanto inexistente a possibilidade de se dispor da propriedade individual:

A sucessão testamentária foi desconhecida nos primeiros tempos da humanidade porque, sendo então a propriedade inerente ao culto e sendo este hereditário, transmitindo-se de varão a varão, não se podia pensar em testamento, por ser este um dos modos de dispor da propriedade individual que, até então, se manifestava sob o aspecto da comunhão familiar.³³

A transmissão de “varão a varão [...] inerente ao culto”, mencionado pelo autor destacado acima, refere-se ao costume que existia no período da Roma antiga, em que o chefe da família (*pater famíliae*), soberano a respeito da condução da família, no que diz respeito aos costumes, religião e cultura, escolhia um sucessor para substituí-lo. A escolha e “nomeação” dessa pessoa, que ficaria encarregada de suceder o chefe da família para

³⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: sucessões*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. v. 7, p. 405.

³¹ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das sucessões*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 222

³² BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. 5. ed. Rio de Janeiro: F. Alves, 1955, p. 139.

³³ OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Tratado de direito das sucessões*. 5. ed. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1986, p. 147.

continuar e preservar os costumes, religião e honrarias daquele núcleo familiar, dava-se através do testamento.

Antes, portanto, do testamento assumir a forma como conhecemos hoje, a respeito da transmissão de bens e direitos, sua utilização era destinada a dar continuidade e perenidade a tudo aquilo que representava a família, em especial, suas tradições religiosas³⁴. O chefe da família visava o seu substituto a fim de assegurar a honra e segurança da família. Nesse sentido, a doutrina de Arnaldo Rizzardo:

Não tem o testamento por objeto primário prover a dação ou distribuição dos bens deixados; seu principal intento é a continuação da personalidade jurídico-patrimonial do defunto, e essa continuação se opera na sucessão testamentária pela instituição de herdeiro.³⁵

A escolha do sucessor não necessariamente deveria ser alguém da família. Essa “livre” escolha teve o seu primeiro registro jurídico com a Lei das XII Tábuas, no período da República Romana (antecedente ao Império Romano), razão pela qual se atribui a origem do testamento como fruto (criação) do Direito Romano³⁶.

Foi com a Lei das XII Tábuas que surgiu a livre faculdade de testar. O chefe da família podia nomear o seu sucessor (para continuar a sua “obra”) sem que com ele guardasse qualquer vínculo de sangue, em verdadeira desconsideração em relação aos membros da família (independentemente do grau de proximidade). Essa possibilidade de escolher um sucessor que não fosse necessariamente um filho, levantou interpretações no sentido de que o testamento permitiria uma espécie de “adoção” quando o chefe da família escolhia qualquer outra pessoa, fora do círculo familiar, para lhe suceder. Essas situações, no entanto, ocorriam com mais frequência em relação àqueles que não tinham filhos.

O testamento era feito nas reuniões da cúria (*calatis comittis*), convocadas duas vezes por ano, ou prestes a partir em alguma expedição militar (*in procinctu*). Também existia o testamento *per aes et libram*, pelo qual o testador cede os bens a um conhecido, de sua confiança, com a obrigação de transmitir esse patrimônio a outra pessoa, o verdadeiro destinatário final, nas condições estabelecidas, figura essa que muito se assemelha ao *trust*.

³⁴ O sucessor a ser escolhido para manter a ordem familiar e a orientação religiosa da família sempre será um homem (“varão a varão”), pois as mulheres, ao se casarem e mudarem de núcleo familiar, tinham a obrigação de se seguir os costumes e a religiosidade do seu marido.

³⁵ LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. *Sucessões*. Rio de Janeiro: Ed. Livraria Cruz Coutinho, 1915, p. 248.

³⁶ Para Helmut Coing, o testamento é uma evolução de transmissões fiduciárias realizadas em vida, figura jurídica que se assemelha ao *trust*. (COING, Helmut. *Derecho de sucesiones*. Traduzido por Theodoro Kipp. 2. ed. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1976. v. 1, p. 287.).

No período romano, outras formas de testamento surgiram, como em situações de conflito, em tempos de peste, o testamento rural, o de pai para filho (que dispensava algumas formalidades, como a exigência de testemunhas), entre outros³⁷.

O Direito Romano também admitia a sucessão legítima (*ab intestado*), mas a sucessão testamentária era a regra³⁸. Naquele tempo, diferentemente de hoje, o testamento era bastante utilizado, pois, conforme a doutrina de Zeno Veloso, “para um romano, a morte seria mais aceitável se ele pudesse perpetuar a unidade de sua família, o que pretendia alcançar através das disposições testamentárias.”³⁹

A preferência dos romanos pela sucessão testamentária também é verificada na doutrina de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka:

[...] enquanto a vida da família se concentrava em determinado patrimônio, enquanto ele girava em torno de certo acervo patrimonial, essa família constituía um tipo de pequena monarquia, cujo destino dependeria de como o *pater familiae* fosse atendido em suas constantes demandas por reconhecimento e adoração. Enquanto a família romana se desenvolvia nesse circuito frenético em torno da dominação sobre um patrimônio, a ideia de que o testamento devesse ser a fonte da prática sucessória ganhava ainda mais força. Em razão desse elevado e eterno interesse dos romanos pela conquista e pela dominação patrimonial, o testamento – uma das duas formas elementares de prática sucessória (ao lado da sucessão legítima) – ocupou o lugar de regra, e não de exceção, no mundo romano.⁴⁰

Imperioso destacar a opinião de alguns autores a respeito da distinção e diferenciação entre o testamento e o codicilo no direito romano. Para Luiz Da Cunha Gonçalves, a escolha do sucessor se dava pelo testamento, mas a disposição do patrimônio (dos bens) ocorria via “codicilo”, de forma que um poderia complementar o outro:

No direito romano, porém, havia diferença entre testamento e codicilo, sendo que o primeiro era o acto de instituição de herdeiro e o segundo o acto de disposição de legados e fideicomissos. O codicilo podia ser suplemento dum testamento anterior, ou ser anterior ao testamento e por êste confirmado, ou ser anterior ao testamento e por êste confirmado, ou ser acto independente não seguido de testamento, caso em que era designado por “codicilo ab intestato”. Esta diferença entre testamento e codicilo havia cessado em França já nos tempos de Pothier, segundo o qual só pela força da tradição se

³⁷ Para maiores detalhes a respeito de todos os tipos de testamento no período romano (pré-clássico; clássico; pós-clássico), recomendamos a obra de Giselda Hironaka (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.).

³⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 202.

³⁹ VELOSO, Zeno. *Testamentos de acordo com a constituição de 1988*. Belém: Ed. CEJUP, 1993, p.18.

⁴⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 285.

designava por codicilo um testamento novo ou acessório, que altera o principal.⁴¹

Essa característica essencial ao testamento romano, que consistia na instituição de um “herdeiro” sucessor, e não propriamente dispor sobre os bens, fez com que alguns doutrinadores defendessem a ideia de que o testamento romano “não chegou até nós”. Para Georges Ripert e Jean Boulanger, o testamento desapareceu lentamente no início da Idade Média, sob a influência dos costumes germânicos e da doutrina canônica, de forma que no Século IX foi substituído por outras maneiras de disposição do patrimônio, chamadas às vezes de “testamento”, quando na verdade, se trata de disposições entre vivos. Somente mais tarde, no Século XIII, é que “ressurgiu” o testamento com suas antigas características. Entretanto, esse novo testamento não implica na instituição de herdeiro, essencial ao testamento romano⁴².

O testamento romano, em sua essência, era utilizado para garantir a sucessão dos valores morais e das tradições familiares, com a escolha de um “sucessor” para ser o novo “chefe da família”, começou a assumir seu caráter mais patrimonial quando surgiram as chamadas disposições testamentárias “causas pias”, em que se destinavam os bens a “causas piedosas”, de caridade. Tornou-se comum aos romanos destinarem seus bens a Deus, Jesus Cristo, anjos, pobres no geral, oratórios, entre outros, de forma que se interpretou a época que todos esses bens pertenceriam à Igreja. Pessoas que morriam sem deixar testamento e herdeiros também tinham todos os bens destinados à Igreja ou ao mosteiro no qual a pessoa tivesse pertencido.

Segundo Aloísio Surgik, na trajetória da evolução dos testamentos, a “causa pia” e a Igreja tiveram importante papel na criação da “pessoa jurídica”. A necessidade de se evitar a dissipação de valores destinados por testamentos às causas piedosas motivou a criação de novas formas de “inalienabilidade”, o que contribuiu para a formação dos primeiros fundamentos da separação entre pessoas físicas e as corporações religiosas. Conforme a doutrina do mencionado autor, existe uma ponte histórica entre o testamento “causa pia” com a criação da *persona ficta*, que surgiu com o Sinibaldus Fliscus, o que evoluiu posteriormente

⁴¹ GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil*. São Paulo Max Limonad, 1955. v. 9, t. 2, p. 633.

⁴² BOULANGER, Jean; RIPERT, Georges. *Tratado de derecho civil: segun el tratado de planiol*. Buenos Aires : Ed. La Ley, 1987. t. 10, v. 2, pt. 2: Sucesiones: transmisión sucesoria – Partición, p. 279-280.

para a criação da “pessoa moral” que, em seguida, transformou-se na atual figura da pessoa jurídica⁴³.

Este breve relato histórico da origem do testamento permite ter uma ideia a respeito do seu surgimento e como o interpretar, assim como permite a compreensão de sua importância não apenas social, mas também para a ciência jurídica, vez que o testamento trouxe influências para outros institutos jurídicos.

Não obstante os aspectos históricos, a respeito do seu uso, propomo-nos a trazer algumas breves conceituações a respeito do testamento. O primeiro que destacamos é aquele de Modestino (Livro II, Pandectas D. 28.1): “testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit”, que, em tradução livre, corresponde no seguinte: “o testamento é a manifestação legítima de nossa vontade sobre o que se pretende fazer após a morte”. Nota-se que o testamento, tal qual definido naquele período, não fazia qualquer restrição a respeito de seu conteúdo, o que nos interessa neste estudo. O seu “uso” para instituir um sucessor da família, antes de se preocupar com questões patrimoniais, tem destacada importância, visto que nos ordenamentos jurídicos mais recentes se restringia o conteúdo do testamento a questões patrimoniais, e não extrapatrimoniais.

Carlos Maximiliano define o testamento como “um ato unilateral, de última vontade, gratuito e solene, contendo disposições patrimoniais ou providências de caráter pessoal ou familiar, exequíveis depois da morte do prolator”⁴⁴. De forma parecida, a definição de Pinto Ferreira: “testamento é um ato unilateral de declaração da última vontade de alguém, feito de acordo com a lei, revogável em vida do testador, dispendo sobre o seu patrimônio e seus desejos, para cumprimento após a sua morte”⁴⁵. Para Orlando Gomes: “Testamento é o negócio jurídico pelo qual uma pessoa dispõe sobre a própria sucessão”⁴⁶.

Apesar de a doutrina não apresentar uma distinção categórica sobre o conteúdo do testamento, se patrimonial ou extrapatrimonial, destaca-se que diversos sistemas jurídicos definem o testamento como um ato de disposição de bens, de cunho eminentemente patrimonial.

⁴³ SURGIK, Aloísio. A sucessão testamentária no direito romano tardio e seu papel na gênese da pessoa jurídica. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Coimbra, n. 88, 2006, p. 1055-1080. Artigo apresentado originalmente em 16 Colloquia de O Direito das sucessões: do Direito Romano ao Direito Atual.

⁴⁴ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. 4. ed. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1958. v. 1, p. 331.

⁴⁵ FERREIRA, Pinto. *Tratado das heranças e dos testamentos*. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 182.

⁴⁶ GOMES, Orlando. *Sucessões*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 94.

Era o que ocorria no Código Civil e Comercial argentino, que no revogado artigo 3.607⁴⁷ (em tradução livre: “O testamento é o ato escrito, celebrado com as solenidades da lei, pelo qual uma pessoa dispõe da totalidade ou parte dos seus bens após a morte”) se reconhecia, apenas, a possibilidade de dispor sobre bens, o que foi alargado na sua reforma ocorrida em 2014 (Lei n. 26.994), que no artigo 2.462⁴⁸ (em tradução livre: “A pessoa humana pode dispor livremente de seus bens após a morte, respeitadas as legítimas estabelecidas no Título X deste Livro, mediante testamento outorgado com as solenidades legais; este ato pode também incluir disposições extrapatrimoniais”), atualmente em vigor, reconhece a possibilidade de disposições patrimoniais e extrapatrimoniais no testamento.

No Chile, o atual artigo 999⁴⁹, do Código Civil (em tradução livre: “O testamento é um ato mais ou menos solene, em que uma pessoa dispõe da totalidade ou parte dos seus bens para que produza plenos efeitos após os seus dias, conservando-se o poder de revogar as disposições nele contidas, enquanto viver”), não faz qualquer referência à possibilidade de disposições extrapatrimoniais. De igual conteúdo, a previsão do artigo 1.005 do Código Civil colombiano (em tradução livre: “O testamento é um ato mais ou menos solene, em que uma pessoa dispõe da totalidade ou parte dos seus bens para que produza efeitos após os seus dias, conservando-se o poder de revogar as disposições nele contidas enquanto viver”)⁵⁰.

Na Espanha, o artigo 667⁵¹ do seu Código Civil (em tradução livre: “O ato pelo qual uma pessoa dispõe de toda ou parte de sua propriedade após sua morte é chamado de testamento”) também prevê a possibilidade de testar apenas em relação aos bens. No entanto, apesar da conceituação contida na Lei limitar o seu conteúdo a questões patrimoniais, existem diversas outras disposições que permitem ao testamento conter declarações extrapatrimoniais. Ademais, como destaca a doutrina de Luis Díez-Picazo e Antonio Gullón, não há no Código

⁴⁷ Texto original do mencionado artigo: “Art. 3.607. El testamento es un acto escrito, celebrado con las solemnidades de la ley, por el cual una persona dispone del todo o parte de sus bienes para después de su muerte”.

⁴⁸ Texto original do mencionado artigo: “Art. 2.462. Las personas humanas pueden disponer libremente de sus bienes para después de su muerte, respetando las porciones legítimas establecidas en el Título X de este Libro, mediante testamento otorgado con las solemnidades legales; ese acto también puede incluir disposiciones extrapatrimoniales”.

⁴⁹ Texto original do mencionado artigo: “Art. 999. El testamento es un acto más o menos solemne, en que una persona dispone del todo o de una parte de sus bienes para que tenga pleno efecto después de sus días, conservando la facultad de revocar las disposiciones contenidas en él, mientras viva”.

⁵⁰ Texto original do mencionado artigo: “Art. 1.055. El testamento es un acto más o menos solmene, en que una persona dispone del todo o de una parte de sus bienes para que tenga pleno efecto después de sus días, conservando la facultad de revocar las disposiciones contenidas en él mientras viva”.

⁵¹ Texto original do mencionado artigo: “Art. 667. El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos se llama testamento”.

Civil espanhol nenhuma previsão que proíba, expressamente, fazer disposições de cunho não patrimonial, o que reforça a sua viabilidade⁵².

O Código Civil francês (1803), até janeiro de 2007, conceituava o testamento como destinado à disposição de bens patrimoniais (em tradução livre: “O testamento é o ato pelo qual o testador dispõe, pelo tempo em que já não existir, da totalidade ou parte dos seus bens e que pode revogar”). No entanto, após a alteração que ocorreu naquele ano, foi incluída na sua conceituação legal a possibilidade de fazer disposições testamentárias de cunho extrapatrimonial, de forma que se inseriu, expressamente, no texto da lei, a inclusão da expressão “bens e direitos”, no seu artigo 895⁵³ (em tradução livre: “O testamento é o ato pelo qual o testador dispõe, pelo tempo em que já não existe, da totalidade ou parte dos seus bens ou dos seus direitos e que pode revogar”).

Na Itália, o Código Civil do Reino Italiano (1865), no seu artigo 759⁵⁴, definia-se o testamento da seguinte forma (em tradução livre: “O testamento é o ato revogável, com o qual alguém, segundo as regras estabelecidas na lei, dispõe da totalidade ou parte dos seus bens a favor de uma ou mais pessoas pelo tempo em que deixou de viver”), o que também abrangia somente os “bens” da pessoa, o que revela o seu cunho nitidamente patrimonial. Com a sua reforma, desde 16 de março de 1942, o testamento, agora previsto no artigo 587⁵⁵ (em tradução livre: “O testamento é o ato revogável pelo qual alguém dispõe, pelo tempo em que deixou de viver, a totalidade ou parte de seus bens. As disposições de natureza não patrimonial, que a lei permita constar no testamento, produzem efeitos, se constarem na escritura que tenha a forma de testamento, ainda que não existam disposições de natureza patrimonial”), estabeleceu a possibilidade de disposições extrapatrimoniais.

⁵² DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil*. 12. ed. Madrid: Ed. Tecnos, 2017. v. 4, t. 2: Derecho de sucesiones, p. 49.

⁵³ Texto original do mencionado artigo vigente até o ano de 2007: “Article 895. Le testament est un acte par lequel le testateur dispose, pour le temps où il n'existera plus, de tout ou partie de ses biens et qu'il peut révoquer”. A seguir, o texto novo em vigor, com a inclusão dos “direitos”: “Article 895. Le testament est un acte par lequel le testateur dispose, pour le temps où il n'existera plus, de tout ou partie de ses biens ou de ses droits et qu'il peut révoquer”.

⁵⁴ Texto original do mencionado artigo. “Art. 759. Il testamento è un atto revocabile, col quale taluno, secondo le regole stabilite dalla legge, dispone per il tempo in cui avrà cessato di vivere, di tutte le proprie sostanze o di parte di esse in favore di una o di più persone”.

⁵⁵ Texto original do mencionado artigo: “Art. 587. Il testamento è un atto revocabile con il quale taluno dispone, per il tempo in cui avrà cessato di vivere, di tutte le proprie sostanze o di parte di esse. Le disposizioni di carattere non patrimoniale, che la legge consente siano contenute in un testamento, hanno efficacia, se contenute in un atto che ha la forma del testamento, anche se manchino disposizioni di carattere patrimoniale”.

De forma similar ao atual texto vigente na Itália, verifica-se a previsão do testamento no Código Civil português que, no seu artigo 2.179⁵⁶ (em tradução livre: “Testamento é o ato unilateral e revogável pelo qual uma pessoa dispõe, para depois da morte, de todos os seus bens ou parte deles. As disposições de caráter não patrimonial que a lei permite inserir no testamento são válidas se fizerem parte de um ato revestido de forma testamentárias, ainda que nele não figurem disposições de caráter patrimonial”), permite disposições testamentárias de cunho patrimonial e “não patrimonial”.

Os textos legislativos italiano e português são muito parecidos e, diferentemente dos outros países exemplificados, nota-se que, apesar de se permitir fazer disposições testamentárias de cunho extrapatrimonial, a legislação acabou por fazer uma ressalva importante, pois permite apenas as disposições não patrimoniais “que a lei permite fazer”, o que representa uma verdadeira limitação à autonomia testamentária.

A alteração vista nas outras legislações para incluir a possibilidade de disposição de cunho extrapatrimonial também ocorreu no ordenamento jurídico brasileiro. No Código Civil de 1916, o testamento era previsto no artigo 1.626 e só previa a disposição a respeito do “patrimônio”, conforme se destaca a seguir: “Considera-se testamento o ato revogável pelo qual alguém, de conformidade com a lei, dispõe no todo ou em parte, do seu patrimônio, para depois da sua morte”.

Com a reforma e o advento do Código Civil de 2002, o testamento, agora previsto no artigo 1.857, *caput*, mudou para a seguinte redação: “Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte”. A principal mudança a respeito do testamento se encontra no §2º do referido artigo, que prevê a possibilidade de disposições extrapatrimoniais: “§2º São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado”.

A evolução do testamento e sua previsão legal permitiu que a doutrina estipulasse a natureza jurídica deste instituto como um “negócio pessoal, unilateral, gratuito, formal, de última vontade, e eminentemente revogável.”⁵⁷

O testamento, como ato personalíssimo, somente poderá ser feito pela própria pessoa, como expressão de um ato pessoal, íntimo, solitário, soberano e livre. A vontade

⁵⁶ No texto original do mencionado artigo: “art. 2179. Diz-se testamento o acto unilateral e revogável pelo qual uma pessoa dispõe, para depois da morte, de todos os seus bens ou de parte deles. As disposições de carácter não patrimonial que a lei permite inserir no testamento são válidas se fizeram parte de um acto revestido de forma testamentária, ainda que nele não figurem disposições de carácter patrimonial”.

⁵⁷ GOMES, Orlando. *Sucessões*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 94.

declarada tem que ser pessoal do testador, sem qualquer influência ou interferência de outra pessoa. Não se admite que alguém teste por outrem. No entanto, este ato, criado de forma individual, uma “auto-feitura”⁵⁸, não significa dizer que o testador não possa procurar a orientação de terceiros. É evidente que o testador possa se consultar com um advogado, um amigo íntimo, antes de decidir a respeito de sua vontade. Sobre o tema, a doutrina de Zeno Veloso:

Alguém pode sugerir ao interessado que faça um testamento. E o que pretende fazer testamento pode pedir e receber a ajuda, o conselho, a assistência de um terceiro. O testador, por exemplo, pode ignorar regras, não ter instrução suficiente, expressar-se sem clareza, desconhecer termos apropriados, pode, prudentemente, solicitar o auxílio de outrem, pedindo-lhe, mesmo, que elabore um modelo ou minuta do testamento, que é personalíssimo no sentido de que deve traduzir a vontade insulada e solitária, direta, pessoal e inequivocadamente manifestada pelo testador.⁵⁹

Como ato unilateral, afirma-se que o testamento é “obra de uma pessoa só”, no sentido de que se exige a manifestação de vontade de apenas uma pessoa, o testador para que produza os seus efeitos após a morte. A declaração de vontade manifestada no testamento não requer ou exige que seja conhecida e recepcionada por outras pessoas para que produza seus efeitos (não receptividade).

Sobre a “unilateralidade” do testamento, destacamos a crítica feita por Enrico Cimbali⁶⁰, no sentido de que o testamento teria natureza contratual (testamento-contrato), vez que seria um verdadeiro contrato *mortis causa*. Segundo o autor, o testamento tem todos os elementos de um contrato (sujeitos e objeto), de forma que somente produziria seus efeitos, após a “aceitação” do herdeiro, indicado no testamento. O encontro de vontades, do testador e do herdeiro, retiraria do testamento a sua qualidade “unilateral”. Sobre este tema, invocamos a doutrina de Luiz da Cunha Gonçalves, que afirma ser um equívoco entender que o testamento seria um contrato, e, que dependeria da aceitação do herdeiro para produzir seus efeitos⁶¹.

O testamento não pode ser contrato, pois ele não mais existiria com a morte do testador, o que faria desaparecer qualquer possibilidade de encontro de vontades entre testador e herdeiro. Ademais, o testamento é revogável e só produz efeitos após a morte, de forma que

⁵⁸ GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil*. São Paulo Max Limonad, 1955. v. 9, t. 2, p. 639.

⁵⁹ VELOSO, Zeno. *Testamentos de acordo com a constituição de 1988*. Belém: Ed. CEJUP, 1993, p. 30.

⁶⁰ CIMBALI, Enrico. *A nova phase do direito civil em suas relações económicas e sociais*. Tradução por Adherbal de Carvalho; com uma introdução de Clovis Bevilacqua. Porto: Editores Classica; Rio de Janeiro: Chardron, 1900, p. 373-402.

⁶¹ GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil*. São Paulo Max Limonad, 1955. v. 9, t. 2, p. 636.

a vontade do testador, enquanto pessoa viva, pode ser alterada ou desfeita a qualquer momento:

O testamento tem como característica principal a disposição de bens para depois da morte do testador. Enquanto não ocorrer êste facto jurídico, o testamento é simples projecto, que o testador pode alterar ou destruir. [...] Todavia, notáveis juristas, principalmente CIMBALI, sustentam a teoria do testamento-contrato [...] Nesta excelente argumentação, porém, há um equívoco: é o de supor que a aceitação da proposta de contrato se pode verificar após a morte do proponente. Não é exacta tal suposição. As duas vontades, embora manifestadas em datas diversas, devem encontrar-se num momento qualquer, durante a vida de ambos os contraentes. É precisamente isto o que mais distingue as doações e os testamentos.⁶²

Além disso, o testamento é negócio jurídico gratuito (ou benéfico), pois não exige nenhuma reciprocidade patrimonial, não há ônus, de forma que o testador não tem qualquer vantagem — patrimonial — com a sua realização.

É, também, o testamento um negócio jurídico formal e solene, de forma que sua validade está condicionada à forma prevista em lei. Sem a sua observação, o testamento não produzirá seus efeitos naturais.

A respeito da formalidade do testamento, encontra-se hoje na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça certa flexibilização para prestigiar a última declaração de vontade do testador e proteger o direito dos seus herdeiros. Reconhece-se a necessária e rigorosa formalidade para a realização do testamento, até mesmo para buscar garantir absoluta certeza e segurança em relação à última vontade declarada. No entanto, para que o testamento não reste, às vezes, prejudicado pela ausência de alguma formalidade que não contamina ou traga qualquer dúvida quanto ao conteúdo declarado, é possível, a depender do caso, o “afrouxamento” de determinada exigência⁶³, conforme se destaca a ementa a seguir:

Por fim, o testamento também é um negócio jurídico revogável, que pode ser desfeito ou alterado antes da morte. É o que prevê, expressamente, o artigo 1.858 do Código

⁶² GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil*. São Paulo Max Limonad, 1955. v. 9, t. 2, p. 632-636.

⁶³ Como exemplo de exceções em relação à formalidade do testamento, ver o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça: “CIVIL. SUCESSÃO. TESTAMENTO. FORMALIDADES. EXTENSÃO. O testamento é um ato solene que deve submeter-se a numerosas formalidades que não podem ser descuradas ou postergadas, sob pena de nulidade. Mas todas essas formalidades não podem ser consagradas de modo exacerbado, pois a sua exigibilidade deve ser acentuada ou minorada em razão da preservação dos dois valores a que elas se destinam - razão mesma de ser do testamento -, na seguinte ordem de importância: o primeiro, para assegurar a vontade do testador, que já não poderá mais, após o seu falecimento, por óbvio, confirmar a sua vontade ou corrigir distorções, nem explicitar o seu querer que possa ter sido expresso de forma obscura ou confusa; o segundo, para proteger o direito dos herdeiros do testador, sobretudo dos seus filhos. Recurso não conhecido. (REsp n. 302.767/PR, relator Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 5/6/2001, DJ de 24/9/2001, p. 313.”

Civil, ao prever que “o testamento é ato personalíssimo, podendo ser mudando a qualquer tempo.”

O testamento, portanto, se mostra um instituto jurídico de fundamental importância, que permite à pessoa pensar e organizar a sua sucessão, “a sua vida após a morte”, em relação aos seus bens e direitos, como corolário do direito fundamental de propriedade. Ademais, o direito de testar é corolário do desenvolvimento natural dos direitos da personalidade, que permite uma atuação do poder racional da vontade humana em determinar a ordem e relações póstumas que devem ser cumpridas. A posterioridade jurídica da pessoa tem relevância e deve ser reconhecida e resguardada.

De igual forma, a doutrina de Massimo Bianca considera que o fundamento da sucessão testamentária consiste na proteção e preservação do direito da propriedade. O referido autor destaca que essa característica é tão evidente no Direito italiano que o reconhecimento ao direito sucessório está previsto e garantido na constituição italiana na Parte I, Título III, que é destinada às relações econômicas, mais especificamente, no seu artigo 42, que trata dos “bens” dos cidadãos italianos. Não fosse apenas isso, o fundamento político da sucessão testamentária está relacionado ainda à proteção da autonomia privada, como o poder do cidadão de dispor de seus próprios direitos, estendida a ponto de permitir a sua disposição após a morte (autonomia testamentária). Essa possibilidade de dispor para após a morte, como define o autor, uma “autonomia testamentária”, é uma das formas de maior expressão da propriedade⁶⁴.

Entretanto, há quem sustente o contrário. Ainda que seja uma posição minoritária, para não dizer rara ou extremamente atípica, existem autores que sustentam ser o testamento “um absurdo”. Conforme a doutrina de Manuel Maynar Barnolas, não existe nenhuma racionalidade no direito de testar⁶⁵.

Defende Manuel Maynar Barnolas que o testamento não é reconhecido como uma categoria dogmática autônoma e que seria uma instituição jurídica inexistente. O que se estuda a respeito do testamento, na verdade, seriam derivações e extensões do direito fundamental da propriedade, esse sim um instituto jurídico verdadeiro e autônomo, de forma que o direito à propriedade não explica e nem mesmo daria sustentação ao “testamento”, que

⁶⁴ BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*. 5a ed. Milano: Giuffrè, 2015. t. 2, parte 2: Le successioni, p. 253.

⁶⁵ BARNOLAS, Manuel Maynar. *El testamento es un absurdo*. Madrid: Instituto Editorial Reaus, 1948.

carece de limites, organização e permite disposições testamentárias irracionais, absurdas, delirantes e sem qualquer razão⁶⁶.

Não concordamos com o mencionado autor. Apesar da interessante abordagem, o mau uso do testamento não pode representar a inexistência do instituto. Sobre o uso do testamento e das suas mais várias formas de disposições testamentários, destacamos a doutrina de Washington de Barros Monteiro:

[...] com efeito, para uns, ele pode transformar-se num último ato de vingança, para outros, converter-se no inadequado instrumento de zombarias, esquecidos da advertência de LA BRUYÉRE, de que vem sempre fora de propósito qualquer gracejo por parte de quem está prestes a morrer. Pode ser ainda veículo da própria vaidade, do vão desejo de satisfazer além-túmulo as manifestações de seu egoísmo, estimulando póstumas homenagens, deslembados de que o culto dos mortos não tem valor moral, senão quando espontâneo. Para tais pessoas, o testamento representa “uma tentativa de sobrevivência, um suprimento que se pretende arrebatado à eternidade”⁶⁷.

A respeito daqueles que questionam e criticam a sucessão testamentária, as observações de Luiz da Cunha Gonçalves:

Os que impugnem a sucessão testamentária dizem: a) a morte extingue todos os direitos do homem, - *mors omnia solvit*; b) a vontade do homem não pode subsistir depois da sua morte; c) o testamento representa, em muitos casos, mero capricho do testador, instrumento de extravagâncias e ridículos despropósitos, fonte de abusos e discórdias; d) muitos testadores favorecem a estranhos ou criam instituição de mão-morta, em prejuízo dos seus parentes necessitados; e) o testamento é mera criação do legislador, como se prova pelo facto de ser ignorado pelos povos antigos em que predominava o espírito comunitário, como os Germanos, entre os quais, segundo TÁCITO, *nullum testamentum*; e mesmo sob a forma *calatis comitiis*, isto é, por uma lei especial que derogasse a lei geral das sucessões. Improcedem, porém estes argumentos: a) porque o testador dispõe dos seus bens *enquanto está vivo*, no exercício pleno do seu direito de propriedade, e a data da morte é, apenas o termo suspensivo da execução de sua vontade; exatamente como numa doação com reserva de usufruto; b) se a vontade do testador, manifestada num testamento, não deverá subsistir após a sua morte, com igual razão deveriam extinguir-se todos os seus créditos e débitos, todas as doações feitas ou recebidas, e todos os demais contratos; mas as doações feitas ou recebidas, e todos os demais contratos; mas se estes subsistem, pela regra “*quod antea est voluntatis, postea sit necessitatis*”, este mesmo princípio deverá valer para os testamentos; c) as excepcionais extravagâncias de certos testadores não justificam a supressão da grande maioria dos testamentos sérios e respeitáveis; d) as instituições de *mão-morta* são de utilidade pública, e, por isso, longe de dificultadas, devem ser favorecidas.⁶⁸

⁶⁶ BARNOLAS, Manuel Maynar. *El testamento es un absurdo*. Madrid: Instituto Editorial Reaus, 1948.

⁶⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2003, p.125-126.

⁶⁸ GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil*. São Paulo Max Limonad, 1955. v. 9, t. 2, p. 602-603.

Conforme ensina Massimo Bianca⁶⁹, o testamento é um ato da autonomia privada, que compreende o poder de dispor de seus próprios bens e escolher seus sucessores. Ademais, nos termos da doutrina de Paulo de Lacerda:

[...] fortalecer a autoridade paterna pela liberdade de testar é substituir os brandos sentimentos que geram o temor reverencial, no seio das famílias austeramente organizadas, a sinceridade e a indulgência, o respeito e o reconhecimento que os filhos de alma bem formada devem aos paes, pelas ruins paixões que o interesse desperta – a perfídia, a inveja e a cobiça. [...] Ninguém contesta que, por vezes, uma fortuna imensa vai parar em mãos inhábeis, nas mãos de um moço corrompido ou madraço, que rapidamente a dissipa, inutilizando, em breves anos, a obra lenta do genio e da pertinencia de um velho pae carinhoso. São, todavia, como pondera Schmoller, exceções ou acidentes individuais, que nenhuma constituição social poderia evitar.⁷⁰

Assim, o testamento é um importante instrumento previsto pelo ordenamento jurídico, que permite ao autor da herança planejar e organizar a sua sucessão. No entanto, os diferentes níveis de liberdade testamentária podem representar efeitos sociais negativos, em especial, para a família.

⁶⁹ BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*. 5a ed. Milano: Giuffrè, 2015. t. 2, parte 2: Le successioni, p. 5.

⁷⁰ LACERDA, Paulo de. *Manual do código civil*. Rio de Janeiro: Editora Jacintho Ribeiro dos Santos, 1929. Livro 18: Direito das sucessões, p. 4.

CAPÍTULO 3 LIBERDADE DE TESTAR

A origem do direito sucessório, em especial, do testamento, sugere uma ampla e irrestrita liberdade de testar. A Lei das XII Tábuas permitia ao “chefe da família” instituir qualquer sucessor, tenha ele vínculo consanguíneo ou não, de forma que a propriedade dos bens remanesca no núcleo familiar. O único limite, por assim dizer, que se verificava no uso do testamento é seu rigor formal, que se estende até os dias atuais conforme expomos anteriormente.

Em comparação com a regulação jurídica atual sobre o testamento, que, por exemplo, traz limitações à liberdade de testar sobre a legítima e a parte disponível, verifica-se verdadeiro “salto” a respeito deste instituto, pois se na sua concepção foi extremamente “liberal”, hoje, restringe a autonomia privada do testador.

A diferenciação e o forte contraste a respeito da liberdade testamentária ao longo da história também foi questionada na doutrina de Aurelio Barrio Gallardo:

A meu ver, não é razoável que tenha havido um “salto qualitativo” tão pronunciado da fase da copropriedade familiar para a instauração de uma completa e absoluta liberdade testamentária. Se depois levaria séculos para que essa faculdade testamentária antes irrestrita se abrandasse para chegar ao ordenamento jurídico vigente, é muito improvável que os acontecimentos, encenados em polos opostos, se sucedessem sem solução de continuidade: de um condomínio a uma liberalização total e depois nuances graduais até a consagração de uma “atribuição legal ou obrigatória? Como?”⁷¹

A autonomia testamentária presente no Direito Romano sofreu alterações com o tempo, tanto em relação ao seu formalismo como do ponto de vista material e objeto, a respeito da disposição do patrimônio.

Destaca-se, com apoio nos capítulos anteriores deste trabalho, que a Lei das XII Tábuas (450 a.C.) centra o direito sucessório e a liberdade de testar no “chefe da família”, que tinha absoluto controle e arbítrio a respeito do “destino” da família, com a escolha de “seu

⁷¹ GALLARDO, Aurelio Barrio. *El largo camino hacia la libertad de testar: de la legítima al derecho sucesorio de alimentos*. Madrid: Dykinson, 2012. t. 5: Derecho de sucesiones. (Colección Monografías de Derecho Civil. Dirección de Mariano Yzquierdo Tolsada), p. 54-55. Destaca-se a seguir o trecho original, do qual se transcreveu no trabalho em tradução livre: “A mi entender, no es razonable que se produjera un “salto cualitativo” tan pronunciado desde el estadio de copropriedade familiar a la instauración de una completa y absoluta libertad de testar. Si después costaría siglos que se dulcificara esta facultad testatoria hasta entonces irrestricta para llegar al sistema legitimario vigente en la actualidad, es altamente improbable que los acontecimientos, escenificados en polos opuestos, se sucedieran sin solución de continuidad: ¿de un condominio a una liberalización total y luego matices paulatinos hasta la consagración de una “atribución legal o forzosa”? ¿Cómo?”

sucessor”. Não existia ainda neste período qualquer proteção ou reconhecimento da “legítima”. Esse relato a respeito do cenário jurídico à época é confirmado por Aurelio Barrio Gallardo, apoiado nas doutrinas de Manresa y Navarro, García, Goyena, Castán Tobeñas, Ferrara, Casso y Romero, Rangel Sánchez, Rivera Fernández, Algaba Rios, Espón Cánovas, Real Péres, Ortega Prado, Lasarte Álvares e Vallet de Goytisoló⁷².

Sucedem que a enorme e quase irrestrita liberdade testamentária trouxe efeitos sociais negativos, vez que os testamentos passaram a representar sério risco à integridade do patrimônio familiar, pois muitas vezes o “sucessor” escolhido para dar continuidade “a obra” do falecido mostrava-se desonroso e incapacitado, prejudicando a exploração da terra e do culto religioso da família. Ademais, não eram raras as vezes em que a instituição do herdeiro era “ilusória”, pois os bens eram destinados a outras pessoas (legados), de modo que restava ao “sucessor” todo o “encargo” de cuidar da família.

Estes acontecimentos levaram à aprovação de diversas leis promulgadas entre os séculos III e II a.C., com o objetivo de limitar a liberdade no testamento, para proteger a família, “vítima” de terceiros, muitas vezes estranhos, nomeados no testamento, e, assim, evitar que a sucessão na família não fosse “ilusória” ou “reduzida a nada”⁷³.

A primeira lei a qual se atribui o início das mudanças a respeito da liberdade de testar não se deu, efetivamente, em matéria sucessória ou testamentária, mas a respeito das doações. Trata-se da *Lex Cincia* (204 a.C.), que limitou o valor das doações, em vida, acima de determinado limite⁷⁴, as quais passariam a ser consideradas excessivas, de mal gosto e ostensivas⁷⁵.

Em seguida, aprovou-se a *Lex Furia* (181 a.C.), esta sim, de cunho eminentemente sucessório e testamentário, pois foi a primeira lei que, efetivamente, criou limites aos legados e disposições testamentárias. Após a sua aprovação, nenhum romano poderia receber, por testamento, quantia superior a 1.000 (mil asses⁷⁶), com exceção aos familiares mais próximos.

⁷² GALLARDO, Aurelio Barrio. *El largo camino hacia la libertad de testar: de la legítima al derecho sucesorio de alimentos*. Madrid: Dykinson, 2012. t. 5: Derecho de sucesiones. (Colección Monografías de Derecho Civil. Dirección de Mariano Yzquierdo Tolsada), p. 55-57.

⁷³ GALLARDO, Aurelio Barrio. *El largo camino hacia la libertad de testar: de la legítima al derecho sucesorio de alimentos*. Madrid: Dykinson, 2012. t. 5: Derecho de sucesiones. (Colección Monografías de Derecho Civil. Dirección de Mariano Yzquierdo Tolsada), p. 115-116.

⁷⁴ Não se encontrou registros a respeito do limite legal.

⁷⁵ GALLARDO, Aurelio Barrio. *El largo camino hacia la libertad de testar: de la legítima al derecho sucesorio de alimentos*. Madrid: Dykinson, 2012. t. 5: Derecho de sucesiones. (Colección Monografías de Derecho Civil. Dirección de Mariano Yzquierdo Tolsada), p. 117.

⁷⁶ Nome da moeda oficial da República Romana.

Cria-se, portanto, uma primeira lei destinada a incentivar que os bens e demais valores ficassem na família⁷⁷.

Posteriormente, instituiu-se a *Lex Voconia* (169 a.C.), que estabeleceu a proibição de deixar um legado a terceiro em valor superior àquele que seria herdado pelos familiares, o que garantia à família não ficar desamparada. Também foi proibido que testadores de “primeira classe” (aqueles com patrimônio superior a 100.000 asses) instituíssem uma mulher como sua herdeira testamentária.

Os motivos para impedir que a “mulher” herdasse por testamento quantias superiores a 100.000 asses é divergente na doutrina e não há uma resposta concreta. Apesar da inexistência de fontes seguras a respeito, algumas das justificativas possíveis são de natureza política e conservadora, ou seja, para impedir que as mulheres participassem ou tivessem influência junto aos órgãos oligárquicos. A princípio, ter bens acima de 100.000 asses (“cidadão de primeira classe”) permitiria a mulher participar da assembleia centuriata, a mais importante do período romano, em que se votavam e decidiam questões legislativas, eleitorais e judiciais⁷⁸.

Outra regulação importante que trouxe consequências para a liberdade de testar foi a *Lex Falcidia* (40 a.C.), que criou e instituiu o chamado “quarto falcidiano”, o que seria uma antecipação da legítima. De modo a preservar um mínimo de direitos patrimoniais em benefício do herdeiro, o testador não poderia dispor de mais de três quartos (3/4) de seu patrimônio, de forma que, obrigatoriamente, deveria destinar um quarto (1/4) aos familiares⁷⁹.

Diversos acontecimentos de cunho social podem ser indicados como justificadores das quatro leis mencionadas – *Lex Cincia*, *Lex Furia*, *Lex Voconia* e *Lex Falcidia* –, que mudaram a liberdade testamentária no período romano. Conforme a doutrina de Aurelio Barrio Gallardo⁸⁰, acreditava-se que a ampla liberdade de testar seria utilizada com prudência pelos romanos, de forma a permitir, caso desejassem, manifestar alguma gratidão com pessoas que não pertenciam à família, legando àquelas uma pequena ou ínfima parte de seu

⁷⁷ GALLARDO, Aurelio Barrio. *El largo camino hacia la libertad de testar: de la legítima al derecho sucesorio de alimentos*. Madrid: Dykinson, 2012. t. 5: Derecho de sucesiones. (Colección Monografías de Derecho Civil. Dirección de Mariano Yzquierdo Tolsada), p. 118.

⁷⁸ GALLARDO, Aurelio Barrio. *El largo camino hacia la libertad de testar: de la legítima al derecho sucesorio de alimentos*. Madrid: Dykinson, 2012. t. 5: Derecho de sucesiones. (Colección Monografías de Derecho Civil. Dirección de Mariano Yzquierdo Tolsada), p. 119.

⁷⁹ LEMOS, Ana Vázquez. *Fundamentos históricos y jurídicos de la libertad de testar*. Barcelona: Bosch Editor, 2019, p. 32.

⁸⁰ GALLARDO, Aurelio Barrio. *El largo camino hacia la libertad de testar: de la legítima al derecho sucesorio de alimentos*. Madrid: Dykinson, 2012. t. 5: Derecho de sucesiones. (Colección Monografías de Derecho Civil. Dirección de Mariano Yzquierdo Tolsada), p. 130.

patrimônio. O justo e adequado uso da liberdade testamentária, no sentido de que o “chefe da família” saberia e conheceria melhor as circunstâncias e necessidades da própria família, possibilitaria o adequado acomodo de interesses. Entretanto, a total falta de regulação a respeito da autonomia testamentária teve efeito absolutamente contrário, que acabou por desvirtuar a sucessão.

Com o passar do tempo, verificou-se o uso inadequado da liberdade conferida ao testamento, de modo que não era incomum “chefes de família” deixarem seus filhos na pobreza, enquanto agraciava pessoas absolutamente desconhecidas da família no testamento. Verificou-se testamentos com “desvios caprichosos”, “perversos”, com “fins espúrios”, “deserdações injustas”, entre outros⁸¹.

Esses testamentos começaram a ser reprovados eticamente pela sociedade, de forma que adquiriram relevância jurídica e acabavam sendo invalidados no Tribunal, sob o fundamento de quebra do *officium pietatis*, isto é, o testador que nada deixava à família, ou quase nada, iria contra um dever (*officium*) de piedade para com a sua família.

O “dever de piedade” não tinha previsão ou base legal. Era um dever moral, no sentido de que a conduta do homem não poderia prejudicar os deuses, nossos pais, filhos ou parentes mais próximos, pois a consciência coletiva e o ideal de um “bem comum” se fundavam numa comunidade formada e interligada entre as gerações passadas e futuras⁸².

Conforme a Ana Vázquez Lemos, apoiada em Gayo, não se deveria ter tolerância com os pais (chefes de família) que em seu testamento expressarem qualquer tipo de injúria contra seus filhos, em verdadeiro juízo negativo (malévolo) contra o seu próprio sangue, seduzido, muitas pelas, pela “lisonja” ou “instigações das madrastas”⁸³.

O testamento, portanto, que infringia um dever moral (*officium pietatis*) poderia ser considerado “inoficioso”, pois praticado em detrimento de outra pessoa, privando-o do que, naturalmente, lhe caberia. Contra essa “inoficiosidade” do testamento, o Direito Romano previa a possibilidade de um “recurso”, uma “defesa”, em favor do prejudicado, registrado

⁸¹ GALLARDO, Aurelio Barrio. *El largo camino hacia la libertad de testar: de la legítima al derecho sucesorio de alimentos*. Madrid: Dykinson, 2012. t. 5: Derecho de sucesiones. (Colección Monografías de Derecho Civil. Dirección de Mariano Yzquierdo Tolsada), p. 160.

⁸² GALLARDO, Aurelio Barrio. *El largo camino hacia la libertad de testar: de la legítima al derecho sucesorio de alimentos*. Madrid: Dykinson, 2012. t. 5: Derecho de sucesiones. (Colección Monografías de Derecho Civil. Dirección de Mariano Yzquierdo Tolsada), p. 134.

⁸³ LEMOS, Ana Vázquez. *Fundamentos históricos y jurídicos de la libertad de testar*. Barcelona: Bosch Editor, 2019, p. 70.

como “querela” (*querela inofficiosi testamenti*). Conforme Aurelio Barrio Gallardo, apoiado em Torrent:

Certamente, antes da “querela”, a sociedade romana considerava um dever do pai evitar uma deserção injusta, dever que entrava no “*officium pietatis*” do pai para com os filhos, dever moral antes que legal, e que se torna legal quando aquela deserção injusta por meio da “querela” pode levar à contestação da validade do testamento, conhecida no tempo de Cícero. Assim se foi abrindo a noção de um testamento inoficioso: contrário ao “*officium pietatis*” com os parentes mais próximos.⁸⁴

O “mal uso” dos testamentos, reprovados moralmente, não ocorreu de forma repentina e se deve a alguns fatores. Conforme doutrina de Aurelio Barrio Gallardo⁸⁵, os romanos não poderiam, simplesmente, sem qualquer motivo aparente, começar a testar de forma negligente com suas respectivas famílias. Segundo o autor, apoiado em Espinar Lafuente, existiu um relaxamento generalizado dos costumes com o desenvolvimento de Roma:

Esta ampla liberdade testamentária – explica ESPINAR LAFUENTE – foi bem aproveitada quando Roma era uma pequena cidade do Lácio, de camponeses e soldados, que levavam uma vida austera. Mas quando Roma se tornou uma metrópole, no final da República, o uso se transformou em abuso. Podia-se dizer: “Que tempos os nossos! E que costumes!”⁸⁶

De igual forma, a doutrina de Enrique Lozano Corbí:

Este princípio da liberdade testamentária não teve problemas desde que se mantivesse o respeito pelos costumes dos ancestrais, mas com a flexibilização dos costumes, numerosas deserções foram feitas sem

⁸⁴ TORRENT, Armando José. *Manual de derecho privado romano*, Librería Central, Zaragoza, 1987, p.669 *apud* GALLARDO, Aurelio Barrio. *El largo camino hacia la libertad de testar: de la legítima al derecho sucesorio de alimentos*. Madrid: Dykinson, 2012. t. 5: Derecho de sucesiones. (Colección Monografías de Derecho Civil. Dirección de Mariano Yzquierdo Tolsada), p. 162-163. Destaca-se a seguir o trecho original, do qual se transcreveu no trabalho em tradução livre: “[...] *ciertamente que antes de la querela la sociedad romana consideraba un deber del padre evitar una desherdacion injusta, un deber que entraba en el officium pietatis del padre para con sus hijos, deber moral antes que jurídico, y que se convierte en jurídico cuando aquella desherdacion injusta por medio de la querela puede llevar a impugnar la validez del testamento, conocida en tiempos de Cicerón. Ase se va abriendo paso la noción de testamento inoficioso: contrario al officium pietatis con los parientes más estrictos*”.

⁸⁵ GALLARDO, Aurelio Barrio. *El largo camino hacia la libertad de testar: de la legítima al derecho sucesorio de alimentos*. Madrid: Dykinson, 2012. t. 5: Derecho de sucesiones. (Colección Monografías de Derecho Civil. Dirección de Mariano Yzquierdo Tolsada), p. 161.

⁸⁶ GALLARDO, Aurelio Barrio. *El largo camino hacia la libertad de testar: de la legítima al derecho sucesorio de alimentos*. Madrid: Dykinson, 2012. t. 5: Derecho de sucesiones. (Colección Monografías de Derecho Civil. Dirección de Mariano Yzquierdo Tolsada), p. 162. Destaca-se a seguir o trecho original, do qual se transcreveu no trabalho em tradução livre: “*De tan amplia libertad testamentaria – explica ESPINAR LAFUENTE – se había hecho buen uso cuando Roma era una pequeña ciudad del lacio, de campesino y soldados, que llevaban una vida austera. Pero cuando Roma se convirtió en metrópoli, hacia fines de la época de la República, del uso se pasó al abuso. Pudo decirse aquello de “O tempora, o mores”*”.

justificação. O limite criado contra o desvio foi a reclamação contra o testamento inoficioso.⁸⁷

O abandono a antigos valores éticos, de senso cívico e coletivo, gerou desvios de comportamento. A liberdade de testar — que antes era ponderada e de uso diligente — passou a representar um desvio de conduta do “chefe de família”, que produzia testamentos moralmente reprovados pela sociedade.

O aumento populacional em Roma mudou a cultura local. O trabalho e a valorização da família foram substituídos pelos desejos de luxo, festas e luxúria. Os níveis de corrupção e suborno aumentaram de forma generalizados. A degradação ética do indivíduo era total. Nesse sentido, a doutrina de Aurelio Barrio Gallardo:

No contexto ético que se desenha - talvez curiosamente exagerado -, a sociedade da era tardo-republicana parece ser presidida por um elevado índice de depravação moral e por um completo distanciamento dos velhos e inveterados costumes (*mores maiorum – costumes dos ancestrais*) que até então havia orientado acertadamente o comportamento da cidadania romana, que o estoicismo, vindo da filosofia grega, conseguiria recuperar, mas somente quando as instituições republicanas e os princípios morais que encorajavam seu estabelecimento já se encontravam em franca decadência. As heranças paternas, acumuladas graças ao valioso trabalho e esforços dedicados das gerações anteriores, foram desperdiçadas na satisfação de prazeres infrutíferos e vazios por nenhum outro motivo senão "agradar o corpo"; O luxo excessivo e a ostentação exacerbada faziam com que não se poupassem gastos com o vestuário, com a ornamentação das fazendas, e que as festas e banquetes desenfreados, e mesmo bacanais e orgias, durassem vários dias, o que levava as pessoas a comportarem-se com grande desprezo por todas as diretrizes éticas e morais. A corrupção em diferentes níveis estava disseminada em todos os estratos sociais e se espalhava, sobretudo, entre as classes mais abastadas; o vício tornou-se hábito e todos os vestígios de responsabilidade aparentemente desapareceram do comportamento humano. Da austeridade e contenção típicas da fase anterior, quando Roma se converteu de uma Monarquia quirítaria arcaica em uma República virtuosa, passou ao suborno, e do suborno, em alguns casos ao crime, à luxúria desordenada e à lascívia, revestida de todos esses comportamentos abjetos, de uma voluptuosidade desnecessária que os tribunais do povo, através de vários plebiscitos, já comentados (Leis da Fúria, Voconia e Falcídia), tentaram corrigir. Em suma, vivíamos num clima generalizado de total falta de escrúpulos e aparente degradação ética do indivíduo.⁸⁸

⁸⁷ CORBÍ, Enrique Lozano. *Historia e instituciones de derecho romano*. Zaragoza: Mira Editores, 1999, p. 517. Destaca-se a seguir o trecho original, do qual se transcreveu no trabalho em tradução livre: “[...] *este principio de libertad de testar no tuvo inconvenientes mientras se mantuvo el respeto a los mores maiorum, pero con el relajamiento de las costumbres se hicieron numerosas desheredaciones sin justificación. El límite creado frente a tal desviación fue la querela inofficiosi testamenti*”.

⁸⁸ GALLARDO, Aurelio Barrio. *El largo camino hacia la libertad de testar: de la legítima al derecho sucesorio de alimentos*. Madrid: Dykinson, 2012. t. 5: Derecho de sucesiones. (Colección Monografías de Derecho Civil. Dirección de Mariano Yzquierdo Tolsada), p. 170. Destaca-se a seguir o trecho original, do qual se transcreveu no trabalho em tradução livre: “*En el contexto ético que se dibuja - quizá interesadamente*

Assim, verifica-se que o testamento, em relação à liberdade do testador, sofreu alterações no período romano. No início, era um instrumento muito utilizado pelo “chefe da família” para escolher seu sucessor e dar continuidade aos costumes da família. Imperava a “solidariedade familiar”. Entretanto, com o desenvolvimento da sociedade romana, que alterou os costumes locais, o testamento começou a ser utilizado de forma extremamente individualista, deserdando injustificadamente os filhos e contemplando terceiros, o que motivou mudanças e a criação de alguns limites à liberdade de testar.

No transcorrer da história, verifica-se na Idade Média, em especial na região da Grã-Bretanha, que a liberdade de testar também teve alterações. Segundo Aurelio Barrio Gallardo⁸⁹, apoiado em James Williams e Henry Swinburne, Matthew Hale, George Spence e Thomas Atkinson, até o século XVIII existia o costume da chamada “pars rationabilis” (parte razoável), em que determinadas partes da herança sempre seriam destinadas a mulher e aos filhos, isto é, se o testador deixasse mulher e filhos, a herança deveria ser dividida em três partes iguais (divisão tripartite), uma para a mulher, outra para os filhos (que dividiam por igual entre eles, independentemente do número) e outra seria reservada a parte disponível, de forma que o testador poderia dar o destino e fim que desejasse. Se morresse e deixasse apenas a mulher, sem filhos, metade de toda a herança, obrigatoriamente, ficaria com a esposa, podendo dispor da outra metade. Se deixasse apenas os filhos, sem esposa, dava-se a mesma solução, reservando-se metade do patrimônio aos filhos e a outra metade era livre para dispor.

exagerado -, la sociedad de la época tardo-republicana parece hallarse presidida por un alto índice de depravación moral y un absoluto distanciamiento de las antiguas e inveteradas costumbres (mores maiorum) que hasta entonces habían guiado acertada y rectamente el comportamiento de la ciudadanía romana, que el estoicismo, proveniente de la filosofía griega, acertaría a recuperar, pero sólo una vez que las instituciones republicanas y los principios morales que animaron su instauración se hubieron encontrado ya en franca decadencia. Herencias paternas, amasadas gracias al trabajo valioso y los esfuerzos empeñados de las generaciones precedentes, eran dilapidadas en la satisfacción de placeres infructuosos y vacuos sin otra razón que "darle gusto al cuerpo"; el lujo excesivo y una pomposidad exacerbada hacían que no se escatimasen dispendios en el vestir, en la ornamentación de las fincas, y que los festines y banquetes desenfrenados, e, incluso las bacanales y orgías, se prolongasen durante varios días, que había llevado a las gentes a conducirse con sumo desprecio hacia toda directriz ética y moral. La corrupción a distintos niveles se generalizó en todos los estratos sociales y cundió, sobre todo, entre las clases más acaudaladas; el vicio se hizo costumbre, y todo resquicio de responsabilidad desapareció aparentemente del comportamiento humano. De la austeridad y la contención propias de la etapa precedente, al convertirse Roma de arcaica Monarquía quiritaria en un República virtuosa, se pasó al soborno y al cohecho, en algunos casos al crimen, a una lujuria y lascivia desordenadas, revestidas todas estas conductas abyectas de una voluptuosidad innecesaria que los tribunos de la plebe, a través de varios plebiscitos, ya comentados (Leyes Furia, Voconia y Falcidia), trataron de corregir. En suma, se vivía en un clima generalizado de carencia total de escrúpulos y aparente degradación ética del individuo”.

⁸⁹ GALLARDO, Aurelio Barrio. *El largo camino hacia la libertad de testar: de la legítima al derecho sucesorio de alimentos*. Madrid: Dykinson, 2012. t. 5: Derecho de sucesiones. (Colección Monografías de Derecho Civil. Dirección de Mariano Yzquierdo Tolsada), p. 203-205.

Esse costume, de se reservar uma “parte razoável” aos membros da família, encontra registro no “Tratado sobre as Leis e Costumes do Reino da Inglaterra”, supostamente de autoria de Ranulf de Glanville, que se ocupou de compilar e reunir as leis e costumes ingleses, a pedido do rei Henrique II (ano de 1187-1189).

Outra obra fruto daquele tempo foi “As leis e costumes da Inglaterra”, supostamente elaborado por Henrique de Bracton, próximo ao ano de 1260. Esse “livro”, que não foi concluído e é considerado o mais completo registro sobre o direito medieval inglês, também registra o costume da *pars rationabilis* e diversos outros preceitos inspirados no período romano com base no direito canônico.

Entretanto, existiam divergências a respeito dos costumes nas diversas regiões que compunham o Reino Unido. A “regra” da “parte razoável”, pela divisão tripartida da herança, não era unanimidade.

O referido costume começou a ser ainda mais questionado, diante do avanço das sociedades e seus naturais movimentos e revoluções. O campo, feudalismo e a ideia de solidariedade familiar se enfraqueceram diante de uma nova riqueza e noção de propriedade, individualizada e mobilizada.

Segundo Aurelio Barrio Gallardo⁹⁰, com o aumento do comércio e a livre troca de mercadorias, as regras legais a respeito da sucessão passaram a ser consideradas um obstáculo pela opinião pública, pois, supostamente, desestimulava a realização dos negócios, de forma que passou a existir uma demanda social pela modificação das regras.

Conforme registra Cristiano Pretto⁹¹, apoiado em John Gilissen, o surgimento dos Estados modernos a partir do Século XVIII, acompanhados das revoluções francesa, econômica e a industrialização, transformaram as regras jurídicas e criaram concepções e interpretações novas sobre a pessoa e a propriedade, o que trouxe consequências para o direito sucessório. As ideias libertárias admitiam o testamento, mas, ao mesmo tempo, temiam que a plena liberdade do testador pudesse ocasionar desigualdades entre os filhos, como a deserção injustificada ou manutenção da primogenitura.

⁹⁰ GALLARDO, Aurelio Barrio. *El largo camino hacia la libertad de testar: de la legítima al derecho sucesorio de alimentos*. Madrid: Dykinson, 2012. t. 5: Derecho de sucesiones. (Colección Monografías de Derecho Civil. Dirección de Mariano Yzquierdo Tolsada), p. 256.

⁹¹ PRETTO, Cristiano. *Autonomía privada e testamento: liberdade e limite no direito de testar no Código Civil de 2022*. Porto Alegre: Ed. Sergio António Fabris, 2015, p. 25-26.

A Revolução Francesa (1789) nasceu sob forte influência das ideias liberais, representando a insatisfação da burguesia com o Estado, que era visto como uma ameaça a ser contida em razão dos séculos em que perduraram os abusos e privilégios dos monarcas e da nobreza.

A Constituição de 1791 foi aprovada pela burguesia sob a ótica de que o Estado era um obstáculo ao livre desenvolvimento das relações econômicas, devendo, portanto, diminuir a sua presença na vida dos particulares. Inovou ao estabelecer que todos os homens são livres e iguais perante a lei; a circulação de bens e serviços seria livre, sem a interferência do Estado; o Estado não deveria se confundir com a Igreja, garantindo, assim, a liberdade crença; e, ainda, a possibilidade de os governados elegerem os seus representantes, através de eleição.

O Código Napoleônico (1804) dispunha que o contrato fazia lei entre as partes, ou seja, prevalecia o princípio do *pacta sunt servanda*. A propriedade, isto é, a terra, era tida como sagrada, onde o proprietário é soberano. Acreditava-se que o homem livre seguiria sua própria felicidade e, assim, atingiria o bem comum. Essa liberdade representava a plena autonomia privada, no sentido de que a pessoa era capaz de guiar sua própria vida de acordo com o seu livre arbítrio.

Toda essa liberdade, pensada no direito sucessório e nos testamentos, trouxe uma certa preocupação, pois eventual disposição de última vontade, apesar de livre, traria consequências para a família, e não para o próprio testador⁹², o que poderia representar prejuízo e determinações conflitantes com a “família”.

O testamento, visto como uma espécie equiparada ao “contrato”, para regular questões econômicas *causa mortis*, deveria, por natureza, ser livre e permitir a adequada contemplação dos interesses do testador e, na eventualidade de se fazer mal uso dessa liberdade, a Justiça poderia dar a adequada solução e exercer o devido controle. Porém, conforme Theodor Kipp⁹³, o controle judicial poderia falhar e também cometer abusos, a

⁹² ENNECERUS, Ludwig; KIPP Theodor; e WOLF Martin. Tratado de Derecho Civil. Traducción del alemán por Blas Pérez González y José Alguer, actualizada por Eduardo Valentí Fiol. 2. ed. Barcelona: Editorial Bosch, 1976. t. 5, v. 1: Derecho de sucesiones. 2. ed. al cuidado de Luis Puig Ferriol y Fernando Badosa Coll. Traducción de la decimoprimer revisión de Helmut Coing, Esstudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Ramón Maria Roca Sastre, p. 181.

⁹³ ENNECERUS, Ludwig; KIPP Theodor; e WOLF Martin. Tratado de Derecho Civil. Traducción del alemán por Blas Pérez González y José Alguer, actualizada por Eduardo Valentí Fiol. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1976. t. 5, v. 1: Derecho de sucesiones. 2. ed. al cuidado de Luis Puig Ferriol y Fernando Badosa Coll. Traducción de la decimoprimer revisión de Helmut Coing, Esstudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Ramón Maria Roca Sastre, p. 182.

exemplo do que ocorreu no regime Hitler, motivo pelo qual se pensou em limites a esta liberdade de testar no próprio Código.

Assim, ao mesmo tempo em que reconhecia a ampla autonomia sobre o direito de propriedade, o primeiro Código Civil francês regulamentou a “legítima”, de forma a reservar, obrigatoriamente, uma parcela do patrimônio do autor da herança aos herdeiros “necessários” (artigos 913 e seguintes), que se alterava entre a metade até três quartos, caso o autor da herança tivesse três ou mais filhos.

Essa reserva (legítima), que será mais bem analisada no capítulo próprio, tinha como fundamento o “dever moral”, de cunho social, no sentido de que a família era a base do Estado e da sociedade e assim deveria ser protegida, preservando-se uma parte da propriedade no núcleo familiar.

O testamento deveria, ao mesmo tempo, consagrar o direito “sagrado” da propriedade e preservar a família, por essa razão que, conforme doutrina de Cristiano Pretto, o testamento tinha três premissas básicas, que consistiam na pessoa e sua autonomia privada, a propriedade e a liberdade do indivíduo e a proteção da família:

[...] os modelos testamentários do Séc. XIX foram construídos a partir de, pelo menos, três premissas: (a) a significação jurídica da pessoa como sujeito de direito (sujeito-proprietário) e proteção da autonomia da vontade; (b) a propriedade como direito absoluto, principal garantia da liberdade dos indivíduos; e (c) a proteção da família, hierarquizada e patriarcal, a partir da instituição de quota indisponível.⁹⁴

Verifica-se, portanto, que as liberdades no campo do direito sucessório foram restringidas em um dos períodos em que mais se reconheceu a defendeu a liberdade do cidadão, além de que foi duramente criticada anos mais tarde.

A liberdade fruto da revolução francesa, quase que irrestrita, levou a consequências inadmissíveis, que de forma desenfreada se sobrepôs a diversos outros valores humanos tão fundamentais quanto ela própria.

Segundo Thomas Hobbes, na sua obra “Leviatã”, cunhou a expressão que representaria com exatidão o fenômeno histórico do Liberalismo: *homo homini lupus* (“o homem é o lobo do homem”). Segundo Hobbes, o Estado seria o único a conseguir frear os instintos egoísticos do homem, de forma que, sem ele, as pessoas viveriam eternamente numa disputa, o que os conduziria ao seu fim.

⁹⁴ PRETTO, Cristiano. *Autonomia privada e testamento: liberdade e limite no direito de testar no Código Civil de 2022*. Porto Alegre: Ed. Sergio Antônio Fabris, 2015, p. 47.

Durante o século XIX, o Estado Liberal foi extremo. A ausência de regulação nas relações entre os particulares permitiu a existência de situações absurdas, todas com a chancela da ordem jurídica, já que os negócios realizados teriam sido fruto da livre vontade das partes, sendo “justos” por natureza.

Trabalhadores do campo aceitavam condições humilhantes de trabalho, piores até mesmo que no tempo dos escravos. Em média, a jornada de trabalho era de 16 horas, superior ao período de escravidão, que era de 12 horas.

Não se demora a perceber que a liberdade não era tudo. É famosa a frase, atribuída ao Padre Lacordaire, que representa o pensamento que motivou a mudança: “entre os fortes e fracos, entre ricos e pobres, entre senhor e servo é a liberdade que oprime e a lei que liberta”⁹⁵. O liberalismo começa a ser repensado.

Deve-se às ideias de John Maynard Keynes as modificações de maior relevância e impacto no Liberalismo, que consistiam em resgatar o Estado, cabendo a ele estimular a economia, interferindo nela de modo indireto, sem destruir o que de bom se conseguiu com o individualismo liberal, como a eficiência, a liberdade pessoal e a descentralização.

Keynes constatou a inexistência de uma harmonia entre social e privado, além de que questionou a base do liberalismo ao afirmar:

[...] não é verdade que os indivíduos possuem uma ‘liberdade natural’ prescritiva em suas atividades econômicas. Não existe um contrato que confira direitos perpétuos aos que os têm ou aos que os adquirem. O mundo não é governado do alto de forma que o interesse particular e o social sempre coincidam. Não é administrado aqui em baixo para que na prática eles coincidam. Não constitui uma declaração correta dos princípios da Economia que o auto interesse esclarecido sempre atua a favor do interesse público. Nem é verdade que o auto interesse seja geralmente esclarecido; mais frequentemente, os indivíduos que agem separadamente na promoção de seus próprios objetivos são excessivamente ignorantes ou fracos até para atingi-los. A experiência não mostra que os indivíduos, quando integram um grupo social, são sempre menos esclarecidos do que quando agem separadamente.⁹⁶

O Liberalismo não só atacava diversos valores fundamentais do homem como também estava trazendo reflexos para a economia. O baixo consumo de bens e serviços, muito em razão da limitada distribuição de renda, agravava o quadro de pobreza. A economia

⁹⁵ No original: “[...] *qu'entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime, et la loi qui affranchit.*” LACORDAIRE, Jean-Baptiste-Henri Dominique. *Conférences de Notre-Dame de Paris*. Paris: Sagnier et Bray, 1872, t. 3, p. 494.

⁹⁶ KEYNES, John Maynard. *A teoria geral do emprego, do juro e da moeda*. Tradução de Mário R. da Cruz. São Paulo: Nova Cultural, 1985. (Os economistas), p. 120.

não se sustentava, o que exigia maiores investimentos na indústria para manter seu funcionamento. Esse círculo vicioso que inibe a distribuição de riqueza, concentrando-a nas mãos de poucos, estava trazendo consequências para todo o sistema financeiro.

Foi através do intervencionismo do Estado, ainda que indireto, pensado por Keynes, que permitiu a melhora no quadro econômico de diversos países, enriquecendo ainda mais a indústria, o que elevou os salários, revertendo todos esses benefícios para a classe que mais carecia, ou seja, a dos trabalhadores.

As ideias intervencionistas de Keynes não se limitam ao mundo econômico. Elas foram transportadas para o mundo jurídico. Suas bases estão vivas no Estado Social e reclamam cada vez mais a intervenção do Estado nas relações sociais. As forças do mercado não podem agir de forma livre e irrestrita. O Estado, para garantir que injustiças não ocorram, bem como para funcionalizar os contratos e negócios jurídicos que são firmados, passa a constituir instrumento indispensável para a realização do bem comum.

O Estado, então, passa a ter um novo papel. Com a desvinculação daquela noção liberal burguesa, passa-se a atuar de uma forma mais ativa, intervencionista, buscando solucionar os conflitos sociais entre o capital e o trabalho. Busca-se mitigar e solucionar as questões entre a desigualdade social e a igualdade política. É nesse momento que surge a noção do Estado Social. Nesse sentido, é esclarecedora a passagem encontrada em Paulo Bonavides⁹⁷:

Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual, neste instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado Social.

A chegada do Estado Social (*Welfare State*) refletiu de forma muito clara a falência dos princípios liberais, buscando-se, agora, o ideal de justiça e igualdade. Para o

⁹⁷ BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 185.

mundo jurídico, Ronaldo Porto Macedo Júnior⁹⁸ afirma que o estado social tem uma característica de substituir a justiça distributiva pela comutativa, ao passo que a liberdade de contratar passa a ser regida por ideias de igualdade substancial das partes, o que cria um novo regime de reciprocidade e equilíbrio.

As declarações de vontade, agora sob análise estatal, não representam uma diminuição na vontade declarada ou no vínculo do negócio jurídico. Pelo contrário, ainda que o Estado, agora, intervencionista, possa patrocinar o redimensionamento das relações, não há que se falar na desconsideração da vontade e da liberdade das partes. O estado garantir que determinada cláusula seja abusiva — determinando sua anulação — é, em outras palavras, homenagear e garantir que as pessoas consigam pactuar de forma livre, sem ficar refém de uma situação que reflita uma desigualdade formal ou substancial das partes.

Nesse particular, importante o que afirma Fernando Noronha⁹⁹:

[...] economistas e políticos abandonaram desde há muito a ideia de que o exacerbado individualismo, pelo jogo do egoísmo de todos, era infalível receita da felicidade geral. Os juristas, porém, por muitos e muitos decênios mais, continuaram apegados ao princípio da autonomia da vontade, continuaram sustentando que cada contrato celebrado era lei para as partes, por isso só podendo ser objeto de um exame, digamos, externo (capacidade dos contraentes, formalismo, possibilidade, licitude [...]), mas nunca questionado, nem sequer pelos juízes, no seu conteúdo, no conjunto de direitos e de obrigações atribuídos a cada uma das partes. À primeira vista, essa posição dos juristas poderia parecer puro e simples conservadorismo. Não era, porém. É que o contrato tradicional ainda continuou, por algum tempo mais, atendendo satisfatoriamente as necessidades sociais. Só quando o fenômeno da massificação chegou ao campo jurídico é que se sentiu a necessidade de rever concepções.

Com a Revolução Industrial, no período pós-Segunda Guerra Mundial, ocorreram diversas transformações políticas, jurídicas e sociais. O fenômeno da urbanização, ou seja, da migração do campo para a cidade e o pleno desenvolvimento industrial, fez com que o processo capitalista passasse por adaptações e transformações. A necessidade de acelerar o ritmo das operações exigiu que todo o processo fosse padronizado, isto é, “massificado”.

É essa uma nova fase do Estado Social que trouxe ainda mais inovação para o Direito. Segundo Carlos Alberto Garbi¹⁰⁰:

⁹⁸ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 53.

⁹⁹ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 69.

Surge uma nova fase do Estado Social na qual se procura superar a insuficiência das normas de ordem pública para assegurar a material igualdade, controlar os efeitos perversos da massificação contratual, definir melhor a responsabilidade civil, inclusive pelo risco da atividade, e conferir novas bases para a mudança que se verificou na estrutura familiar. Essa fase, para alguns, chamada de ‘pós-modernidade’ tem se caracterizado no mundo jurídico pela flexibilização do direito e a ampliação dos poderes do julgador na aplicação de regras e princípios ao caso concreto, abrindo o sistema a interpretações moldadas pelos princípios.

Dessa forma, o que interessa para o nosso estudo é que o atual Código Civil Brasileiro de 2002, atualizado através de trabalho conduzido pelo Prof. Miguel Reale, guardou forte influência liberal. Deveras, trata-se de um Código que nasceu com conceitos e estruturas do Século XVIII, que não guardam qualquer harmonização com as novas tendências do Direito influenciadas pelo Estado Social.

Graças à inserção de cláusulas gerais e de novos princípios, o nosso Código Civil permite o trabalho da jurisprudência e da doutrina para, a todo instante, resgatar as novas tendências e paradigmas, de modo a sempre manter a aplicação e interpretação correta do Direito.

O direito privado precisa ser pensado à luz de um novo espírito. É extremamente necessário rever os velhos dogmas formados pelo Liberalismo para, justamente, ver aquilo que nos serve hoje e afastar aquelas outras tantas ideias conservadoras que já se encontram fora do seu tempo.

Todo e qualquer negócio jurídico, atualmente, possui consequências e reflexos na ordem social e, nisso, incluem-se os testamentos. A liberdade de testar exerce, de forma análoga, o mesmo papel da liberdade contratual. Enquanto nos contratos a liberdade negocial tem por objeto o tráfico jurídico *inter vivos*, nos testamentos a autonomia testamentária representa disposições *mortis causa*, de interesse do falecido.

Particularmente no Brasil, há registros do ano de 1836, em que o testamento era importante e bastante utilizado pelos brasileiros, conforme o registro de Cristiano Pretto, apoiado em João José Reis:

A cultura funerária brasileira indicava que a primeira estratégia de salvação era organizar cuidadosamente a própria morte, depois de viver uma longa vida. O Diário da Bahia, em 1836, publicou texto no qual eram definidos os vários estágios do ciclo da vida. A velhice se localizava entre 64 e setenta

¹⁰⁰ GARBI, Carlos Alberto. *A intervenção judicial no contrato em face do princípio da integridade da prestação e da cláusula geral da boa-fé: uma nova visão do adimplemento contratual*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2014.

anos, e era caracterizada pela preparação para a morte por meio de “Rosário à noite, testamento e missa diária.”¹⁰¹

Assim, antes mesmo da promulgação do Código Civil de 1916, verifica-se a importância de organizar a sucessão, no uso do testamento, como instrumentos destinados a proteger a propriedade e a família.

Sob o regime das Ordenações (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, impostas no Brasil), já existia a faculdade de testar, que era limitada à terça parte de todo o patrimônio, caso deixasse descendentes ou ascendentes. Somente com o Decreto n. 1.893, de 31 de dezembro de 1907, antes, portanto, do Código Civil de 1916, que se previu a possibilidade de dispor de metade dos bens, conforme se destaca a redação de seu artigo 2º: “O testador que tiver descendente ou ascendente sucessível só poderá dispor de metade dos seus bens, constituindo a outra metade a legítima daquelles, observada a ordem legal”.

Cabe pontuar que referido decreto foi promulgado sete anos depois da apresentação do projeto do Código Civil, elaborado por Clóvis Beviláqua em 1900. No referido projeto, seguiu-se as regras das *Ordenações*, mantendo-se o limite na liberdade de testar à terça parte do patrimônio. Contudo, as discussões que se seguiram à redação do Código, com a apresentação de diversas emendas, houve tentativas de alteração deste limite, ou melhor, a sua total supressão, para que fosse permitido e estabelecido a mais ampla liberdade testamentária, isto é, o testador poderia dispor da integralidade de seu patrimônio.

As justificativas para alterar o projeto apresentado por Clóvis Beviláqua, inspiradas nas ideias de Montesquieu e Stuart Mill, foram assim condensadas por Carlos Maximiliano:

- a) É direito de cada um dar a quem lhe aprouver, aquilo que é seu; da outra parte existe a faculdade de receber o que espontaneamente lhe dão. Logo há o direito de testar, não o de herdar [...];
- b) Justifica-se outrora o direito de suceder; porque todos ajudavam a adquirir, a guardar e a defender o patrimônio; a vida era em comum. Hoje não; cada um trabalha para si, tendo só o amparo do Estado. [...] Os parentes não colaboram, às vezes até criam dificuldades, aborrecem, esbanjam. A vida patriarcal e a feudal não têm similar hoje; a propriedade não é mais familiar; só existe a individual;
- c) Em benefício do próprio filho, deve-se dar-lhe o suficiente para se encaminhar na vida, pequena ao invés de grande fortuna, a fim de o não privar do estimulante e das virtudes do trabalho, nem fomentar a ociosidade e os vícios degradantes;

¹⁰¹ PRETTO, Cristiano. *Autonomia privada e testamento: liberdade e limite no direito de testar no Código Civil de 2022*. Porto Alegre: Ed. Sergio Antônio Fabris, 2015. p. 36.

- d) Não há motivo para exigir do pai, em proveito da descendência legítima, senão o que se atribui à ilegítima na Inglaterra e na Alemanha: o direito ao sustento, vestuário, educação e aparelhamento geral e indispensável para triunfar na batalha da existência. Êste é o dever que o progenitor assume também, com a geração, perante a sociedade; não é lícito aumentar o número dos revoltados, débeis, abandonados, futuros criminosos;
- e) Não se dêem à prole hábitos de luxo que ela não possa manter depois [...];
- f) A liberdade irrestrita de dispor dos bens por um ato de última vontade é útil para a sociedade: permite deixar ao mais capaz, embora com o encargo de amparar outros, uma fábrica importante; usina poderosa; residência e museu de antepassados, esplêndido parque, em certos dias franqueados ao público; moderna, bem organizada granja. Não só a comunidade; mas a própria família lucra mais; pois fracionando o domínio, dificulta-se a administração e o levantamento de capitais de custeio; impossível ir bem um empresa em que muitos mandam, hábeis e inábeis, prudentes e insofridos; o resultado é a divisão e a venda, por partes talvez; o fim de uma obra de utilidade geral;
- g) A liberdade ampla de testar concorre eficazmente para o surto das fundações, de grandes instituições de beneficência, educação e higiene;
- h) Para evitar o excesso de riqueza degrade a prole, ao invés de limitar o direito de legar, restrinja-se o de receber a título gratuito; as sobras o pai distribuirá melhor talvez, por vaidade ou altruísmo. O patrimônio não é um fim; é um meio para atingir um objetivo; serve ao interesse social; deve, portanto, o seu destino ser subordinado às conveniências superiores da raça humana [...].¹⁰²

A tentativa de alterar a liberdade de testar no projeto do Código Civil de 1916 surtiu efeito, no entanto, apenas parcialmente. O texto original foi alterado para uma posição intermediária, isto é, não subsistiu a posição original, de limitar a autonomia testamentária a uma terça da parte do patrimônio, e, nem mesmo, adotou-se a ampla e irrestrita liberdade. Nesse sentido, o Código Civil de 1916 foi aprovado com a limitação de metade do patrimônio, de modo que metade era destinado aos herdeiros legitimados e a outra parte ficaria disponível ao testador. Assim, privilegiava-se a autonomia privada, o patrimônio e a liberdade, ao mesmo tempo em que se protegia a família, base da sociedade e do Estado.

A posição adotada pelo Código Civil de 1916, segundo Carlos Maximiliano, apoiado em Benjamin Constant, foi ponderada, pois:

[...] a faculdade ampla de dispor dos bens *causa mortis* abria o ádito à sedução dos velhos, arrebatava-lhes das mãos a herança contra a sua vontade íntima, espontânea, real, introduzida estranhos nos interesses da família, com prejuízo imerecido de sucessores lógicos. No Brasil esse perigo é flagrante; porque quase todos se reservam para testar no fim da existência, quando as energias enfraquecem e o senso crítico e julgador se obliterou sensivelmente.¹⁰³

¹⁰² MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. 4. ed. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1958. v. 1, p. 340-342.

¹⁰³ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. 4. ed. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1958. v. 1, p. 347.

De igual forma, a opinião de Cristiano Pretto, para quem o Código Civil de 1916, em relação à liberdade testamentária, seguiu as tradições do direito brasileiro, fruto da experiência testada de outros regimes jurídicos, é a de que o Código não se perdeu em “inovações precipitadas”¹⁰⁴.

Assim, o Código Civil de 1916, no seu artigo 1.626, previu o testamento, como “o ato revogável pelo qual alguém, de conformidade com a lei, dispõe, no todo ou em parte, do seu patrimônio, para depois da morte”, que, em complemento com o artigo 1.721, no caso do testador ter descendente ou ascendente, “não poderá dispor de mais da metade de seus bens; a outra pertencerá de pleno direito ao descendente e, em sua falta, ao ascendente, dos quais constitui a legítima”. Ambos os artigos harmonizavam a propriedade, a família e a autonomia privada.

Entretanto, Cristiano Pretto¹⁰⁵ sustenta que, em relação ao fato de o Código Civil de 1916 ter previsto de forma tão completa e detalhada o regramento a respeito da sucessão legítima, teria correlação com a intenção de Clóvis Beviláqua, supostamente, de fazer a sucessão testamentária ser a exceção e não a regra, para que a lei interviesse na sucessão e garantisse maior proteção e estabilidade da família.

Coincidentemente ou não, o testamento hoje não é mais tão utilizado, de forma que a grande maioria das sucessões segue a sucessão legal (legítima). Para Cristiano Pretto¹⁰⁶, em razão da detalhada previsão a respeito da sucessão legítima, que se assemelha, em certos termos, ao que normalmente se faria por testamento, acrescido ainda do formalismo exigido para o testamento, a combinação desses dois fatores fez com que as pessoas deixassem de fazer testamento, optando pela sucessão legal.

Após praticamente 86 anos de vigência, o Código Civil brasileiro foi reformado e atualizado em 2002, atento às transformações sociais e políticas, principalmente, em relação às ideias que representam a passagem do Estado Liberal para o Social. No entanto, em termos de disposição de patrimônio na liberdade testamentária, não sofreu alterações. Nos termos do artigo 1.846, “[...] pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.” Em cumulação, a previsão do artigo 1.857 (“Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou parte deles, para depois da

¹⁰⁴ PRETTO, Cristiano. *Autonomia privada e testamento: liberdade e limite no direito de testar no Código Civil de 2022*. Porto Alegre: Ed. Sergio Antônio Fabris, 2015, p. 42.

¹⁰⁵ PRETTO, Cristiano. *Autonomia privada e testamento: liberdade e limite no direito de testar no Código Civil de 2022*. Porto Alegre: Ed. Sergio Antônio Fabris, 2015, p. 43.

¹⁰⁶ PRETTO, Cristiano. *Autonomia privada e testamento: liberdade e limite no direito de testar no Código Civil de 2022*. Porto Alegre: Ed. Sergio Antônio Fabris, 2015, p. 46.

morte”), e seu §1º (“A legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento”).

Assim, o Código Civil de 2002 prevê a liberdade testamentária, resguardada a metade dos bens, que constituem a legítima, pertencente aos herdeiros necessários, previstos no artigo 1.845: “São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge”.

Um dos avanços importantes sobre a matéria testamentária no “novo” Código Civil de 2002, foi a previsão expressa contida no artigo 1.857, §2º: “São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado”. Passou a se reconhecer, em lei, a possibilidade de disposição de cunho extrapatrimoniais, o que poderia ensejar alguma dúvida na vigência do código passado, diante da ausência deste tipo de previsão.

Com isso, o testamento deixa de ter, apenas, um caráter patrimonial, de disposição de bens, para permitir que o testador encerre e persiga outros fins, como a deserdação de um herdeiro necessário (artigo 1.961), nomear testamenteiro (artigo 1.976), nomear tutor (artigo 1.729, parágrafo único), reconhecer um filho não registrado (artigo 1.609), conceder perdão ao filho deserddado (artigo 1.818), entre outros.

A possibilidade de disposições não patrimoniais, segundo a doutrina de Ana Luiza Maia Nevares¹⁰⁷, pode em determinadas situações representar uma “função promocional do testamento”, no sentido de que o testamento deve ser visto e analisado em relação aos interesses e direitos do testador, mas também, dos herdeiros, em verdadeira ressignificação de todo o “entorno” do testamento, como da família, da propriedade, da propriedade e da dignidade da pessoa, com contornos constitucionais.

Referido viés constitucionalista que se busca conceder ao testamento também é verificado na doutrina de Massimo Bianca, pois, como a autonomia testamentária é corolário da autonomia privada, ela deve respeitar os limites reconhecidos por todo o ordenamento jurídico, nele, incluído as interpretações a respeito da “função social da propriedade” e os “direitos fundamentais da pessoa”¹⁰⁸.

Esta também é a opinião de Cristiano Pretto:

As reconstruções das significações jurídicas de pessoas, autonomia, família e propriedade, permitem afirmar que o testamento deixou de ser um

¹⁰⁷ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento: tendências do direito sucessório*. São Paulo: Renovar, 2009.

¹⁰⁸ BIANCA, Massimo. *Direito civile*. 5a ed. Milano: Giuffrè, 2015. t. 2, pt. 2: Le successioni, p. 225.

“instrumento do direito de propriedade” (um instrumento para ser utilizado pelo sujeito-proprietário) para ser a concretização de um direito geral de personalidade, verdadeira liberdade de testar (autonomia).¹⁰⁹

Juan Vallet Goytisolo¹¹⁰, apoiado em Helmut Coing, afirma que para conhecer e entender qualquer ordenamento jurídico em vigor é necessário, antes, conhecer a história. Não há como se interpretar, de forma adequada o Direito sem saber da sua correlação histórica. O trabalho do jurista é, essencialmente, histórico.

A proposição pode parecer óbvia, mas não custa lembrar que tomou muito tempo na história da civilização para se reconhecer direitos. Não se pode esquecer do tempo da escravatura, da figura da *mater* e do *filius familiae* na Roma antiga e dos servos da gleba na Idade Média, reconhecidos como não-cidadãos. Foi somente no capitalismo, com o reconhecimento da força de trabalho como “propriedade” do trabalhador¹¹¹, que as pessoas viram reconhecidas sua capacidade jurídica para firmarem seus contratos de trabalho e regularem seus próprios interesses.

A autonomia privada surge, portanto, como o reconhecimento na esfera jurídica do indivíduo, assim concebido pelo direito e dotado de capacidade, de livremente regular sua propriedade na realização dos mais variados negócios jurídicos, determinando seus efeitos. É esse reconhecimento, ademais, que permite a alguém que seja “considerado socialmente”, conforme afirmação do alemão Karl Larenz¹¹², ao sustentar que não basta a pessoa ter personalidade e propriedade, mas é preciso que ela possa efetivamente regular suas questões pessoais com caráter jurídico obrigatório.

Entretanto, regular “livremente” seus interesses não permite a confusão de conceitos entre a própria autonomia privada com a liberdade total de ação da pessoa. Esse,

¹⁰⁹ PRETTO, Cristiano. *Autonomia privada e testamento: liberdade e limite no direito de testar no Código Civil de 2022*. Porto Alegre: Ed. Sergio Antônio Fabris, 2015, p. 59.

¹¹⁰ GOYTISOLO, Juan Vallet. *Limitaciones de derecho sucesorio a la facultad de disponer*. Madrid: Ed. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1974. v. 58, t. 1: Las legitimas. (Tratado Practico y Critico de Derecho Civil), p. 5.

¹¹¹ A propriedade que cada homem tem no seu próprio trabalho é a fonte original de toda a outra propriedade, e por isso a mais sagrada e inviolável. O patrimônio de um homem pobre consiste na força e destreza das suas mãos; e impedi-lo de aplicar a sua força e destreza da maneira que ele acha mais apropriada, sem lesão do seu vizinho, é uma pura violação desta mais sagrada propriedade. É uma intromissão na justa liberdade quer do trabalhador quer daqueles que poderiam estar dispostos a empregá-lo. Tal como impede um de trabalhar no que ele julga melhor, impede os outros de empregar quem eles melhor entenderem. O juízo sobre se ele é ou não apto para ser empregado pode certamente ser confiado ao arbítrio dos empregadores a cujos interesses isso tão diretamente respeita. A afetada ansiedade do legislador, não vão eles às vezes empregar uma pessoa imprópria, é evidentemente tão impertinente quanto opressiva. SMITH, Adam. *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. Londres: Penguin Uk, 1776, reprint, 1970, p. 225.

¹¹² LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tradução espanhola de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. t. 1, p. 65.

ademais, é um dos problemas da autonomia privada, como lembra o Luigi Ferri¹¹³, ao dizer que não se pode confundir a possibilidade do sujeito regular seus interesses com a liberdade natural e moral do homem, pois a autonomia privada não preenche toda a liberdade humana. Ela é, antes, um instrumento jurídico que permite a concretização, defesa e perseguição de interesses privados permitidos em lei, isto é, liberdade dentro dos limites do lícito.

Assim, pode-se dizer, em conclusão, que a noção a respeito da autonomia testamentária não é atemporal, nem imutável. Ela ganha diversos contornos relacionados aos preceitos de sua época, em especial, em relação à família, à propriedade e à autonomia privada.

¹¹³ FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Traducción y notas de Derecho Español por Luis Sancho Mendizábal; Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969, p. 5.

CAPÍTULO 4 DISPOSIÇÕES TESTAMENTÁRIAS E SEUS LIMITES

As breves reflexões acerca da origem do direito sucessório e do testamento, com destaque para a evolução histórica a respeito da liberdade atribuída à autonomia testamentária, permitem compreender melhor a *ratio* do testamento e a posição consagrada pelo nosso ordenamento jurídico, e, a partir dessa compreensão, analisar se o vigente sistema sucessório se mostra adequado ou carecedor de atualizações diante das novas questões que se apresentam na sociedade atual.

Assim, destacamos a seguir alguns temas que, no nosso entendimento, se mostram como “novas tendências” da autonomia privada no direito sucessório, que, talvez, mereçam a devida reflexão e atualização.

4.1 Legítima

A limitação na liberdade de testar normalmente é atribuída, ou associada, à legítima. Não obstante a existência de outras limitações a respeito do testamento, como o próprio formalismo para a sua elaboração e disposições testamentárias que não violem o ordenamento jurídico como um sistema, a legítima, *per si*, representa o principal freio a respeito da autonomia testamentária.

Nos termos dos artigos 1.846 e 1.857, do Código Civil de 2002, o testador somente poderá dispor da metade de todo seu patrimônio, de forma que a outra metade, obrigatoriamente, pertence aos herdeiros necessários (artigo 1.845, do Código Civil de 2002; “descendentes”, “ascendentes” e “cônjuge”), o que constituiu a “legítima”.

Verifica-se, portanto, que legítima corresponde a uma dupla limitação na liberdade de testar. A primeira, a respeito de seu aspecto quantitativo, corresponde à metade (50%) do patrimônio do testador, e, a segunda, no tocante aos herdeiros necessários, vez que impõe o destino da outra metade da herança a pessoas previamente escolhidas e designadas pela lei.

Arthur Vasco Itabaiana De Oliveira sustenta que a legítima encerra, também, uma limitação qualitativa da herança. Conforme argumenta na sua doutrina, a combinação dos artigos 1.775 e 1.776, do Código Civil de 1916, que correspondem ao artigo 2.017, do Código Civil de 2002 (“No partilhar os bens, observar-se-á, quanto ao seu valor, natureza e qualidade,

a maior igualdade possível”), o testador, ao partilhar em testamento, tem a obrigação dividir os bens não apenas de acordo com o seu valor, mas também, atentando-se à sua qualidade, sem que prejudique um ou beneficie outro herdeiro, de modo que, caso não observe uma divisão igualitária em termos de “qualidade” dos bens, a partilha não será válida ou o herdeiro prejudicado deverá ser compensado¹¹⁴.

Outro aspecto pouco lembrado, consiste no fato de que a proteção da legítima não se revela, apenas, no campo do direito sucessório. Conforme Orlando Gomes, a matéria tem relevância, igualmente, em relação as liberalidades *inter vivos*, isto é, para proteger a legítima em relação a doações diretas, indiretas, simuladas, entre outros, feitas em vida, o que reforça o seu caráter limitador em relação ao testador, e, protetivo em prol da família¹¹⁵.

A origem da legítima e seus motivos justificadores encerram verdadeira controvérsia na doutrina. Há alguns argumentos a favor de sua existência e outros pela sua total supressão, revelam a polêmica existente entre aqueles que defendem uma total e ampla liberdade de testar, sem qualquer limitação ou restrição para dispor de seus bens, e, tantos outros que destacam a sua relevância e importância social, limitando-se, assim, a autonomia testamentária. A diferença entre as posições doutrinárias, se a favor ou contra a limitação da legítima, tem, a princípio, uma correlação direta com a orientação política de quem a sustenta, se de ordem liberal ou social.

Segundo a doutrina de Arthur Vasco Itabaiana de Oliveira, o fundamento da legítima consiste no “vínculo de sangue” que existe entre o testador e os filhos, de forma que a afeição e amor que existe entre eles, faz presumir a sua vontade de dispor dos bens em seu favor, “porque o homem não tem objeto mais amado do que os seus filhos, por ser a sua causa eficiente, nem mais sagrada do que os pais, a quem deve o ser”¹¹⁶.

Para Tito Prates da Fonseca, o interesse e a necessária proteção da família, como fundamento e base da sociedade, é o que justifica a legítima. A história, desde os romanos, provou que a ampla liberdade de testar foi negativa para a sociedade e a família, motivo pelo qual a necessária limitação surge como resposta histórica ao mal uso da livre e irrestrita autonomia testamentária:

¹¹⁴ OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Tratado de direito das sucessões*. 5. ed. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1986, p. 318-319.

¹¹⁵ GOMES, Orlando. *Sucessões*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 78.

¹¹⁶ OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Tratado de direito das sucessões*. 5. ed. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1986, p. 313.

A legítima é instituição tradicional, que responde á necessidade social da persistencia da família. A liberdade absoluta de testar parte do falso presupposto da obediencia certa do homem aos sentimentos naturaes; abstráe dos funestos efeitos das paixões violentas. Por isso mesmo que a propria natureza humana conduz, em condições normaes, á disposição em favor da familia, é que se justifica a necessidade de preserva-la contra possiveis desregramentos. O caracter absoluto da propriedade prova demais contra a legítima. O meio social restringe esse pretendido poder absoluto, quer pela imposição, quer pela desapropriação, regulamentos sanitários, estheticos, etc. A familia, fundamento e synthese da sociedade, vem, tambem, cohibir a liberdade absoluta de disposição da propriedade¹¹⁷.

Na mesma linha de ideias, a doutrina de Paulo de Lacerda¹¹⁸, apoiado em Plainol, sustenta e fundamenta a existência da legítima como um fenômeno decorrente de uma sanção a um dever moral, ao mesmo tempo que atende a um interesse social. Como “dever moral”, afirma que o “laço de sangue” existente entre as pessoas, que descendem uma das outras, cria obrigações sancionadas pela lei, como por exemplo, a obrigação alimentar, que obriga a pessoa a socorrer a outra em vida. O mesmo deve ocorrer na morte. Esse “laço de sangue”, com fundamento no direito natural e que cria deveres na ordem legal, também deve refletir no direito sucessório, o que impõe o dever de socorrer a família no evento morte, vez que, enriquecer pessoas estranhas à família, em detrimento dos filhos e dos ascendentes, corresponderia em violar esse direito natural, que seria um dever moral de ajudar a família após a morte.

Como “interesse social”, afirma o mencionado autor que a família é “*o primeiro elemento da sociedade*”, de forma que um Estado, uma nação, é o resultado da aglomeração das famílias, que deve ter a sua duração e estabilidade preservada e protegida. Assim, a lei que reconhece a legítima “*póde chamar-se non scripta, sed nata lex*” (“não é uma lei escrita, mas lei natural”), e seria, antes, “[...] congenita por assim dizer, com a espécie humana; pois que tem precedido a todas as leis civis e constituições politicas, sendo a natureza quem a gravou no coração de todos os paes.”¹¹⁹.

A importância da família, como base da sociedade e do Estado, também é confirmada na doutrina de Pinto Ferreira, a justificar a necessária existência da legítima:

A família é um grupo social primário, que nasceu com a própria humanidade. Daí a necessidade de protegê-la economicamente, salvaguardando o seu patrimônio e os seus bens, transmitindo tais bens aos

¹¹⁷ FONSECA, Tito Prates da. *Sucessão testamentária*. São Paulo: Saraiva, 1928, p. 23-24.

¹¹⁸ LACERDA, Paulo de. *Manual do Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917. v. 19, p. 304.

¹¹⁹ LACERDA, Paulo de. *Manual do Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917. v. 19, p. 304-305.

herdeiros, pois esta base econômica e material também está principalmente na base de segurança da família. É essa a razão pela qual o direito, desde longa data, protege a segurança econômica e patrimonial da família, transmitindo bens do falecido chefe da família aos seus parentes mais próximos, por intermédio do direito das sucessões e das heranças, garantindo aos herdeiros necessários uma parte intocável e indisponível na herança, que é a legítima¹²⁰.

No entanto, referido “dever natural” de proteger a família, como limitadora da autonomia testamentária, é questionada e impugnada por parte da doutrina, que defende a irrestrita liberdade de testar.

Conforme Juan Vallet de Goytisolo¹²¹, os principais argumentos contrários à legítima se pautam no individualismo e no direito de propriedade, vez que não teria muito sentido um sistema jurídico que, em vida, consagra o direito de propriedade e garante a sua livre possibilidade de dispor, para, na morte, restringi-la. Sustenta-se, também, que os pais devem prover aos filhos todas as condições para serem honrosos, felizes e úteis à sociedade, depois disso, poderão na herança contemplar os filhos, mas porque quiseram, e não, porque são obrigados pela lei. A lei natural ordena aos pais que alimentem seus filhos, mas não os obriga a fazer deles seus herdeiros. Reconhecer direito de herança aos filhos é, meramente, uma questão de direito civil ou político, a depender do contexto cultural da sociedade em que se está inserido. Para os seguidores desse pensamento, a melhor das liberdades é aquela que permite dispor do patrimônio conforme o livre arbítrio, e não aquela que nos obriga a amoldar à vontade do Estado, que não sabe o que é mais conveniente ao testador e para todas as famílias. Permitir a livre disposição da herança é também proteger o patrimônio a ser passado para outra geração. Conservar a terra, a boa administração das sociedades empresárias e extrair de todo o patrimônio herdado a melhor rentabilidade e conservação, o que implica na livre e melhor escolha da pessoa que tenha as competências e qualidades necessárias, também representa uma forma de conservação da família, evitando a sua “extinção”.

Os argumentos favoráveis à ampla liberdade de testar são razoáveis, mas encontram o devido contraponto. A história já demonstrou que a ilimitada autonomia testamentária criou abusos. Ao invés de fortalecer a família, o testador enriquecia estranhos ao abandono dos filhos. A ausência da legítima estimula a inveja, competições e ciúmes entre os irmãos, rompendo com a igualdade entre os filhos. Pode, ainda, incentivar e reavivar o odioso

¹²⁰ FERREIRA, Pinto. *Tratado das heranças e dos testamentos*. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 461.

¹²¹ GOYTISOLO, Juan Vallet. *Limitaciones de derecho sucesorio a la facultad de disponer*. Madrid: Ed. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1974. v. 58, t. 1: Las legítimas. (Tratado Práctico y Crítico de Derecho Civil), p. 24-48.

e falido sistema da primogenitura. Não fosse isso, a legítima fortalece deveres e obrigações com as próximas gerações, pois aquele que recebeu a herança, não o recebe apenas para si, mas também, para a administrar e a repassar a seus descendentes.

A doutrina de Luiz da Cunha Gonçalves, favorável à legítima, e, para quem, o Brasil teria um dos sistemas mais equilibrados a respeito do direito sucessório, é precisa e completa ao afastar os argumentos favoráveis à ampla liberdade de testar. Para o autor, desde a Roma antiga já se tem registros de que a ampla liberdade de testar não funciona, e, se a ampla liberdade de testar “tem vantagens”, igualmente, tem “maiores inconvenientes”, o que mostra a total “desnecessidade das teorias modernas”:

Quando atrás expusemos a evolução histórica das diversas espécies de sucessão, mostrámos que, no primitivo direito romano, o *pater familias* tinha plena e ilimitada liberdade de testar, o que era feito de um princípio consignado na Lei das XII Tábuas: “*Pater familias uti legassit, super familia, pecúnia, tutelave rei suoe, ita jus esto*”; e bem assim que, no decurso dos tempos, como os pais abusassem de tal direito, deixando ao desamparo os filhos, pais e irmãos, em proveito de estranhos, muitas vezes por *turpis causa*, entraram os protetores e o tribunal popular dos centúviro a restringir essa liberdade, *ex officio pietatis*, isto é, para impor ao *pater familias* o dever moral de garantir a subsistência *dos seus*; até que Justiniano definitivamente estabeleceu o direito à legítima, que as legislações modernas conservaram. Esta evolução histórica mostra-nos como são falsas e desnecessárias as teorias modernas, que pretendem justificar o direito à legítima como consequência, ora duma suporta *compropriedade familiar*, que nunca existiu no direito romano, nem existe no direito dos povos modernos, ora com o *motivo político* de tutelar a família como instituição social superior, ora com a necessidade de haver um novo titular de direitos e obrigações do autor da herança, ligado a este pelos laços de próximo parentesco, o que importa atribuir à sucessão legitimária o fundamento da sucessão geral. Estas e outras explicações teóricas só têm servido para se deturpar a exacta natureza da legítima. O velho *officium pietatis* dos Romanos é, ainda hoje, a única razão plausível da manutenção da legítima; e posto que o argumento histórico possa ser ampliado, com a razão filosófica de ser a legítima “a instituição mais própria para manter e estreitar os laços da família”, esta razão não se explica a conservação da legítima nas famílias desavindas, nem se concilia com o princípio da *deserdação*, existente no direito português e espanhol, e nos de países sul-americanos. A legítima não existe nos países anglo-americanos; mas não pode afirmar-se que, nestes países, a família tenha menos coesão do que nos do continente europeu, com exclusão da Rússia soviética. Isto, porém, não basta para justificar a absoluta liberdade de testar, pelo modelo inglês, preconizada por muitos escritores de tendencias socialistas, como STUART MILL, ou paladinos do socialismo marxista, como SCHAFFLE e ADOLF MENGER, os quais, em abono da sua tese, formulam argumentos de assaz contestável procedência, e que outros escritores têm cabalmente refutado. A melhor refutação, ainda, está na circunstancia de que nenhum legislador moderno, nos países onde a legítima é tradicional, se deixou convencer com esses factícios argumentos, como se vê nos Códigos civis da Alemanha, Suíça, Brasil e México. A liberdade de testar, se tem algumas vantagens, tem maiores inconvenientes; presta-se a

abusos e injustiças, estimula os adultérios e a filiação ilegítima; permite que, na disposição de última vontade, predomine excessivamente o rancor, o capricho e até um passageiro e mal fundado arrufo do testador contra um filho. A liberdade de testar a quota disponível e a ampliação desta quota a metade do patrimônio do testador constituem o mais equilibrado dos sistemas sucessórios¹²².

Diversos outros autores concordam e defendem o instituto da legítima. Orosimbo Nonato¹²³ sustenta que o legislador brasileiro, “bem inspirado”, “andou bem” em acolher a legítima, em defesa da família e da sociedade, de forma a afastar pretensões libertárias. Para J. M. Carvalho Santos, a liberdade de testar “[...] não pode ser plena a ponto de, em contrário aos mais elementares princípios jurídicos e morais, armar o testador da faculdade de praticar injustiças contra as pessoas do seu próprio sangue[...]”¹²⁴.

A legítima não é exclusividade brasileira, de modo que diversos outros sistemas jurídicos a adotaram. Enquanto no Brasil metade (50%) de todo o patrimônio é destinado aos herdeiros necessários, e, a outra metade, compõe a livre autonomia privada do autor da herança, destaca-se que na América Latina, cada país, a depender de seu contexto histórico-político, tem um percentual diverso. Verifica-se, por exemplo, que na Bolívia e no Paraguai o percentual destinado à legítima é de 80%, no Chile 75% e no Peru e Argentina é de 66,66%¹²⁵.

Na Europa, a legítima também está presente nos respectivos ordenamentos jurídicos. Na França¹²⁶, o percentual destinado à legítima é de metade (50%) se deixar apenas um filho, dois terços (66%) se deixar dois filhos, e três quartos (75%) se deixar três ou mais filhos (artigo 913). Na Itália, a legítima também sofre variações de acordo com os herdeiros. Se o testador deixar apenas um filho, poderá dispor de metade do patrimônio (50%), caso haja dois ou mais descendentes, reserva-se a eles dois terços (artigo 537). Se deixar apenas ascendentes (sem filhos e cônjuge), reserva-se a eles um terço (33%) (artigo 538). Se deixar

¹²² GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil*. São Paulo Max Limonad, 1955. v. 9, t. 2, p. 906-908.

¹²³ NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária*. Rio de Janeiro: Forense, 1957. v. 2, p. 358.

¹²⁴ SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1986. v. 23, p. 73.

¹²⁵ Para maiores informações a respeito da formação histórica das legítimas e o seu respectivo “valor” (percentual) de limitação, ver o artigo de SCHMIDT, Jan Peter. Forced Heriship and Family Provision in Latin America. In: REID, Kenneth G. C.; WALL, Marius J. de; ZIMMERMANN, Reinhard (ed.). *Comparative Succession Law*. Oxford: Oxford University Press, 2020, v. 3: Mandatory Family Protection. cap. 7, p 175-232.

¹²⁶ No sistema francês quanto mais descendentes o testador tiver, mais reduzida fica a sua liberdade de testar, chegando ao limite de $\frac{1}{4}$ de todo seu patrimônio quando tiver três ou mais filhos. Caso deixe apenas o cônjuge, sua liberdade é limitada a $\frac{3}{4}$, reservando-se $\frac{1}{4}$ para a legítima do cônjuge sobrevivente. Destaca-se que a “recente” reforma do Código Civil francês (ano 2006) retirou os ascendentes da legítima, de forma que, na ausência de descendentes e cônjuge, o testador tem plena e absoluta liberdade para dispor de seu patrimônio (art. 916).

apenas cônjuge, reserva-se metade de todo o patrimônio (artigo 540). Se deixar cônjuge e descendentes, reserva-se a eles dois terços de todo o patrimônio, garantindo-se a liberdade testamentária na quantia de um terço para o testador poder livremente dispor (art. 542).

Na Espanha, a legítima também é variável. No entanto, chama a atenção a existência de outro instituto que inexistente no sistema jurídico brasileiro: a chamada “mejora”. Os herdeiros legítimos são os descendentes, ascendentes e depois o cônjuge. Se o testador deixar descendentes, dois terços (66%) de todo o patrimônio é destinado à legítima, tendo a liberdade de dispor sobre uma terça parte. Ocorre que, a respeito dos dois terços, dentro desse universo de bens, existe a “mejora”, na qual o testador pode dispor de metade na forma que achar mais conveniente, entre aqueles próprios herdeiros. Por exemplo: se o testador tem um patrimônio total de “100”, ele poderá dispor livremente de “33” (uma terça parte), de modo que os outros “66” (dois terços) pertence aos descendentes. Sobre estes dois terços (“66”), o testador poderá dispor de metade (“33”) entre os próprios descendentes, adequando a divisão que achar mais conveniente entre os filhos (artigos 806 e seguintes). Assim, em números arredondados, se o testador tem apenas dois filhos, o sistema espanhol permite que, por testamento, um dos filhos receba cinco sextos da herança (84%; parte disponível de 2/6, legítima de 1/6 e a *mejora* de 2/6), enquanto o outro, apenas, a parte mínima da legítima (16%; legítima de 1/6).

Se o testador não deixar descendentes, mas deixar ascendentes, a legítima desses será de metade do patrimônio, salvo se concorrer com o cônjuge, motivo pelo qual reduz a legítima dos ascendentes para uma terça parte (artigo 809). O instituto da “*mejora*” não se aplica aos ascendentes. Sua previsão se limita aos descendentes (artigos 823 e seguintes).

Tratamento diverso também se verifica em relação ao cônjuge na legislação espanhola, pois o cônjuge não tem direito à propriedade dos bens, mas tão somente, usufruto. Se o testador deixar descendentes em concorrência com cônjuge, este último terá usufruto de uma terça parte sobre os bens. Se o cônjuge concorrer com ascendentes, o usufruto aumenta para metade do patrimônio. Se não concorrer com ninguém, terá usufruto de dois terços de todos os bens (artigos 834 e seguintes)^{127 128}.

¹²⁷ CAPDEVILA, Esteve Bosch. El cálculo de la legítima de los descendientes en los derechos civiles españoles. In: VAQUER ALOY, Antoni; BOSCH CAPDEVILA, María paz Sánches González y Esteve (coord.). *La libertad de testar y sus límites*. Madrid: Ed. Marcial Pons, 2018, p. 147-190.

¹²⁸ COSTA, Ana Giménez; TRAVÉ, Cristina Villo. Libertad de testar y protección del cónyuge viudo o conviviente supérstite. In: VAQUER ALOY, Antoni; BOSCH CAPDEVILA, María paz Sánches González y Esteve (coord.). *La libertad de testar y sus límites*. Madrid: Ed. Marcial Pons, 2018, p. 221-266.

As justificativas e fundamentações para a existência da “legítima” nos sistemas exemplificados^{129/130/131}, são as mesmas existentes na doutrina nacional, no sentido de proteger os familiares mais próximos (laços de sangue), a pretexto da solidariedade familiar.

Contudo, ao invés de se questionar uma possível supressão de legítima, para que a autonomia testamentária seja livre, verifica-se certa tendência no direito estrangeiro de se repensar uma possível “atualização” da legítima. Não é mais o caso de defender a ampla liberdade de testar, mas sim, repensar o significado de legítima nos tempos atuais, sob o fundamento de que inexistem hoje as mesmas razões sociológicas e econômicas que sustentavam a sua razão de existir no passado.

O início dessas reflexões, principalmente na Europa, consiste a respeito da constitucionalidade, ou não, de eventuais normas que poderiam suprir ou alterar as regras da legítima. Na Alemanha, por exemplo, uma decisão do Tribunal Constitucional do ano 2000, confirmou que a legítima não era um direito absoluto. Posteriormente, em 2005, a posição foi revista, e o Tribunal Constitucional alemão reconheceu que a legítima tem um “caráter familiar e imperativo, independentemente das necessidades e circunstâncias”¹³².

Assim, na Alemanha, mesmo após a reforma do direito sucessório ocorrida no ano de 2010, em que a parte disponível corresponde à metade do patrimônio (artigo 2.303), foi reconhecido que a legítima é constitucional, de forma que, toda e qualquer hipotética supressão deste instituto será considerada inconstitucional¹³³.

Na Itália, apesar da legítima não estar prevista na Constituição italiana¹³⁴, os autores assumem verdadeira dúvida se inconstitucional ou não a sua eventual supressão. Já

¹²⁹ Na França: BOULANGER, Jean; RIPERT, Georges. *Tratado de derecho civil: segun el tratado de planiol*. Buenos Aires : Ed. La Ley, 1987. t. 10, v. 2, pt. 2: Sucesiones: transmisión sucesoria – Partición, p. 279-280.

¹³⁰ Na Itália: BIANCA, Massimo. *Direitto civile*. 5a ed. Milano: Giuffrè, 2015. t. 2, pt. 2: Le successioni.

¹³¹ Na Espanha: DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil*. 12 ed. Madrid: Ed. Tecnos, 2017. v. 4, t. 2: Derecho de sucesiones.

¹³² GARCÍA, Teodora F. Torres; RUBIO, María Paz García. *La libertad de testar: el principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2014, p. 137.

¹³³ GARCÍA, Teodora F. Torres; RUBIO, María Paz García. *La libertad de testar: el principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2014, p. 138.

¹³⁴ Há autores, como Massimo Bianca, que sustentam e defendem a previsão constitucional da legítima na constituição italiana, em razão do seu art. 42, ao prever que a lei deve estabelecer as normas e limites para a sucessão legítima e testamentária (BIANCA, Massimo. *Direitto civile*. 5a ed. Milano: Giuffrè, 2015. t. 2, pt. 2: Le successioni).

existiram nos anos de 2006 e 2008 projetos de lei que pretendiam a sua abolição, a pretexto de garantir efetiva soberania ao proprietário da herança¹³⁵.

Em relação à Espanha, o Supremo Tribunal espanhol já reconheceu que a legítima não é matéria de ordem pública, o que criou verdadeira discussão na doutrina espanhola se a supressão da legítima seria ou não inconstitucional. Para Teodora F. Torres García e María Paz García Rubio, apoiadas em Miquel González, a legítima seria um instrumento de proteção da família, esta sim, prevista e protegida na constituição espanhola (artigo 39), de modo que o Estado de Direito, através do poder legislativo, poderia regular estes limites¹³⁶.

Dessa forma, não demorou para que algumas regiões autônomas da Espanha alterassem suas legislações em relação à legítima. É o caso, por exemplo, da Galícia, que reduziu a legítima para uma quarta parte (1/4), do País Basco, que reduziu para uma terça parte (1/3), e de Aragão, que fixou na metade do patrimônio. Em todos eles, os ascendentes não são mais herdeiros legítimos, o que ocorre, de igual forma, mas com limitações, na Catalunha¹³⁷.

Na Espanha, diversas vozes¹³⁸ passaram a sustentar uma necessária revisão da “legítima”. A ideia de família já não é a mesma que inspirou os romanos e as principais codificações, principalmente diante da nova realidade, em que, muitas vezes, são famílias reconstituídas, que podem ser chamadas de família multiparental, mosaico, constelações, entre outros.

Para Ana Diaz Martinez:

Com efeito, nos últimos anos várias questões sucessórias têm sido objeto de profundo debate jurídico à medida que se vão verificando as transformações vividas pela família: a atribuição ou não de direitos sucessórios ex lege às uniões estáveis, o reforço da posição jurídica do viúvo, no chefe do núcleo familiar após a morte do outro cônjuge, a extensão da liberdade de testar contra um sistema jurídico rígido, a configuração da natureza jurídica do legítimo como *pars valoris* em vez de *pars bonorum*, a necessidade ou não flexibilizar a corrente doutrina jurisprudencial sobre as causas de deserdação, com a eventual introdução de outras novas perante realidades como o abandono material e afetivo de alguns pais pelos seus descendentes, a transmissão do negócio familiar, hoje geralmente societário, evitando os

¹³⁵ GARCÍA, Teodora F. Torres; RUBIO, María Paz García. *La libertad de testar: el principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2014, p. 139.

¹³⁶ GARCÍA, Teodora F. Torres; RUBIO, María Paz García. *La libertad de testar: el principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2014, p. 139-141.

¹³⁷ VAQUER ALOY, Antonio. *Libertad de testar y libertad para testar*. Santiago: Ediciones Olejnik, 2018, p. 58.

¹³⁸ VAQUER ALOY, Antoni. Derecho a la legítima e intereses subyacentes. In: _____; SÁNNCHES GONZÁLEZ, María paz; BOSCH CAPDEVILA, Esteve (coord.). *La libertad de testar y sus límites*. Madrid: Marcial Pons, 2018, p. 63-81.

riscos de desintegração após a morte do fundador, a conveniência ou não alterar a ordem sucessória no testamento, colocando o cônjuge viúvo à frente dos ascendentes do falecido, etc.¹³⁹.

Segue o mesmo raciocínio, a doutrina de Ángel Luis Rebolledo Varela:

Nos últimos anos, tem ocorrido um fenômeno que os sociólogos chamam de pós-nuclearização, no qual predominam núcleos familiares truncados ou incompletos, e não apenas no que se refere às famílias monoparentais, mas sobretudo aos domicílios unipessoais. Isso implica individualismo nas relações familiares - com maior independência na tomada de decisões que afetem a esfera pessoal e patrimonial de cada um -, o que ainda pode nos fazer refletir mais sobre o sentido atual de um sistema tão rigoroso quanto legítimo aquele contemplado no Código Civil dentro de um amplo processo de reconhecimento da liberdade de estabelecer vínculos e relacionamentos¹⁴⁰.

O mesmo autor explica os motivos que levaram à atual ruptura a ideia clássica de família:

A hipótese de partida da pesquisa foi que a estrutura familiar sofreu mudanças significativas na Espanha nos últimos anos devido à influência de vários fatores sociológicos, econômicos etc. e que o enquadramento que o direito sucessório que o Código Civil oferece atualmente (em última instância, e sem prejuízo de reformas pontuais, aquele que corresponde a uma estrutura familiar de finais do século XIX), pode por vezes não se adequar ao atual contexto sociológico familiar e modelo jurídico, sendo demasiado rígido em certas instituições para permitir a adaptação às relações familiares modernas e, conseqüentemente, à vontade dos testadores de

¹³⁹ MARTINEZ, Ana Diaz. La ordenación de la sucesión testamentaria tras la ruptura matrimonial del causante. Contenido del testamento y contiendas judiciales. In: REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis. (coord.). *La familia en el derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*. Madrid: Dykinson, 2010, p. 182; Destaca-se o trecho original, do qual se fez uma tradução livre: “De hecho, en los últimos años diversas cuestiones sucesorias están siendo objeto de profundo debate jurídico al constatarse las transformaciones experimentadas por la familia: la atribución o no de derechos sucesorios *ex lege* a las uniones estables de pareja, el reforzamiento de la posición jurídica del viudo, al frente de la unidad familiar tras el fallecimiento del otro cónyuge, la ampliación de la libertad de testar frente a un rígido sistema legitimario, la configuración de la naturaleza jurídica de la legítima como *pars valoris* en lugar de *pars bonorum*, la necesidad o no de flexibilizar la actual doctrina jurisprudencial sobre las causas de desheredación, con la eventual introducción de otras nuevas antes realidades como el abandono material y afectivo de algunos progenitores por sus descendientes, la transmisión de la empresa familiar, hoy conformada generalmente sobre una base societaria, evitando los riesgos de desintegración tras el fallecimiento del fundador, la conveniencia o no de alterar el orden sucesorio en la intestada, anteponiendo al cónyuge viudo a los ascendientes del causante, etc.”.

¹⁴⁰ VARELA, Ángel Luis Rebolledo. La actualización del derecho sucesorio español ante los cambios sociológicos y jurídicos de la familia: conclusiones de una investigación. In: REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis. (coord.). *La familia en el derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*. Madrid: Dykinson, 2010, p. 28; Destaca-se o trecho original, do qual se fez uma tradução livre: “En los últimos años se está produciendo un fenómeno que los sociólogos denominan postnuclearización, en la que predominan los núcleos familiares truncados o incompleto, y no sólo con referencia a las familias monoparentales, sino sobre todo a los hogares unipersonales. Ello implica un individualismo en las relaciones familiares – con una mayor independencia en la toma de decisiones que afectan a la esfera personal y patrimonial de cada uno -, lo que todavía puede hacer reflexionar más sobre el sentido actual de un sistema tan riguroso de legítimas como el recogido en el Código Civil dentro de un proceso amplio reconocimiento de libertad para establecer vínculos y relaciones”.

estruturar a sucessão nas relações jurídicas post mortem de forma adequada a eles no seio familiar imediato (filhos, cônjuge, companheiro e pais)¹⁴¹.

Na mesma linha de raciocínio, e com ênfase nos acontecimentos que sucederam na Espanha, destacamos a doutrina de Teresa Facal Fondo e Maria Del Pilar Torrén Calle, que elenca uma série de fatores para justificar a mudança na família:

Os processos e fatores sociais ocorridos na Espanha no último século XX, e especialmente nas três últimas décadas, como a industrialização, a urbanização, a diminuição da natalidade, a mobilidade social e a elevação do nível de vida, o trabalho das mulheres e seu novo *status* e papel social afetaram diretamente a estrutura e as funções do grupo familiar”¹⁴².

Apesar dos estudos citados demonstrarem a mudança que ocorreu na família espanhola, verifica-se que não há muita diferença em comparação com o Brasil, que sofre os efeitos dos mesmos acontecimentos apontados. A família brasileira também mudou. Muitos relacionamentos são desfeitos e reconstituídos, às vezes, mais de uma vez, formando novos núcleos familiares. No entanto, apesar dessa mudança na família, o direito sucessório não se atualizou para dar o devido tratamento a esta nova realidade.

Não se identifica mais o cônjuge (ou companheiro) para toda a vida, como ocorria antigamente, cenário no qual nosso direito sucessório foi idealizado. Esta mudança de realidade social a respeito das famílias, como afirma Pasquale Laghi, faz com que o direito sucessório perdesse a sua *ratio*¹⁴³.

¹⁴¹ REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis. La actualización del derecho sucesorio español ante los cambios sociológicos y jurídicos de la familia: conclusiones de una investigación. In: REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis. (coord.). *La familia en el derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*. Madrid: Dykinson, 2010, p. 26. Destaca-se o trecho original, do qual se fez uma tradução livre: “*La hipótesis de partida de la investigación ha sido que la estructura familiar ha experimentado cambios de entidad en España en los últimos años por influjo de diversos factores sociológicos, económicos, etc. y que el marco que el derecho sucesorio que el Código Civil ofrece en la actualidad (en último término, y sin perjuicio de reformas puntuales, el correspondiente a una estructura familiar de finales del siglo XIX), puede ser que en ocasiones no se adecúe al modelo sociológico y jurídico familiar actual, siendo demasiado rígido en ciertas instituciones para permitir la adaptación a las modernas relaciones familiares y, en consecuencia, a los deseos de los testadores de estructurar la sucesión en las relaciones jurídicas post mortem de modo adecuado a ellas dentro del entorno familiar más inmediato (hijos, cónyuge, pareja y padres)*”.

¹⁴² CALLE, Maria del Pilar Torrén; FONDO, Teresa Facal. Cambios sociológicos en la familia con repercusión en el derecho de sucesiones. In: REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis. (coord.). *La familia en el derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*. Madrid: Dykinson, 2010, p. 45; Destaca-se o trecho original, do qual se fez uma tradução livre: “*Los procesos y factores sociales que se han producido en España en el pasado siglo XX, y sobre todo en sus tres últimas décadas, como la industrialización, la urbanización, la disminución de la natalidad, la movilidad social y la elevación del nivel de vida, el trabajo de la mujer y sus nuevos status y rol social, han incidido directamente en la estructura y funciones del grupo familiar*”.

¹⁴³ LAGHI, Pasquale. Famiglie “ricomposte” e successione necessaria: problematiche attuale, soluzioni negoziali e prospettive di iure condendo. *Rivista Contratto e Impresa*, n. 4, 2017. p. 1.344-1.345.

A concepção, do passado, no sentido de que o cônjuge participou e contribuiu ao longo de toda uma vida ao lado do marido, deixou de ser unânime. As uniões ainda existem e se nota na sociedade o desejo do matrimônio, mas estas relações, eventualmente, acabam desfeitas, com maior facilidade do que outrora e reconstruídas, às vezes mais de uma vez, com a criação de novos núcleos familiares, que podem incluir descendentes das uniões desfeitas.

O direito sucessório, naquilo que se modernizou, sempre buscou garantir uma maior proteção da mulher, que em diversas situações era prejudicada e desfavorecida como consequência do antigo modelo patriarcal. Somente com o Código Civil de 2002, que o cônjuge passou a concorrer com os demais herdeiros necessários (artigo 1.829, do Código Civil de 2002), visto que no sistema anterior, só era chamada a suceder na ausência de descendentes e descendentes (artigo 1.611, do Código Civil de 1916).

Entretanto, apesar da alteração promovida no direito sucessório vir a corrigir um tratamento injusto do passado, pois o cônjuge encerrava uma verdadeira “união de vidas”, verifica-se que a alteração veio a destempo, vez que o cônjuge, hoje, deixou de ser àquele de uma “vida inteira”, já que as relações atuais demonstram um vínculo, talvez enfraquecido, diverso daquele do passado¹⁴⁴.

Esta nova realidade das famílias, em especial, do cônjuge, que pode ter um vínculo de “um dia” ou de “uma vida”, revela certa desproporção com o sistema sucessório atual, que lhe garante o privilégio de concorrer com todos os herdeiros necessários, inclusive, com os descendentes, com quem existe um “laço de sangue” com o autor da herança. Soa, no mínimo despropositado, garantir e atribuir direitos sucessórios a quem foi casado, por exemplo, por um ou dois anos, em detrimento do descendente, com quem terá com o autor da herança, para toda a vida, um vínculo sanguíneo.

Cumprir destacar a justificação de Clóvis Beviláqua, em relação ao Código Civil de 1916, a respeito da inclusão do cônjuge na legítima, que bem demonstra as características de uma família que não impera mais atualmente:

A ordem de vocação hereditária estabelecida pelo Código Civil brasileiro, distingue-se pela simplicidade, e corresponde, com a possível exactidão, ao conceito da família na sociedade, para a qual se organizou: descendentes, ascendentes, conjuge, collateraes. A família é um organismo social, que se forma com o casamento, e desenvolve com a procriação da prole. Os

¹⁴⁴ LAGHI, Pasquale. Famiglie “ricomposte” e successione necessaria: problematiche attuale, soluzioni negoziali e prospettive de iure condendo. *Rivista Contratto e Impresa*, n. 4, 2017. p. 1.345.

cônjuges constituem os elementos primordiais da família, e a comunhão de vida e de interesses, em que devem viver, exige que, dissolvida a sociedade conjugal, por morte de um delles, não se considere o sobrevivente um estranho, pois nelle se concentram, ainda, affectos e tradições, que apertam os laços da família. Em rigor, o cônjuge supérstite deveria fazer parte das duas primeiras classes de successíveis, salvo se pelo regimen do casamento lhe coubesse levantar a metade do patrimonio da família, porque, então, já estaria, economicamente, amparado. Mas, por amor á simplicidade, preferiu-se dar-lhe o terceiro logar, na ordem da successão legitima, depois dos descendentes, herdeiros privilegiados em virtude do imperioso dever, que a todos se impõe, de cuidar da prole, e de facilitar-lhes os meios de vida, e depois dos ascendentes, em relação aos quaes há, tambem, razões poderosas, fundadas no affecto, na veneração e no reconhecimento, que reclamam a sua collocação na ordem dos successíveis, logo em seguida aos descendentes. Na linha collateral, o direito á herança extingue-se no sexto grau, porque, além delle, desaparecem o sentimento de unidade da família e o vinculo da sympathia, que existe entre quatro gerações successivas. Depois delle, o afastamento dos parentes já é muito grande, e o sentimento de família assás enfraquecido. Em substituição desse sentimento, há o de patria, o de solidariedade nacional, que se reflecte no direito hereditário com a successão do Estado.¹⁴⁵

Assim, conforme doutrina de Pasquale Laghi¹⁴⁶, não se pode conferir o mesmo tratamento jurídico, com todos os seus efeitos, para o cônjuge “de um dia” e aquele “de uma vida”, justamente porque, como destacamos na passagem de Clóvis Beviláqua acima, o cônjuge “de um dia” será considerado um “estranho” para a família que ficou, sem carregar ou partilhar o devido afeto, tradições e laços familiares. É imperioso destacar, que não se está a falar, apenas, de participação na herança, pois o cônjuge “de um dia” terá direito de habitação, por exemplo, que pode durar para sempre (artigo 1.831, do Código Civil).

A situação exemplificada acima bem demonstra a incongruência do sistema sucessório com a realidade da “nova” família. O direito real de habitação, a depender das circunstâncias, pode anular, por completo, qualquer expectativa sucessória dos próprios filhos, que podem não guardar nenhum “laço de sangue” com o cônjuge viúvo, que apareceu naquela família pouco antes da morte.

A nova realidade das famílias exige a devida atualização do direito sucessório, em especial, das legítimas. Não há nenhuma justificativa para que o cônjuge de curta relação, concorra em condição de igualdade com os demais descendentes, que sempre terão um vínculo de sangue com o autor da herança.

¹⁴⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1958. v. 4, p. 794-795.

¹⁴⁶ LAGHI, Pasquale. Famiglie “ricomposte” e successione necessaria: problematiche attuale, soluzioni negoziali e prospettive de iure condendo. *Rivista Contratto e Impresa*, n. 4, 2017, p. 1.371.

Vale destacar, de acordo com a doutrina de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, que no período romano existiu a seguinte expressão: “*amor primum descendit deinde ascendit*”, que significa, na sucessão, primeiro os descendentes, depois, os ascendentes, pois é o herdeiro (descendente; vínculo de sangue) que deveria ser digno e dar continuidade ao “chefe da família”.

Verifica-se que o ordenamento jurídico prestigia e beneficia o *status* de cônjuge, e pouco importa a qualidade e a duração desta união. Se o autor da herança construiu todo seu patrimônio ao longo de uma vida, ao lado do primeiro cônjuge, para, depois, divorciar-se e se casar novamente com outra pessoa, com quem viveu os seus últimos momentos, esse cônjuge viúvo concorrerá em condições de igualdade com os descendentes, simplesmente pelo fato de que, no momento da morte, estava casado, não importando para o Direito por quanto tempo. Esta breve união terá os mesmos efeitos jurídicos, para os fins sucessórios, com os filhos, com quem o autor da herança tem um relacionamento forte, de sangue, duradouro.

Evidentemente, também existem situações em que o autor da herança, apesar do “laço de sangue” com os filhos, pode não ter nenhuma relação ou afinidade com os descendentes, o que também deve ser, eventualmente, repensado, não obstante outras consequências jurídicas já existentes, como a possibilidade de deserdação e indenização por abandono afetivo.

O que se verifica é a atemporalidade das alterações promovidas pelo Código Civil. Atualmente, as reformas realizadas já não atendem mais os interesses e as exigências dos novos tempos. O que parecia moderno e justo – incluir o cônjuge em concorrência com os descendentes e ascendentes – na verdade, se mostra injusto se não forem feitas adaptações.

É evidente que as alterações promovidas pelo Código Civil de 2002 foram boas e devem ser “festejadas”, no entanto, a rapidez com que a família mudou, transformaram o vigente direito sucessório em instrumento obsoleto.

Basta verificar o tratamento dado ao cônjuge que irá concorrer com descendentes, muitas vezes, de outras uniões. Não nos parece justo, ao descendente, concorrer na integralidade da herança com o último cônjuge do autor da herança, vínculo que muitas vezes se mostrou breve.

Constata-se, efetivamente, um injustificado favorecimento ao cônjuge em detrimento dos filhos, que irão concorrer em igualdade de condições independentemente do

tempo desta união, que representará a mesma força de um descendente, de sangue, para toda a vida.

Outra situação que se mostra igualmente desarrazoada, consiste na eventual concorrência dos descendentes com o companheiro (ou companheira), com quem o autor da herança convivia em união estável.

Não fosse a confusão de conceitos e interpretações a respeito de sua configuração, pois a mera existência de “escritura de declaração união estável” não serve ao propósito, exclusivo, da comprovação de sua existência, como tem ocorrido na jurisprudência brasileira, vez que a união estável é um “ato-fato jurídico”, que depende¹⁴⁷ da presença de todas as circunstâncias fáticas prevista no artigo 1.723, do Código Civil (“convivência pública”, “contínua”, “duradoura” e com o “objetivo de constituir família”), existe, ainda, fundada dúvida se o companheiro pode ser considerado herdeiro necessário, e, assim, protegido pela legítima.

Os herdeiros necessários são aqueles previstos no artigo 1.845, do Código Civil de 2002, que são: “*descendentes, os ascendentes e o cônjuge*”. Nota-se, desde logo, a ausência do “companheiro” na previsão legal, de modo que, atribuir ao companheiro a qualidade que a lei não lhe confere, ou a igualdade que não lhe foi estabelecida no Código Civil, representa reescrever todo o livro de Direito de Família do Código Civil, o que não se pode fazer sem a reforma da lei. A título exemplificativo dos dispositivos não aplicáveis ao companheiro, mas somente ao cônjuge, se pode anotar os seguintes: não se exige a *outorga uxória, marital ou conjugal* para *companheiro*, mas, apenas, para o *cônjuge*; não corre prescrição somente entre cônjuges (artigo 197, I, CC); é anulável a venda de ascendente a descendente, se o “cônjuge” houver consentido (artigos 496 e 533, II, CC); a doação de ascendente a descendente, ou de um cônjuge a outro, importa adiantamento do que lhe cabe por herança (artigo 544, CC); a revogação da doação só ocorre, por ingratidão, em relação ao cônjuge (artigo 558, CC). Acrescenta-se outras disposições: (artigo 790, par. único, 792, entre outros do CC).

Companheiro não se confunde, nem se equipara, ao cônjuge. A confusão que se tem hoje na doutrina e na jurisprudência, ocorre muito em razão do tema de repercussão geral n. 498, fixado pelo Supremo Tribunal Federal, que estabeleceu a tese no sentido de que é inconstitucional a distinção entre os regimes sucessórios entre cônjuge e companheiro,

¹⁴⁷ A escritura pública, isolada, não é prova da união estável. O documento não constitui a relação jurídica atributiva de direitos, como ocorre no casamento, porque a união estável é relação de fato, que depende dos elementos previstos no art. 1.723 do CC. Assim já reconheceu o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Resp n. 1.845.416MS, da Terceira Turma, relatado pela Ministra Nancy Andrighi, Dj 17/08/2021.

devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do Código Civil de 2002, que estabelece a concorrência do cônjuge/companheiro com os descendentes e ascendentes a depender do regime de casamento (ou da união estável).

Estabelecer o mesmo regime sucessório, nos termos do art. 1.829 do Código Civil de 2002 (reconhecendo a inconstitucionalidade do art. 1.790, do Código Civil de 2002), não implica em dizer que o *companheiro* foi alçado ao *status* de *cônjuge*, ou ainda, que seria *herdeiro necessário*. Ambos devem seguir a mesma regra prevista no art. 1.829, que trata da sucessão legítima (não testamentária) e define as hipóteses de concorrência e divisão da herança, inclusive, em relação aos colaterais.

Portanto, não se admite confusão entre as diferentes *categorias*. Cumpre destacar que, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 646.721, perante o Supremo Tribunal Federal, que fixou o mencionado tema n. 498, a Associação de Direito de Família e das Sucessões – ADFAS, admitida naquele julgamento como *amicus curiae*, opôs embargos de declaração para que fosse esclarecido se, diante do tema fixado, “o *companheiro* teria passado à condição de *herdeiro necessário* a partir da data de publicação do acórdão”. No entanto, o recurso foi rejeitado, sem qualquer manifestação a este respeito.

Apesar de existir uma dúvida se o “*companheiro*” é, ou não, *herdeiro necessário*, pois não há nenhuma manifestação neste sentido, entendemos que, atualmente, a interpretação deve ser negativa. Enquanto a lei não for alterada ou existir qualquer manifestação das Cortes Superiores a este respeito, o “*companheiro*” não deve ser reconhecido como “*herdeiro necessário*”.

O Supremo Tribunal Federal não declarou a inconstitucionalidade do art. 1.845 do Código Civil, assim como também, ao julgar os referidos embargos de declaração, não declarou que o *companheiro* seria *herdeiro necessário*, de forma que, de acordo com o Código Civil vigente, *herdeiro necessário* é o cônjuge e, não, o *companheiro*. Outra interpretação, deve-se dizer, impõe frontal e grave violação da Lei Federal.

Para afastar de vez qualquer dúvida e confusão entre “*companheiro x cônjuge x herdeiro necessário*”, destaca-se excerto do voto relatado por Edson Fachin, no referido julgamento do Recurso Extraordinário n. 646.721, que resultou no tema de repercussão geral n. 498, ao fixar 10 (dez) premissas antes de adentrar na questão constitucional, com relevância para a oitava premissa, ao reconhecer, expressamente, que o *companheiro* não é *herdeiro necessário*:

[...] Se a informalidade da constituição da relação, a qual, repise-se, exige comunhão de vida para ser família, pudesse justificar direitos diferentes ou em menor extensão, também restaria afastada a incidência de regime de comunhão de bens, quanto aos efeitos inter vivos. Na sucessão, a liberdade patrimonial dos conviventes já é assegurada com o não reconhecimento do companheiro como herdeiro necessário, podendo-se afastar os efeitos sucessórios por testamento. Prestigiar a maior liberdade na conjugalidade informal não é atribuir, a priori, menos direitos ou direitos diferentes do casamento, mas, sim, oferecer a possibilidade de, voluntariamente, excluir os efeitos sucessórios.

Ademais, o Enunciado n. 641, da VIII Jornadas de Direito Civil, sob a coordenação de Raul Araújo e Paulo de Tarso Sanseverino, reconhece que, apesar do *companheiro* e *cônjuge* seguirem a mesma regra sucessória estipulada no art. 1.829, do Código Civil de 2002, isso não significa dizer que ambos os institutos são iguais e equiparados:

ENUNCIADO 641 – Art. 1.790: A decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil não importa equiparação absoluta entre casamento e a união estável. Estendem-se à união estável apenas as regras aplicáveis ao casamento que tenham por fundamento a solidariedade familiar. Por outro lado, é constitucional a distinção entre os regimes, quando baseada na solenidade do ato jurídico que funda o casamento, ausente na união estável¹⁴⁸.

Desta forma, independentemente de eventual dúvida a respeito do “companheiro” ser “herdeiro necessário”, diversos são os casos em que, um namoro qualificado de apenas um ano de duração é reconhecido como “união estável”, não porque satisfaz todos os requisitos do art. 1.723 do Código Civil, mas por existir, apenas, uma simples “escritura pública de união estável” feita em Cartório, de forma que, na eventualidade da morte de um deles, o outro pode ser interpretado como herdeiro necessário, concorrendo na herança com eventuais descendentes sobre todo o patrimônio deixado.

Não nos parece razoável reconhecer direito sucessório a este companheiro no exemplo citado acima, em prejuízo da descendência do autor da herança, que dividirá a herança com quem, às vezes, teve contato poucas vezes em vida e não nutre qualquer sentimento ou vínculo com a pessoa.

Diante destas situações, muitas vezes injusta, que a lei brasileira deveria permitir às pessoas uma maior liberdade a respeito do direito sucessório, isto é, dar a faculdade de

¹⁴⁸ ENUNCIADO n. 641. In: JORNADAS DE DIREITO CIVIL: enunciados aprovados, 8., 2018, Brasília, DF. Enunciados aprovados [...]. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2018. p. 13. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej>. Acesso em 30 dez. 2022, às 12:51.

escolher se o cônjuge será herdeiro. Deve ser reconhecido e permitido às pessoas declararem, desde logo, se desejam atribuir ao casamento, ou à união estável, efeitos sucessórios.

Para a doutrina italiana, conforme defende Maria Carmela Venuti¹⁴⁹, é necessário que se permita um maior alargamento da liberdade de autorregulação no direito sucessório, em especial a respeito das relações afetivas e seus efeitos *post mortem*, sem se descuidar dos membros familiares com maior dependência e necessidades, de forma a compatibilizar interesses.

Neste sentido, já ocorre em Portugal. A “recente” e aprovada lei nº 48/2018 (Projeto de Lei n. 781/XIII/3^a¹⁵⁰), que alterou alguns artigos do Código Civil português, permite aos cônjuges renunciarem, reciprocamente, a condição de herdeiros legítimos um do outro.

Um grupo de deputados do PS (Partido Socialista) apresentou à Assembleia da República o mencionado projeto de lei, em 20 de fevereiro de 2018, para alterar “[...] o Código Civil, reconhecendo a possibilidade de renúncia recíproca à condição de herdeiro legal na convenção antenupcial”. Segundo a exposição de motivos, o regime de sucessão legítima português representa “[...] um problema prático para quem pretende casar-se e já tem filhos, designadamente de uma relação anterior”, pois “[...] não é possível contrair um casamento sem que o cônjuge adquira o estatuto de herdeiro legitimário e, portanto, sem prejudicar os interesses patrimoniais desses filhos”¹⁵¹.

Ainda se extrai da exposição de motivos, que a ideia é criar um regime facultativo, “[...] aplicável àqueles que por mútuo acordo por ele optem, que permite que as pessoas possam contrair matrimônio sem qualquer efeito sucessório[...]”, pois o atual regime foi criado quando “casamentos não podiam ser dissolvidos” e subsistiu “quando o divórcio era raro”, o que não é mais adequado para a atual sociedade, diante do “aumento da

¹⁴⁹ VENUTI, Maria Carmela. I diritti successori della persona unita civilmente e del convivente di fatto: un confronto con il sistema tedesco. *Europa e Diritto Privato*, n. 4, p. 1241-1263, 2017, p.1262-1263.

¹⁵⁰ Todo o trâmite da referida legislação, assim como a sua exposição de motivos e pareceres emitidos, podem ser acessados no site do Parlamento português: <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=42210>. Acesso em: 27 dez. 2022, às 19h45.

¹⁵¹ Todo o trâmite da referida legislação, assim como a sua exposição de motivos e pareceres emitidos, podem ser acessados no site do Parlamento português: <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=42210>. Acesso em: 27 dez. 2022, às 19h45.

esperança de vida” que reflete na “*frequente*” relações familiares que integram filhos de relações anteriores¹⁵².

A respeito do projeto de lei, o Conselho Superior da Magistratura portuguesa, emitiu parecer no sentido de que “[...] trata-se de opção política, da competência exclusiva do poder legislativo”, de forma que opinou pelo reconhecimento de sua legalidade. O Ministério Público português, através da Procuradoria-Geral da República, também opinou pela sua legalidade e aprovação, ao reconhecer que “o atual regime legal parece efetivamente desfasado da realidade social relacionada com o significativo número de divórcios e, do mesmo modo, da existência de filhos *provenientes de anteriores relacionamentos*”¹⁵³.

Com a sua aprovação, foi alterado no Código Civil português o art. 1.700, com a inclusão da “alínea c”¹⁵⁴, que prevê a possibilidade de renúncia recíproca entre os cônjuges à condição de herdeiro legítimo um do outro; o art. 2.168¹⁵⁵, que estipula não ser inoficiosa a liberalidade praticada em favor da renúncia; e o aditamento do art. 1.707-A¹⁵⁶, que regula o direito real de habitação e outras consequências jurídicas a respeito da renúncia praticada.

¹⁵² Todo o trâmite da referida legislação, assim como a sua exposição de motivos e pareceres emitidos, podem ser acessados no site do Parlamento português: <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailheIniciativa.aspx?BID=42210>. Acesso em: 27 dez. 2022, às 19h45.

¹⁵³ Todo o trâmite da referida legislação, assim como a sua exposição de motivos e pareceres emitidos, podem ser acessados no site do Parlamento português: <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailheIniciativa.aspx?BID=42210>. Acesso em: 27 dez. 2022, às 19h45.

¹⁵⁴ *Artigo 1700.º* (Disposições por morte consideradas lícitas) - 1. A convenção antenupcial pode conter: a) A instituição de herdeiro ou a nomeação de legatário em favor de qualquer dos esposados, feita pelo outro esposado ou por terceiro nos termos prescritos nos lugares respectivos; b) A instituição de herdeiro ou a nomeação de legatário em favor de terceiro, feita por qualquer dos esposados. c) A renúncia recíproca à condição de herdeiro legítimo do outro cônjuge. 2. São também admitidas na convenção antenupcial cláusulas de reversão ou fideicomissárias relativas às liberalidades aí efectuadas, sem prejuízo das limitações a que genéricamente estão sujeitas essas cláusulas. 3 - A estipulação referida na alínea c) do n.º 1 apenas é admitida caso o regime de bens, convencional ou imperativo, seja o da separação.”

¹⁵⁵ *Artigo 2168.º* (Liberalidades inoficiosas). 1 - Dizem-se inoficiosas as liberalidades, entre vivos ou por morte, que ofendam a legítima dos herdeiros legítimos. 2 - Não são inoficiosas as liberalidades a favor do cônjuge sobrevivente que tenha renunciado à herança nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 1700.º, até à parte da herança correspondente à legítima do cônjuge caso a renúncia não existisse.”

¹⁵⁶ *Artigo 1707.º-A*. (Regime da renúncia à condição de herdeiro). 1 - A renúncia pode ser condicionada à sobrevivência ou não de sucessíveis de qualquer classe, bem como de outras pessoas, nos termos do artigo 1713.º, não sendo necessário que a condição seja recíproca. 2 - A renúncia apenas afeta a posição sucessória do cônjuge, não prejudicando designadamente o direito a alimentos do cônjuge sobrevivente, previsto no artigo 2018.º, nem as prestações sociais por morte. 3 - Sendo a casa de morada de família propriedade do falecido, o cônjuge sobrevivente pode nela permanecer, pelo prazo de cinco anos, como titular de um direito real de habitação e de um direito de uso do recheio. 4 - Excepcionalmente, e por motivos de equidade, o tribunal pode prorrogar o prazo previsto no número anterior considerando, designadamente, a especial carência em que o membro sobrevivente se encontra, por qualquer causa. 5 - Os direitos previstos no n.º 3 caducam se o interessado não habitar a casa por mais de um ano, salvo se a razão dessa ausência lhe não for imputável. 6 - Os direitos previstos no n.º 3 não são conferidos ao cônjuge sobrevivente se este tiver casa própria no concelho da casa de morada da família, ou neste ou nos concelhos limítrofes se esta se situar nos concelhos de Lisboa

Assim, o texto aprovado permite a renúncia, recíproca, à condição de herdeiro legítimo entre os cônjuges (art. 1.700, alínea “c”), mediante pacto antenupcial (art. 1.700 cumulado com art. 2168), desde que o regime do casamento seja o da separação legal ou convencional de bens (art. 1.700, item “3”).

Para isso, se reconheceu, por texto expresso na lei, que este tipo de convenção no pacto antenupcial não é considerado “inoficioso” (art. 2168), assegurando, ainda, regras específicas em relação ao direito de habitação (art. 1707-A), como por exemplo, o direito do cônjuge viúvo permanecer na casa da família, pelo prazo de cinco anos, período que pode ser prorrogado pelo tribunal, a depender das situações em que o cônjuge sobreviva, e, desde que o cônjuge viúvo não tenha nenhuma outra propriedade (no domicílio da família, ou em cidades vizinhas, caso a morada da família seja em Lisboa ou Porto).

Ainda sobre o direito real de habitação para este “tipo” de cônjuge, esgotado o prazo de cinco anos, ele poderá permanecer no imóvel, mas na qualidade de “arrendatário”, nas condições gerais do mercado, e, pelo tempo que habitar no imóvel, seja ele qualquer for, terá sempre o direito de preferência em eventual alienação. Entretanto, caso o cônjuge viúvo tenha 65 anos completos na abertura da sucessão, o direito real de habitação será vitalício.

Em linhas gerais, a nova lei introduziu regras que permitem aos nubentes que optaram pelo regime da separação de bens, a possibilidade de separarem a sua vida patrimonial, não apenas em vida (não comunicação do patrimônio), mas também na morte, com a renúncia recíproca à condição de herdeiro legítimo um do outro.

Se após a abertura da sucessão é possível ao herdeiro renunciar a herança, agora, se permite a antecipação desse ato, nos termos condicionantes da lei, regime da separação e por pacto antenupcial, este último, que também precisou ser alterado na legislação, para que não se reconheça a “inoficiosidade” deste tipo de disposição.

Ademais, destaca-se que mesmo diante da renúncia à qualidade de herdeiro legítimo, a legislação portuguesa resguardou o direito real de habitação, e, também, os

ou do Porto. 7 - Esgotado o prazo em que beneficiou do direito de habitação, o cônjuge sobrevivente tem o direito de permanecer no imóvel na qualidade de arrendatário, nas condições gerais do mercado, e tem direito a permanecer no local até à celebração do respetivo contrato, salvo se os proprietários satisfizerem os requisitos legalmente estabelecidos para a denúncia do contrato de arrendamento para habitação, pelos senhorios, com as devidas adaptações. 8 - No caso previsto no número anterior, na falta de acordo sobre as condições do contrato, o tribunal pode fixá-las, ouvidos os interessados. 9 - O cônjuge sobrevivente tem direito de preferência em caso de alienação do imóvel, durante o tempo em que o habitar a qualquer título. 10 - Caso o cônjuge sobrevivente tenha completado 65 anos de idade à data da abertura da sucessão, o direito de habitação previsto no n.º 3 é vitalício.”.

alimentos, visto que, nos termos do art. 1.707-A, item 2, “a renúncia apenas afeta a posição sucessório do cônjuge, não prejudicando designadamente o direito a alimentos”.

A respeito da alteração promovida, a doutrina portuguesa encerra opiniões contrárias e favoráveis. Conforme a doutrina de Guilherme de Oliveira, os favoráveis a alteração sustentam que, a possibilidade da renúncia à condição de herdeiro legítimo está de acordo com a tendência contemporânea da privatização do direito da família e das sucessões, que permite maior liberdade e amplitude as mais diferentes “formas” de família na atualidade, que querem “conformar a vida ao sabor de suas preferencias e idiossincrasias”. Esta renúncia, também atende à tendência de despatrimonialização do casamento em relação a da vida familiar, separando amor de patrimônio, intimidade do casamento e interesses patrimoniais, de forma que é totalmente aceitável que dois adultos, capazes, separem seus respectivos patrimônios em vida (regime da separação) e também na morte (renúncia à qualidade de sucessor legítimo). Ademais, a realidade a respeito da menor duração dos casamentos, com o divórcio facilitado, tem provocado certa erosão na estabilidade familiar, de forma que há certa desconfiança da viabilidade duradoura dos casamentos, e, a renúncia recíproca, poderia, eventualmente, ajudar no fortalecimento do casamento¹⁵⁷.

Em desfavor da alteração promovida, sustenta-se que os motivos alegados na exposição de motivos, como a preocupação com os filhos no caso de novos matrimônios, carecem de fundamentação empírica, pois não haveria nenhuma comprovação a esse respeito no projeto de lei, o que exige um estudo mais aprofundado, assim como a legislação não condicionou à “renúncia” para quem tem filhos, de modo que qualquer nubente pode convencená-la. A alteração promovida também não apresentou nenhum estudo a respeito dos efeitos práticos e o impacto que a “renúncia patrimonial” agora permitida provocará em relação aos “vulneráveis” e “mais fracos”, que, na maioria das vezes, seriam as mulheres, vez que a “feminização da pobreza” é um problema a ser combatido. Impedir que o cônjuge se torne herdeiro, representa velho e antigo interesse em concentrar a riqueza na linhagem familiar consanguínea, contribuindo para a concentração de fortunas e desigualdades sociais. Por fim, é sustentado que a alteração aprovada representa verdadeiro retrocesso e desprestígio

¹⁵⁷ OLIVEIRA, Guilherme de. Notas sobre o Projeto de Lei nº 781/XIII (Renúncia recíproca à condição de herdeiro legal). In: _____. Estudos de direito de família: 4 movimentos em direito da família. Coimbra: Almedina, 2020, p. 79-90.

ao “cônjuge”, que poderá deixar de ser sucessor, em razão da autonomia da vontade, num campo jurídico que sempre foi garantido pela sua natureza de ordem pública e indisponível¹⁵⁸.

Independentemente das respeitáveis posições, favoráveis e contrárias à reforma promovida no Código Civil português, fato é que os sistemas jurídicos de outros países estão na busca de alternativas para acomodar os novos acontecimentos sociais em relação ao cônjuge, a fragilidade dos casamentos e a sucessão. O exemplo português não deixa de ser um caminho a ser refletido.

Não obstante o exemplo português mencionado acima, cita-se também o interessante sistema adotado nos EUA. Conforme doutrina de Robert H. Sitkoff e Jesse Dukeminier, os casamentos podem ter apenas dois regimes, o “*separate property estate*” (equivalente ao regime de separação total de bens), e o “*community property state*” (equivalente ao regime de comunhão universal de bens). Este último, no caso de morte do autor da herança, o cônjuge sobrevivente receberá metade de todo o patrimônio, a título de “meação”, de forma que não tem qualquer direito a herança. Entretanto, no caso do primeiro regime (“*separate property estate*”), como não existe “meação”, o cônjuge sobrevivente terá direito, em regra, a uma terça parte de todo o patrimônio. Se diz “em regra”, pois a depender do estado norte americano, este valor sofre alterações, sendo o mais comum, a quantia de uma terça parte. Este valor, representa o chamado “*elective share*” (“parte eletiva”), que também pode ser denominado de “*forced share*” (“parte forçada”) ou “*statutory share*” (“participação estatutária”), o que seria equivalente a “legítima” reservada e destinada ao cônjuge sobrevivente¹⁵⁹.

Esta “parte forçada” destinada ao cônjuge viúvo de uma terça parte, pode ser renunciada através de acordos pré-nupciais (“*premarital agreement*”) ou nupciais (“*premarital agreement*”), vez que a grande maioria dos estados norte-americanos permitem a mais ampla autonomia no direito de família e sucessório¹⁶⁰.

A justificativa no direito norte-americano para a existência desta “parte forçada”, somente em favor do cônjuge, pois em relação aos filhos e demais descendentes esta reserva

¹⁵⁸ OLIVEIRA, Guilherme de. Notas sobre o Projeto de Lei nº 781/XIII (Renúncia recíproca à condição de herdeiro legal). In: _____. Estudos de direito de família: 4 movimentos em direito da família. Coimbra: Almedina, 2020, p. 79-90.

¹⁵⁹ DUKEMINIER, Jesse; SITKOFF, Robert H. “*Wills, trusts, and estates*”. 11th ed. New York: Wolters Kluwer, 2022. (Aspen Casebook Series), p. 530-558.

¹⁶⁰ DUKEMINIER, Jesse; SITKOFF, Robert H. “*Wills, trusts, and estates*”. 11th ed. New York: Wolters Kluwer, 2022. (Aspen Casebook Series), p. 530-558.

patrimonial não existe, com exceção do estado de Louisiana¹⁶¹, consiste na “*partnership theory of marriage*” (“teoria da parceria do casamento”)¹⁶².

Esta teoria representa o reconhecimento de uma compensação financeira para o cônjuge que se dedica às atividades domésticas, com o reconhecimento de que todo este “trabalho” dentro de casa, “não remunerado”, ajuda e contribui consideravelmente para o sucesso do outro. Ademais, se o cônjuge que se dedica às tarefas domésticas precisou abandonar a sua carreira, também deverá ser recompensado pelas “oportunidades perdidas”.

Estas regras e orientações variam bastante e dependem da legislação de cada um dos estados norte-americanos, que têm autonomia para regular estas matérias. De forma a tentar uniformizar as mais variadas regras de direito sucessório naquele país, surge o “*Uniform Probate Code*” (1969; revisado em 2019)¹⁶³, um “Código Uniforme de Direito das Sucessões”, adotado em dezoito Estados norte-americanos (*Alaska; Arizona; Colorado; Hawaii; Idaho; Maine; Massachusetts; Michigan; Minnesota; Montana; Nebraska; New Jersey; New Mexico; North Dakota; Pennsylvania; South Carolina; South Dakota; e Utah*).

Este “Código”, que pode ser acessado livremente no “Uniform Law Commission”¹⁶⁴, criou regras diferentes e “atuais” para a “parte forçada” do cônjuge viúvo, com base na “revisão” da “*Partnership Theory of Marriage*” (“teoria da parceria do casamento”).

Nos termos da “*section 2-202, a*”, do *Uniform Probate Code*¹⁶⁵, a parte forçada ou eletiva (“*elective share*”) do cônjuge viúvo, corresponde à metade de todo o patrimônio (“*section 2-203, a*”¹⁶⁶), adquirindo-os, progressivamente, no decorrer dos anos, atingindo sua

¹⁶¹ DUKEMINIER, Jesse; SITKOFF, Robert H. “*Wills, trusts, and estates*”. 11th ed. New York: Wolters Kluwer, 2022. (Aspen Casebook Series), p. 577.

¹⁶² DUKEMINIER, Jesse; SITKOFF, Robert H. “*Wills, trusts, and estates*”. 11th ed. New York: Wolters Kluwer, 2022. (Aspen Casebook Series), p. 534.

¹⁶³ O referido código pode ser acessado no seguinte link: <https://www.uniformlaws.org/HigherLogic/System/DownloadDocumentFile.aspx?DocumentFileKey=c9e55522-8363-74ba-e087-175af9e4c93e&forceDialog=0>. Acesso em: 23 dez. 2012, às 23h25.

¹⁶⁴ Disponível em: <https://www.uniformlaws.org/home>. acesso em: 27 dez. 2022, às 23h43.

¹⁶⁵ No original: “*The surviving spouse of a decedent who dies domiciled in this state has a right of election, under the limitations and conditions stated in this [part], to take an elective-share amount equal to 50 percent of the value of the marital-property portion of the augmented estate*”; Em tradução livre: “O cônjuge sobrevivente do autor da herança que faleceu no domicílio deste estado, tem o direito, sob as limitações e condições estabelecidas nesta parte, de 50% a título da parte elegível, de todo o patrimônio conjugal aumentado”.

¹⁶⁶ No original: “*The value of the augmented estate, to the extent provided in Sections 2-204, 2-205, 2-206, and 2-207, consists of the sum of the values of all property, whether real or personal; movable or immovable, tangible or intangible, wherever situated, that constitute: 84 (1) the decedent’s net probate estate; (2) the decedent’s nonprobate transfers to others; (3) the decedent’s nonprobate transfers to the surviving spouse; and (4) the surviving spouse’s property and nonprobate transfers to others.*”; Em tradução livre: “O valor do

totalidade quando completar quinze anos de matrimônio (“*section 2-203, b*”), isto é, apesar de reconhecer uma “legítima” total de 50%, este direito somente será reconhecido ao cônjuge que manteve o seu casamento com o autor da herança pelo período de 15 anos ou mais, de forma que, caso o autor da herança venha a falecer antes deste período, o percentual destinado ao cônjuge viúvo será menor, nos termos de uma “tabela” prevista na “*section 2-203, b*”, que destacamos abaixo:

Tabela 1 – Patrimônio progressivo do *Uniform Probate Code*

<p>“<i>If the decedent and the spouse were married to each other:</i>”</p> <p>Em tradução livre: “Se o falecido e o cônjuge eram casados entre si:”</p>	<p>“<i>The percentagem is:</i>”</p> <p>Em tradução livre: “A porcentagem é:”</p>
<p>“<i>Less than 1 year</i>” “por menos de 1 ano”</p>	3%
<p>“<i>1 year but less than 2 years</i>” “entre 1 a 2 anos”</p>	6%
<p>“<i>2 years but less than 3 years</i>” “entre 2 a 3 anos”</p>	12%
<p>“<i>3 years but less than 4 years</i>” “entre 3 a 4 anos”</p>	18%
<p>“<i>4 years but less than 5 years</i>” “entre 4 a 5 anos”</p>	24%
<p>“<i>5 years but less than 6 years</i>” “entre 5 a 6 anos”</p>	30%
<p>“<i>6 years but less than 7 years</i>” “entre 6 a 7 anos”</p>	36%
<p>“<i>7 years but less than 8 years</i>” “entre 7 a 8 anos”</p>	42%
<p>“<i>8 years but less than 9 years</i>” “entre 8 a 9 anos”</p>	48%
<p>“<i>9 years but less than 10 years</i>” “entre 9 a 10 anos”</p>	54%
<p>“<i>10 years but less than 11 years</i>” “entre 10 a 11 anos”</p>	60%
<p>“<i>11 years but less than 12 years</i>” “entre 11 a 12 anos”</p>	68%
<p>“<i>12 years but less than 13 years</i>” “entre 12 a 13 anos”</p>	76%
<p>“<i>13 years but less than 14 years</i>” “entre 13 a 14 anos”</p>	84%
<p>“<i>14 years but less than 15 years</i>” “entre 14 a 15 anos”</p>	92%
<p>“<i>15 years or more</i>” “por 15 anos ou mais”</p>	100%

patrimônio conjugal aumentado, na medida prevista nas seções 2-204, 2-205, 2-206 e 2-207, consiste na soma dos valores de todas as propriedades, reais ou pessoais, imóveis ou móveis, corpóreos ou incorpóreos, que se constituem no seguinte: (1) patrimônio do falecido após deduções e pagamentos de dívidas; (2) transferências entre o falecido e terceiros dispensados da colação; (3) transferências entre o falecido e o cônjuge sobrevivente, que não precisarão ser trazidos à colação; (4) patrimônio do cônjuge sobrevivente e transferências a terceiros que não serão trazidas à colação”.

A justificativa da revisão da “parte eletiva” do cônjuge viúvo, consiste na ideia contemporânea de interpretar o casamento como uma “parceria econômica” (“economic partnership”), no sentido de premiar o cônjuge em casamentos de “longa duração”, que contribuiu com serviços domésticos e se sacrificou em abandonar a carreira profissional, e, ao mesmo tempo, diminuir os direitos do cônjuge viúvo em casamentos de “curtíssima duração”, normalmente estabelecidos em idade mais avançada ou que por diversas outras razões nunca prosperou, o que representa nenhuma participação ou contribuição no sucesso e geração de riqueza do outro, impedindo que este cônjuge viúvo se enriqueça “sem qualquer motivo”, ou seja, não basta estar “casado” para ter direito sucessório, é necessário que alguma contribuição tenha dado, e, neste sentido, a aquisição de direitos sucessórios de forma escalonada, ao longo do tempo, permite, talvez, o adequado tratamento ao cônjuge nas mais diversas situações, isto é, para uniões novas e curtas, em que não existiu nenhuma contribuição na formação do patrimônio entre eles, ou ainda, quando envolvem famílias reconstituídas, com descendentes de antigos vínculos, e, muitas vezes, no gozo de certa estabilidade financeira e patrimonial.

O exemplo português e americano demonstra certa adequação ao cônjuge como herdeiro legítimo, pois reconhece que as bases do passado não são as mesmas de hoje. Mostra-se ponderado o sistema português, que permite às partes, caso queiram, renunciarem ao direito sucessório desde o início do matrimônio. Trata-se de manifestação de vontade, livre, e que garante segurança jurídica em relação aos efeitos jurídicos sucessórios, sem que se quebre expectativas com consequências indesejadas. Deveras, a separação entre “amor” e “sucessão”, pode bem representar a valorização da família, vez que nada impede que, passados alguns anos, que se altere o pactuado ou contemple o parceiro em testamento. De igual modo, o sistema americano, que de certa forma, faz automaticamente uma espécie de dosimetria do direito sucessório, impedindo que relações frágeis e não duradouras, prejudiquem, naquele sistema, a livre autonomia testamentária do autor da herança.

A respeito do cônjuge na ordem sucessória, a doutrina de Luiz da Cunha Gonçalves, em comentários ao regime português, critica a prevalência do cônjuge, que saltou do 10º grau da sucessão (Ordenações Filipinas) para o 4º (Código Civil português – ano

1867), com justificativa na lei que permitiu o divórcio¹⁶⁷ em Portugal (1910), vez que, devida à sua facilidade, teria suprimido a afeição e solidariedade *post mortem* entre os cônjuges:

Já vimos que, na ordem legal e sucessão estabelecida no art. 1.969, figura em quarto lugar o cônjuge sobrevivente, quando faltarem, é claro, os herdeiros das três classes anteriores. É desenvolvendo este preceito que o art. 2.003 dispõe: “Na falta de descendentes, ascendentes, irmãos e descendentes destes, sucederá o cônjuge sobrevivente”. Este cônjuge, porém, primitivamente, era somente a viúva. No direito romano, o marido não era herdeiro da mulher; Justiniano, por diversas Novelas, só à viúva pobre e sem dote concedeu o direito de suceder na quarta parte da herança do marido falecido sem filhos. Durante a Idade Média, em França e noutros países, também só da sucessão da viúva, na falta de parentes do marido, se ocupam as leis e os juristas. Na Península Ibérica, o Código visigótico, igualmente, só regula a sucessão da viúva, a quem concede a herança do marido, quando este não tenha parentes e de preferência ao Fisco. Em Portugal, as Orden. Filip., livro IV, tít. 94, estabeleceram a reciprocidade da sucessão entre os cônjuges, mas só quando o falecido não tivesse parentes até ao décimo grau, segundo o direito civil, com exclusão somente do Fisco, – sistema este que vigorou até à elaboração do presente Código. Foi uma novidade, portanto, a graduação do cônjuge sobrevivente acima dos parentes colaterais não privilegiados (tios e primos), o que parece ter sido inspirado no critério de que o defunto devia ter mais afeição ao seu cônjuge do que a colaterais do 3º ao 10º graus. Com este critério, - que é aliás exacto, e nós mesmo defendemos em 1909, entre algumas reformas da nossa lei civil, - o Decreto de 31 de outubro de 1910 colocara o cônjuge sobrevivente, na ordem legal da sucessão, logo a seguir aos ascendentes, o que foi imitado pelo Código civil brasileiro, art. 1.603, posto que no Código civil alemão, art. 1.931, se visse já preceito semelhante. Mas, como atrás ficou dito, uma experiência de 20 anos demonstrou que tal inovação não correspondia à psicologia nacional, mormente depois que o Decreto de 3 de novembro de 1910, estabelecendo o divórcio, com excessiva facilidade, quase suprimiu a afeição e solidariedade *post mortem* entre os cônjuges. Se a sucessão legítima tem por fundamento a intenção provável do autor da herança, essa experiência mostrava que, na quase totalidade das convenções antenupciais e dos testamentos, cada cônjuge antepunha aos outros os seus colaterais: irmãos e seus descendentes. Perante este facto, não podia subsistir a presunção do legislador, se bem que esta se confirmasse por alguns raros casos. Regressou-se, por isso, à ordem legal estabelecida neste Código.¹⁶⁸

A doutrina de Massimo Bianca, de forma igual, reconhece que a sucessão legítima está fundamentada na ideia de relevância social da família, que não é mais a mesma. Reconhece que a tendência caminha para reduzir a importância da família dentro do núcleo familiar. A família do passado perdeu o seu papel e sentido de solidariedade. Segundo o autor, atribuir ainda direitos sucessórios, por exemplo, a parentes de até 6º grau, representa mais uma tradição histórica, em vez de uma consciência social, e, nesse sentido, uma vez

¹⁶⁷ Destaca-se que o divórcio foi aceite juridicamente no Brasil, somente em 1977, com a Emenda Constitucional 9/1977, que alterou na Constituição o preceito de que o “casamento é indissolúvel” para “o casamento poderá ser dissolvido desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos”.

¹⁶⁸ GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil*. São Paulo Max Limonad, 1955. v. 9, t. 2, p. 502-503.

fragilizado o fundamento a respeito da proteção do interesse da família, entende como “difícil” reconhecer ao cônjuge qualquer benefício ou primazia na sucessão testamentária¹⁶⁹.

Não obstante às experiências citadas a respeito do direito português e americano, surgem também outras linhas de pensamento a respeito de uma possível “atualização” da “legítima”, de acordo com a família “moderna”, que consiste na sua substituição por uma obrigação alimentícia. Sustenta-se que, se o fundamento central da legítima corresponde a não deixar a família desamparada (solidariedade familiar), ao invés de se limitar um percentual do patrimônio do autor da herança, que se reconheça, em substituição, uma espécie de direito alimentício aos herdeiros necessários, que, se, efetivamente, necessitarem e estiverem em situação de vulnerabilidade, o autor da herança deverá socorrer este herdeiro, permitindo-lhe maior autonomia testamentária com o restante do seu patrimônio.

Esta posição, conforme Juan Vallet de Goytisolo¹⁷⁰, não é nova. Diversos autores espanhóis do século XVI e XVII sustentam a redução da legítima a um mero direito de receber alimentos, caso necessário, quando em situação de necessidade ou dependência.

Teodora F. Torres García e María Paz García Rubio, para quem a substituição da legítima por direitos alimentícios não se mostra uma solução idônea, pois os seus fundamentos e pressupostos são diversos¹⁷¹, sustentam que a tendência é a substituição da legítima, seja ela representativa de uma parte da herança, dos bens ou do valor dos bens, por um direito de crédito: “Atualmente, parece se consolidar a opção de substituir a legítima in natura (em qualquer de suas modalidades *pars hereditatis*, *pars bonorum* ou mesmo *pars valoris bonorum*), por um legítimo direito creditório exigível em dinheiro”¹⁷².

Um dos sistemas jurídicos que caminha neste sentido é o holandês. Conforme art. 4:10, do Código Civil holandês, na sucessão legítima, chama-se primeiro o cônjuge viúvo em concorrência com os filhos, se nenhum deles existir, passa-se aos pais do autor da herança em

¹⁶⁹ BIANCA, Massimo. *Direitto civile*. 5a ed. Milano: Giuffrè, 2015. t. 2, pt. 2: Le successioni, p. 238-239.

¹⁷⁰ GOYTISOLO, Juan Vallet. *Limitaciones de derecho sucesorio a la facultad de disponer*. Madrid: Ed. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1974. v. 58, t. 1: Las legítimas. (Tratado Practico y Critico de Derecho Civil), p. 303.

¹⁷¹ GARCÍA, Teodora F. Torres; RUBIO, María Paz García. *La libertad de testar: el principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2014, p. 144.

¹⁷² GARCÍA, Teodora F. Torres; RUBIO, María Paz García. *La libertad de testar: el principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2014, p. 145. No original: “*De momento parece consolidarse la opción de substituir la legítima in natura (em cualquiera de sus modalidades parts hereditatis, pars bonorum o incluso pars valoris bonorum) por la legítima como derecho de crédito pagadero em dinero*”.

concorrência com seus irmãos e irmãs. Na ausência destes, chama-se os avós, e, na falta, os bisavôs e bisavós¹⁷³.

Nos termos do art. 4:11, do Código Civil holandês, o cônjuge viúvo e os filhos dividirão a herança em partes iguais. Se a herança for para os irmãos, no caso de inexistir cônjuge viúvo e filhos, o considerado “meio-irmão” (irmãos consanguíneos) recebe a metade do que caberá aos “irmãos bilaterais” (germanos), e, caso concorra com os pais do autor da herança, a parte destes ascendentes não poderá ser inferior a uma quarta parte¹⁷⁴.

A parte mais interessante no sistema holandês, a que nos referimos, está prevista no art. 4:13, daquele Código Civil, ao prever que os filhos, em concorrência com o cônjuge viúvo, não recebem a sua parte na herança em bens ou patrimônio, mas sim, em direitos creditórios. Toda a sua parte na herança se torna um crédito contra o cônjuge viúvo, que ficará com a propriedade de todos os bens. Enquanto a quantia não é paga pelo cônjuge viúvo, que pode saldá-la a qualquer momento, de forma total ou parcial (art. 4:17), correrá a incidência

¹⁷³ Texto original: “*Article 4:10 Order of inheritance of intestate heirs - 1. By law the following heirs are successively called to the estate of the deceased in order to inherit his property: a. the not legally separated spouse of the deceased together with the deceased’s children; b. if none of the under point (a) mentioned persons exist: the parents of the deceased together with the deceased’s brothers and sisters; c. if none of the under point (a) and (b) mentioned persons exist: the grandparents of the deceased; d. if none of the under point (a) (b) and (c) mentioned persons exist: the great-grandparents of the deceased. - 2. The descendants of a child, brother, sister, grandparent or great-grandparent of the deceased may be called to the deceased’s estate in order to inherit by right of representation as meant in Article 4:12. - 3. Only persons who were standing in a legal familial relation to the deceased can be regarded as blood relatives as referred to in the previous paragraphs*”. Em tradução livre: “Artigo 4:10 Ordem de herança de herdeiros intestados - 1. Por lei são sucessivamente chamados ao espólio do falecido para herdar os seus bens os seguintes herdeiros: 1. o cônjuge não separado judicialmente do falecido juntamente com os filhos do falecido; b. se não existir nenhuma das pessoas mencionadas na alínea a): os pais do falecido juntamente com os irmãos e irmãs do falecido; c. se não existir nenhuma das pessoas referidas nas alíneas a) e b): os avós do falecido; d. se não existir nenhuma das pessoas mencionadas nas alíneas (a), (b) e (c): os bisavós do falecido. - 2. Os descendentes de um filho, irmão, irmã, avô ou bisavô do falecido podem ser chamados à herança do falecido para herdar por direito de representação, conforme previsto no Artigo 4:12. - 3. Só podem ser considerados parentes consanguíneos a que se referem os números anteriores os que mantinham relação jurídica de parentesco com o falecido”. Código Civil Holandês disponível em inglês no seguinte “*link*”: <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodegeneral.htm>; Acesso em: 31 dez. 2022, às 14h54.

¹⁷⁴ Texto original: “*Article 4:11 Shares in the estate of a deceased - 1. Those who are called as intestate heirs to the estate of a deceased, inherit for equal shares. - 2. Contrary to paragraph 1, the share in the deceased’s estate of a half brother or half sister is half of the share in the estate of a full brother, a full sister or a parent. - 3. When, due to the application of paragraphs 1 and 2, the share in the deceased’s estate of a parent would be less than a quarter, it is raised up to a quarter and the shares in this estate of the remaining heirs are diminished proportionally*”. Em tradução livre: “Artigo 4:11 Participações no patrimônio de um falecido - 1. Aqueles que são chamados como herdeiros intestados do patrimônio de um falecido, herdaram em partes iguais. - 2. Ao contrário do disposto no n.º 1, a quota-parte dos bens do meio-irmão ou meia-irmã do falecido corresponde a metade da quota-parte dos bens do irmão, irmã ou progenitor. - 3. Quando, por aplicação dos n.º 1 e 2, a quota-parte dos bens do falecido de um dos progenitores for inferior a um quarto, é aumentada para um quarto e diminuem-se as quotas-partes dos restantes herdeiros proporcionalmente”. Código Civil Holandês disponível em inglês no seguinte “*link*”: <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodegeneral.htm>; Acesso em: 31 dez. 2022, às 14h54.

de juros anuais no valor de 6% (o que pode ser diferentemente convencionado entre os filhos e o cônjuge viúvo)¹⁷⁵.

Este crédito se torna exigível quando o cônjuge “morrer”, “falar” ou se enquadrar no chamado “Regime de Reembolso de Dívidas a Pessoas Singulares” (art. 4:13, 3, a e b). Se o cônjuge viúvo pretender se casar novamente, obrigatoriamente, deverá transferir aos filhos bens suficientes a saldar a dívida, com reserva de usufruto, que pode ser dispensada. Caso não

¹⁷⁵ Texto original: “*Article 4:13 Division and apportionment of the estate between the spouse and the children of the deceased - 1. The estate of a deceased person who has left behind as heirs a spouse and one or more children, will be divided and apportioned in accordance with the following paragraphs, unless the deceased has stated in his last will that the present Section will not apply at all. - 2. The spouse acquirers by operation of law all assets of the deceased’s estate. The debts and liabilities of the estate are settled (performed) for his account. For the purpose of this paragraph the ‘debts of the estate’ shall include all expenditures made for account of the joint heirs in order to settle or perform testamentary obligations imposed by the last will of the deceased. - 3. Each of the children shall acquire, as heir, by operation of law a financial debt-claim against the spouse of which the value corresponds with the value of this child’s share in the deceased’s estate. This debt-claim will become due and demandable (exigible): a. if the spouse gets bankrupt or if he falls under the Debt Repayment Scheme for Natural Persons; b. if the spouse dies. The financial debt-claim will also become due and demandable (exigible) in the situations mentioned in the last will of the deceased as an event that makes such a claim collectable. - 4. Unless the spouse and the children have agreed differently or the deceased has provided otherwise, the sum of money, meant in paragraph 3, is multiplied with an interest rate corresponding to that of the statutory interest. As far as this interest rate is higher than six per cent on an annual base, it will be calculated yearly as of the day on which the deceased’s estate had devolved. Only the principal sum is each time exclusively taken into account when the accrued interest is calculated. - 5. If the debt-claim meant in paragraph 3 has become due and demandable (exigible) because the spouse has fallen under the Debt Repayment Scheme for Natural Persons, then this claim becomes, insofar it has not yet been satisfied, not again due and demandable (exigible) when the Debt Repayment Scheme for Natural Persons ends on one of the grounds mentioned in Article 356 paragraph 2 of the Bankruptcy Act (‘Faillissementswet’). Article 358 paragraph 1 of the Dutch Bankruptcy Act does not apply to this claim. - 6. For the purpose of the present Title (Title 4.3) the word ‘spouse’ does not include a spouse who was legally separated from the deceased when the deceased died*”; Em tradução livre: “Artigo 4:13 Divisão e repartição dos bens entre o cônjuge e os filhos do falecido - 1. Os bens do falecido que tenham deixado como herdeiros o cônjuge e um ou mais filhos serão divididos e repartidos de acordo com os parágrafos seguintes, a menos que o falecido tenha declarado em seu último testamento que a presente Seção não se aplicará de forma alguma. - 2. O cônjuge adquire de pleno direito todos os bens do espólio do falecido. As dívidas e responsabilidades do espólio são liquidadas (executadas) por sua conta. Para efeitos do presente número, as “dívidas da herança” incluirão todas as despesas efetuadas por conta dos herdeiros comuns para saldar ou cumprir obrigações testamentárias impostas pela última vontade do falecido. - 3. Cada um dos filhos adquire, como herdeiro, de pleno direito, um crédito pecuniário contra o cônjuge, cujo valor corresponda ao valor da quota deste filho nos bens do falecido. Este crédito tornar-se-á exigível: a. se o cônjuge entrar em falência ou se enquadrar no Regime de Reembolso de Dívidas de Pessoas Singulares; b. se o cônjuge falecer. A dívida pecuniária tornar-se-á também exigível nas situações mencionadas no último testamento do *de cujus* como fato que a torne exigível. - 4. Salvo convenção diversa do cônjuge e dos filhos ou disposição diversa do falecido, a quantia em dinheiro, a que se refere o n.º 3, é multiplicada por uma taxa de juro correspondente a dos juros legais. Na medida em que esta taxa de juro seja superior a seis por cento em base anual, será calculada anualmente a partir do dia em que o património do falecido tiver sido devolvido. Apenas o montante principal é sempre tido em conta exclusivamente no cálculo dos juros corridos. - 5. Se o crédito a que se refere o n.º 3 se tornou exigível em razão do cônjuge ter sido abrangido pelo Regime de Reembolso de Dívidas de Pessoas Singulares, então este crédito torna-se, na medida em que ainda não satisfeito, inexigível e exigível quando o Regime de Reembolso de Dívidas de Pessoas Singulares terminar por um dos motivos mencionados no artigo 356.º, n.º 2, da Lei das Falências («*Faillissementswet*»). O Artigo 358 parágrafo 1 da Lei de Falências Holandesa não se aplica a esta reivindicação. - 6. Para efeitos do presente Título (Título 4.3) a palavra ‘cônjuge’ não inclui um cônjuge que estava legalmente separado do falecido quando o falecido faleceu”; Código Civil Holandês disponível em inglês no seguinte “link”: <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodegeneral.htm>. Acesso em 31 dez. 2022, às 14h54.

o faça, e, venha a ocorrer a morte do cônjuge quando já casado com outra pessoa, estas obrigações são transferidas ao padrasto ou madrasta (arts. 4:19¹⁷⁶, 4:20¹⁷⁷, 4:21¹⁷⁸ e 4:22¹⁷⁹).

¹⁷⁶ Texto original: “*Article 4:19 Remarriage of the surviving spouse and the consequences thereof for the financial debt-claims of the children* If a child has acquired a financial debt-claim against its surviving parent as a result of the fact that the entire estate of its first deceased parent has been apportioned pursuant to Article 4:13 paragraph 3 to the surviving parent, and this surviving parent has officially given notice of his intention to enter into a marriage again, then this surviving parent is obliged, upon the request of the child, to transfer one or more assets to that child for a total value not exceeding the child's financial debt-claim, raised with the interest meant in paragraph 4 of Article 4:13. This transfer takes place under the reservation of a usufruct, to be established on the transferred assets, unless the surviving parent has made clear that he does not want to obtain such a usufruct.”; Em tradução livre: “Artigo 4:19 Novo casamento do cônjuge sobrevivente e suas consequências para as dívidas financeiras dos filhos. Se uma criança adquiriu uma reivindicação de dívida financeira contra seu genitor sobrevivente como resultado do fato de que todo o patrimônio de seu primeiro genitor falecido foi contribuído de acordo com o Artigo 4:13 parágrafo 3 para o genitor sobrevivente, e este genitor sobrevivente oficialmente notifica sua intenção de se casar novamente, esse pai sobrevivente é obrigado, a pedido da criança, a transferir um ou mais bens para essa criança por um valor total que não exceda a dívida financeira da criança, levantada com os juros referidos no parágrafo 4 do Artigo 4:13. Esta transmissão realiza-se sob reserva de usufruto, a estabelecer sobre os bens transmitidos, salvo se o progenitor sobrevivo tiver manifestado que não pretende obter tal usufruto”; Código Civil Holandês disponível em inglês no seguinte “link”: <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodegeneral.htm>. Acesso em 31 dez. 2022, às 14h54.

¹⁷⁷ Texto original: “*Article 4:20 Death of a remarried spouse and the consequences thereof for the financial debt-claims of the children.* If a child has acquired a financial debt-claim against its surviving parent as a result of the fact that the entire estate of its first deceased parent has been apportioned pursuant to Article 4:13 paragraph 3 to the surviving parent, and this surviving parent himself dies after sometime while he is married to another person, then this other person, being the child's stepparent, is obliged, upon the request of the child, to transfer one or more assets to that child for a value not exceeding the child's financial debt-claim, raised with the interest meant in paragraph 4 of Article 4:13. When the estate of the last deceased parent is not apportioned in accordance with Article 4:13, then the obligation meant in the previous sentence becomes incumbent upon the heirs of the surviving parent.”; Em tradução livre: “Artigo 4:20 Morte de um cônjuge que se casou novamente e suas consequências para as dívidas financeiras dos filhos. Se uma criança adquiriu uma reivindicação de dívida financeira contra seu pai sobrevivente como resultado do fato de que todo o patrimônio de seu primeiro pai falecido foi contribuído de acordo com o Artigo 4:13 parágrafo 3 para o pai sobrevivente, e este próprio pai sobrevivente falecer depois de algum tempo casado com outra pessoa, então esta outra pessoa, sendo o padrasto da criança, é obrigada, a pedido da criança, a transferir um ou mais bens para aquela criança por um valor que não exceda a dívida financeira da criança, levantada com os juros referidos no parágrafo 4 do Artigo 4:13. Quando a herança do último progenitor falecido não for repartida de acordo com o Artigo 4:13, então a obrigação referida na frase anterior passa a recair sobre os herdeiros do progenitor sobrevivente.”; Código Civil Holandês disponível em inglês no seguinte “link”: <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodegeneral.htm>. Acesso em: 31 dez. 2022, às 14h54.

¹⁷⁸ Texto original: “*Article 4:21 Financial debt-claim of a child against a stepparent.* When a child has acquired a financial debt-claim against its stepparent as a result of the fact that the entire estate of its first deceased parent has been apportioned pursuant to Article 4:13 paragraph 3 to its surviving parent, who subsequently has entered into a marriage with the before mentioned stepparent, then this stepparent is obliged, upon the request of the child, to transfer one or more assets to that child for a value not exceeding the child's financial debt-claim, raised with the interest meant in paragraph 4 of Article 4:13. This transfer takes place under the reservation of a usufruct, to be established on the transferred assets, unless the stepparent has made clear that he does not want to obtain such a usufruct.”; Em tradução livre: “Artigo 4:21 Reivindicação de dívida financeira de uma criança contra um padrasto. Quando uma criança adquiriu uma reivindicação de dívida financeira contra seu padrasto como resultado do fato de que todo o patrimônio de seu primeiro pai falecido foi distribuído de acordo com o Artigo 4:13, parágrafo 3, para seu pai sobrevivente, que posteriormente entrou em um casamento com o padrasto acima referido, este fica obrigado, a pedido do filho, a transmitir-lhe um ou mais bens de valor não superior ao crédito pecuniário do filho, acrescido dos juros referidos no n.º 4 do Artigo 4:13. Esta transmissão ocorre sob reserva de usufruto, a estabelecer sobre os bens transmitidos, salvo se o padrasto tiver manifestado que não pretende obter tal usufruto.”; Código Civil Holandês disponível em inglês no seguinte “link”: <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodegeneral.htm>. Acesso em: 31 dez. 2022, às 14h54.

Apesar de toda essa regulação a respeito do direito creditório dos filhos na sucessão legítima, verifica-se que não ocorre o mesmo na sucessão testamentária. O testamento para a legislação holandesa, reconhecido como ato unilateral a ser praticado pelo autor da herança com efeitos após a morte (art. 4:42¹⁸⁰), não pode conter disposições testamentárias contrárias aos costumes e à ordem pública (art. 4:44¹⁸¹), assim como proíbe a contemplação de curadores (art. 4:57¹⁸²), tutores (art. 4:58¹⁸³) e profissionais relacionados à área da saúde (art. 4:59¹⁸⁴).

¹⁷⁹ Texto original: “*Article 4:22 Financial debt-claim of a child against a stepparent who has died. When a child has acquired a financial debt-claim against its stepparent as a result of the fact that the entire estate of its first deceased parent has been apportioned pursuant to Article 4:13 paragraph 3 to its surviving parent, who subsequently has entered into a marriage with the before mentioned stepparent, and this stepparent dies after a while, then the heirs of that stepparent are obliged, upon the request of the child, to transfer one of more assets to this child for a value not exceeding the child's financial debt-claim, raised with the interest meant in paragraph 4 of Article 4:13.*”; Em tradução livre: “Artigo 4:22 Reivindicação de dívida financeira de uma criança contra um padrasto falecido. Quando uma criança adquiriu uma reivindicação de dívida financeira contra seu padrasto como resultado do fato de que todo o patrimônio de seu primeiro pai falecido foi distribuído de acordo com o Artigo 4:13, parágrafo 3, para seu pai sobrevivente, que posteriormente entrou em um casamento com o padrasto acima mencionado, e este padrasto falecer depois de um tempo, então os herdeiros desse padrasto são obrigados, a pedido do filho, a transferir um ou mais bens para este filho por um valor que não exceda a dívida financeira do filho, levantada com os juros referidos no parágrafo 4 do Artigo 4:13.”; Código Civil Holandês disponível em inglês no seguinte “*link*”: <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodegeneral.htm>. Acesso em: 31 dez. 2022, às 14h54.

¹⁸⁰ Texto original: “*Article 4:42 The last will of the deceased. - 1. A 'last will' is a one-sided (unilateral) juridical act with which the testator makes a disposition that is to be effective after his death and that is regulated in Book 4 of the Civil Code or is recognized by law as an act with such result. - 2. The testator may always unilaterally revoke his earlier made last will. - 3. A testamentary disposition can be made and revoked only by last will and only by the testator in person.*”; Em tradução livre: “Artigo 4:42 A última vontade do falecido. - 1. 'Última vontade' é o acto jurídico unilateral pelo qual o testador faz uma disposição que produz efeitos após a sua morte e que se encontra regulamentada no livro 4 do Código Civil ou é reconhecida por lei como um ato com tal resultado. - 2. O testador pode sempre revogar unilateralmente o testamento anteriormente feito. - 3. A disposição testamentária só pode ser feita e revogada por último testamento e apenas pelo próprio testador.”; Código Civil Holandês disponível em inglês no seguinte “*link*”: <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodegeneral.htm>. Acessado em 31 dez. 2022, às 14h54.

¹⁸¹ Texto original: “*Article 4:44 Last will that is in conflict with public morality or public order. - 1. A last will is null and void if its content is contrary to public morality or public order. - 2. A last will is null and void if a decisive motive for making it is contrary to public morality or public order, provided that this motive is mentioned in the last will itself.*”; Em tradução livre: “Artigo 4:44 Última vontade que está em conflito com a moral pública ou a ordem pública. - 1. É nulo o testamento se o seu conteúdo for contrário aos bons costumes ou à ordem pública. - 2. É nulo o último testamento se o motivo determinante da sua elaboração for contrário aos bons costumes ou à ordem pública, desde que esse motivo conste do próprio testamento.”; Código Civil Holandês disponível em inglês no seguinte “*link*”: <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodegeneral.htm>; Acessado em 31 dez. 2022, às 14h54.

¹⁸² Texto original: “*Article 4:57 No last will in favour of a family guardian - 1. A testator cannot make a last will in favour of a person who is his family guardian at the moment on which this last will is made. - 2. A person who has been the family guardian of the testator cannot enjoy an advantage from this testator's last will if the testator has died within one year after he has reached the age of eighteen at a moment on which the financial records of the guardianship had not yet been closed. - 3. The previous paragraphs do not apply to blood relatives of the testator in the ascending line who are or have been his family guardians.*”; Código Civil Holandês disponível em inglês no seguinte “*link*”: <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodegeneral.htm>. Acesso em: 31 dez. 2022, às 14h54. Em tradução livre: “Artigo 4:57 Nenhuma última vontade em favor de um cuidador familiar. - 1. O testador não pode fazer testamento a favor de quem é o seu cuidador familiar no momento em que o faz. - 2. A pessoa que tenha sido o cuidador familiar do testador não pode beneficiar da última vontade deste testador se o testador tiver falecido no prazo de um ano após ter completado dezoito

A liberdade testamentária em relação à disposição de bens é limitada a metade de todo o patrimônio, de que forma que a “parte forçada” (legítima) – a outra metade – é de propriedade, exclusiva, dos descendentes, não existindo qualquer limitação ou proteção em relação ao cônjuge, que poderá, por testamento, ser totalmente excluído da sucessão (art. 4:63¹⁸⁵ e 4:64¹⁸⁶).

anos, momento em que os registos financeiros da curatela ainda não haviam fechado. - 3. O disposto nos números anteriores não se aplica aos parentes consanguíneos do testador em linha ascendente que sejam ou tenham sido os seus cuidadores familiares.”

¹⁸³ Texto original: “Article 4:58 No last will in favour of a tutor. Minors cannot make a last will in favour of a tutor with whom they live together at the moment on which this last will is made.”; Em tradução livre: “Artigo 4:58 Nenhuma última vontade em favor de um tutor. Os menores não podem fazer testamento a favor de tutor com quem vivam juntos no momento em que este for feito.”; Código Civil Holandês disponível em inglês no seguinte “link”: <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodegeneral.htm> Acesso em 31 dez. 2022, às 14h54.

¹⁸⁴ Texto original: “Article 4:59 No last will in favour of professionals in the field of individual healthcare. - 1. Persons who practise a profession in the field of individual healthcare and who have nursed the testator during the illness which has caused his death as well as persons who, on account of their post or function, have provided mental care or support during this illness to the testator, cannot enjoy an advantage from the last will of the testator if that last will is made during the time they nursed or supported him. - 2. A person who exploits an institution for the normal care and nursing of elderly persons or of persons with a mental disorder, and a person who is in charge of or working at such an institution, cannot enjoy an advantage from the last will of such an elderly or mental disordered person if that last will is made during the time that this person stayed in this institution.”; Código Civil Holandês disponível em inglês no seguinte “link”: <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodegeneral.htm>. Acessado em 31 dez. 2022, às 14h54. Em tradução livre: “Artigo 4:59 Nenhum último testamento em favor de profissionais no campo da saúde. - 1. As pessoas que exerçam uma profissão no domínio dos cuidados de saúde e que tenham prestado cuidados de saúde ao testador durante a doença que tenha causado a sua morte, bem como as pessoas que, devido ao seu cargo ou função, tenham prestado assistência médica ou assistência mental durante a doença ao testador, não pode se beneficiar da última vontade do testador se essa última vontade for feita durante o tempo em que cuidou dele ou o sustentou. - 2. A pessoa que trabalha ou explora atividade empresária de cuidados de saúde e de enfermagem, destinado a pessoas idosas ou com desorientação mental, assim como a pessoa que esteja em cargos de comando nestas instituições em que trabalha, não poderá ser contemplada no testamento deste idoso ou pessoa com desorientação mental, caso o testamento tenha sido feito durante o tratamento ou no período em que esteve na respectiva instituição.”

¹⁸⁵ Texto original: “Article 4:63 Mandatory legitimate share (‘forced share’) of a forced heir. - 1. A forced share of a forced heir is a part of the value of the estate of the testator to which the forced heir may lay a claim in spite of testamentary dispositions made under the last will of the testator and gifts (donations) made by the testator during his life - 2. Forced heirs are the descendants of the testator who are called by law to his estate as his intestate heirs, either on account of their own right or on account of a right of representation of an heir who is not alive anymore or who is unworthy at the moment of the devolvement of the estate. - 3. A forced heir who renounces the inheritance, loses his right to a forced share, unless he states that he wishes to receive his forced share when he makes a declaration as meant Article 4:191.”; Em tradução livre: “Artigo 4:63 Partilha legítima obrigatória (‘partilha forçada’) de um herdeiro coercitivo. - 1. Uma parte forçada de um herdeiro legítimo é uma parte do valor da herança do testador à qual o herdeiro legítimo pode reivindicar, apesar das disposições testamentárias feitas sob a última vontade do testador e doações (doações) feitas pelo testador em vida - 2. São herdeiros coercivos os descendentes do testador que são chamados por lei à sua herança como seus herdeiros intestados, quer por direito próprio quer por direito de representação de herdeiro que seja já não vivo ou indigno no momento da devolução dos bens. - 3. O herdeiro coercitivo que renunciar à herança perde o direito à parte coercitiva, a menos que declare que deseja receber a parte coercitiva ao fazer uma declaração nos termos do artigo 4:191.”; Código Civil Holandês disponível em inglês no seguinte “link”: <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodegeneral.htm>. Acesso em: 31 dez. 2022, às 14h54.

¹⁸⁶ Texto original: “Article 4:64 The size of a forced share. - 1. The forced share of a child of the testator amounts to one half of the value of the testator’s estate over which all forced shares are calculated, divided by the number of intestate heirs that the testator has left behind as mentioned in Article 4:10 paragraph 1 under point (a). - 2. Where a child of the testator is not alive anymore at the moment of the devolvement of the

Assim, verifica-se no ordenamento jurídico holandês, que o cônjuge é tratado de forma diversa a depender da sucessão, se seguir a sucessão intestada, o cônjuge viúvo fica com a titularidade de todos os bens, reconhecendo-se aos descendentes um direito de crédito, mas se a sucessão for testamentária, o cônjuge pode ser excluído da sucessão, reconhecendo-se, como legítima, apenas os descendentes, limitado a metade de todo o patrimônio.

Apesar da breve análise nos exemplos citados – Portugal, Estados Unidos da América e Países Baixos – é possível constatar que o papel do cônjuge no direito sucessório tem sofrido alterações e novas interpretações, de forma a tentar acomodar os “novos” interesses diante de uma realidade social muito distinta daquela que inspirou a origem do direito sucessório.

4.2 Herança digital

Uma das disposições testamentárias de maior relevância na atualidade e que, certamente, terá cada vez mais atenção do mundo jurídico no futuro, são aquelas destinadas a transmitir o que podemos chamar de “patrimônio digital”.

A constatação feita por Gabriel Honorato de Carvalho e Adriano Marteleto Godinho¹⁸⁷, apoiados na doutrina de Marco Aurélio De Farias Costa Filho, no sentido de que as futuras gerações transmitirão cada vez mais ativos digitais é pertinente. Se antes, as memórias e os bens deixados eram tangíveis, como livros, diários, álbuns de fotografias, CDs, entre outros, no futuro, cada vez mais, esse mesmo tipo de “herança” será em formato digital.

Entretanto, a possibilidade de testar a respeito de contas de *e-mail*, redes sociais, livros e músicas digitais adquiridas, documentos e informações na “nuvem”, moedas digitais, *softwares* comprados, fotografias etc., carece de regulação clara e específica, ao mesmo tempo que esbarra em questões a respeito da privacidade do usuário e outras fontes de

testator's estate, the descendents of this child are jointly counted in for the purpose of paragraph 1 as one child that is left behind by the testator. Descendants of a child of the testator who are forced heirs may each claim just their own forced share.”; Em tradução livre: “Artigo 4:64 O tamanho de uma partilha forçada. - 1. A parte forçada de um filho do testador equivale a metade do valor do patrimônio do testador sobre o qual todas as partes forçadas são calculadas, dividido pelo número de herdeiros intestados que o testador deixou como mencionado no Artigo 4: 10 parágrafo 1 na alínea a). - 2. Quando um filho do testador já não estiver vivo no momento da restituição dos bens do testador, os descendentes desse filho são contados conjuntamente para efeitos do n.º 1 como um filho deixado pelo testador. Os descendentes de um filho do testador que sejam herdeiros forçados podem reivindicar cada um apenas a sua parte forçada”; Código Civil Holandês disponível em inglês no seguinte “*link*”: <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodegeneral.htm>. Acesso em: 31 dez. 2022, às 14h54.

¹⁸⁷ CARVALHO, Gabriel Honorato de; GODINHO, Adriano Marteleto. Planejamento sucessório e testamento digital: a proteção dinâmica do patrimônio virtual. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 143.

obrigações, como por exemplo, os respectivos “termos de uso” que são aderidos para se fazer uso das redes sociais (Facebook, Instagram, TikTok, LinkedIn entre outros) ou de qualquer outro “serviço” digital.

Não há no ordenamento jurídico brasileiro qualquer disposição legislativa, específica, a respeito da herança digital. A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n. 13.709/2018), o Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014), bem como o próprio Código Civil, são omissos em relação ao tratamento que deve ser dado aos ativos digitais a respeito de sua transmissão pela via sucessória.

Na falta de regulação própria e específica, alguns dispositivos da Constituição Federal do Brasil e do Código Civil brasileiro podem nortear a devida interpretação sobre o tema. Conforme a doutrina de Gustavo Tepedino e Camila Helena Melchior Baptista de Oliveira, com amparo no artigo 5º, incisos XXII, XXIII e XXX, da Constituição Federal de 1988, o direito de herança é resultado do reconhecimento ao direito de propriedade, de forma que, “[...] o objeto da sucessão, em última análise, consiste em bens e direitos suscetíveis de avaliação pecuniária e que, como tal, integram o patrimônio do de cujus.”¹⁸⁸

Por sua vez, o artigo 1.857, do Código Civil, dispõe que “toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte”. O §2º do mesmo artigo, complementa o *caput* no sentido de que “são válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitada”.

A pessoa pode dispor de bens “patrimoniais” e “não patrimoniais” por testamento. Portanto, uma das soluções para saber se o ordenamento jurídico brasileiro contempla a possibilidade de transmissão causa mortis dos ativos digitais, seria perquirir a respeito da “definição” dos ativos digitais, se eles podem ser considerados um “bem”, de cunho patrimonial ou não, para que possa ser objeto de testamento.

Os bens, para fins de consideração jurídica, são aqueles susceptíveis de uma valoração jurídica, isto é, tudo aquilo que for objeto de uma relação jurídica será considerado um “bem”. O Código Civil brasileiro disciplina os *bens* nos seus artigos 79 a 103, classificando-os em diferentes categorias, como bens imóveis, móveis, fungíveis, consumíveis, divisíveis, singulares e coletivos, além dos “reciprocamente considerados” e os

¹⁸⁸ TEPEDINO, Gustavo; OLIVEIRA, Camila Helena Melchior Baptista de. Streaming e herança digital. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Lívia Teixeira (coord.). *Herança digital: controvérsias e alternativas*. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, p. 84.

“públicos”. Existem outras categorias de bens que, apesar de não estarem expressamente previstos no ordenamento jurídico pátrio, são amplamente reconhecidos pela doutrina em razão de sua importância “prática”, como é o caso dos bens “corpóreos” (bens com existência material) e “incorpóreos” (bens que não têm existência material).

A respeito da “noção de bem”, nos valem da doutrina de Orlando Gomes:

A noção jurídica de bem é mais ampla do que a econômica. Compreende toda utilidade, física ou ideal, que possa incidir na faculdade de agir do sujeito. Abrange as coisas propriamente ditas, suscetíveis de apreciação pecuniária, e as que não comportam avaliação, as que são materiais ou não. Todo bem econômico é jurídico, mas a recíproca não é verdadeira, pois nem todo bem jurídico é econômico.¹⁸⁹

Não é o nosso objeto investigar a respeito de todas as diferentes categorias existentes no Código Civil sobre os bens. Para aquilo que nos propomos nesta parte do trabalho, já é possível identificar que os ativos digitais, como objeto de relações jurídicas, pois todos eles, sem nenhuma exceção, decorrem de algum vínculo jurídico, são considerados “bens”.

Feita essa premissa, cumpre saber se os ativos digitais, como bens jurídicos, podem ser considerados patrimoniais ou não. No nosso entendimento, bens “patrimoniais” serão todos aqueles que têm valor econômico, que são apreciáveis economicamente, como por exemplo um carro, uma casa, uma joia etc. Já os considerados “não patrimoniais” seriam todos aqueles de cunho “existencial”, sem valor econômico propriamente dito, por exemplo, valer-se do testamento para deserdar um herdeiro necessário (artigo 1.961 do Código Civil), reconhecer um filho (artigo 1.609 do Código Civil), indicar um testamenteiro para fazer cumprir todas as disposições do testamento (artigo 1.976 do Código Civil), entre outros.

Assim, para nos ater ao que nos propomos desenvolver, pode-se afirmar que os “bens digitais” estariam contemplados pelo ordenamento jurídico, pois são considerados “bens” e, em muitos casos, “patrimoniais”, e, portanto, passíveis de serem transmitidos por testamento.

A respeito do valor econômico de ativos digitais, citamos como exemplo as redes sociais. Atualmente se tornou “comum” nos depararmos com notícias publicadas nos jornais a respeito de pessoas, muitas delas, jovens, que ficam “ricas” com o uso do Instagram, TikTok, YouTube e Twitch, para citarmos as “redes” mais famosas.

¹⁸⁹ GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 201.

Com grande número de seguidores (eventualmente, milhões de pessoas), os perfis dessas plataformas exercem grande influência do grande público (outros usuários), tanto que se convencionou denominá-los de “influencers” (influenciadores). A postagem de um vídeo ou de uma foto por um influenciador é visto pelas empresas como uma forma de publicidade de seus produtos e serviços, pois “cria” na outra pessoa (“seguidor”) o desejo de “consumir” aquele determinado produto e/ou serviço divulgado.

A “relação” entre o “influenciador” e seus seguidores se tornou um canal de vendas poderoso. Por essa razão, o *marketing* das empresas tem direcionado grande parte de seus investimentos nas redes sociais, em especial com os “influenciadores”, para que divulguem e “influenciem” seus seguidores a consumirem aquele produto ou serviço divulgado.

Muitas vezes, divulgar um produto pelas redes sociais através de *influenciadores* estratégicos, cujos seguidores integram o público-alvo daquela marca, revela-se mais assertivo (e converte em mais vendas) do que patrocinar uma publicidade no horário nobre da televisão brasileira.

Assim, um perfil em redes sociais que tenha muitos seguidores pode consistir em um verdadeiro ativo valioso. As marcas estão dispostas a pagarem elevados valores para que os influenciadores divulguem seus produtos.

Mas, não é só. Muitos empreendedores (empresários, médicos, advogados, economistas, professores etc.) trabalham a sua “marca pessoal” nas redes sociais. Criam uma base grande de seguidores, apresentam-se como especialistas e “autoridade” nos assuntos que publicam para angariar clientes e ofertarem o seu próprio produto e/ou serviço.

Vídeos publicados na plataforma do YouTube, por exemplo, podem ser “monetizados”, o que significa dizer que, a cada determinado número de visualizações, um determinado valor é pago ao “autor” do vídeo, de forma que, quanto mais “visualizações” e “engajamento” das pessoas que assistem o vídeo, com compartilhamentos e acesso (“cliques”) nas publicidades que o YouTube apresenta no decorrer da sua reprodução, maior será o retorno financeiro.

A Forbes publicou no ano de 2020 uma lista com os 10 youtubers mais bem pagos da plataforma. Em décimo lugar ficou o “canal” de Jeffree Star, que publica vídeos sobre maquiagem. Com 16,9 milhões de inscritos, faturou nada menos que U\$ 15 milhões em um ano (de junho de 2019 a junho de 2020). Em primeiro lugar, ficou o “canal” de Ryan Kaji,

que publica experimentos científicos para crianças. Com 41,7 milhões de inscritos, faturou no mesmo intervalo de um ano, a quantia de U\$ 29.500.000,00 (vinte e nove milhões e quinhentos mil dólares)¹⁹⁰.

O cenário dos *youtubers* brasileiros, apesar de não atingirem as mesmas cifras, também se mostra “promissor”. De acordo com a Social Blade, consultoria especializada em redes sociais, um dos maiores “canais” brasileiros pertence a “Felipe Neto”, que, com 44,6 milhões de inscritos, fatura em média, no período de um ano, valores aproximados de US\$ 5 milhões¹⁹¹.

Destaca-se que esses valores têm origem na própria plataforma do YouTube, desconsiderando-se eventuais parcerias comerciais que os *youtubers* podem fazer, em razão do grande número de inscritos, o que aumenta exponencialmente os valores faturados.

Podemos ainda citar outros exemplos relevantes a respeito do “valor patrimonial” de ativos digitais, como é o caso da plataforma Twitch, o relevante valor comercial das chamadas “skins” e outros ativos digitais como NFTs e o *metaverso*.

A Twitch é uma plataforma “parecida” com a do Youtube. Nela, o usuário tem um “canal” em que faz transmissões ao vivo (*streaming*) a respeito de temas variados. O mais comum na referida plataforma são jovens que transmitem em tempo real jogos de vídeo game, ocasião em que o próprio dono do canal está jogando algum jogo na *internet*. Existem variações, como pessoas que gravam em tempo real suas reações e comentários ao assistirem outros vídeos na *internet* ou, até mesmo, “retransmitindo” jogos de vídeo game de campeonatos mundiais.

Os exemplos brasileiros mais famosos são os canais do *Gaules* e do *Casimito*. O canal do *Gaules* (Alexandre Borba, de 37 anos), conta, atualmente, com 3,8 milhões de inscritos e faz *streamings* diários sobre o jogo Counter-Strike. O seu “canal” faturou entre os anos de 2019 e 2021 a quantia de US\$ 2.844.985,18, o equivalente a mais de R\$ 15 milhões¹⁹².

¹⁹⁰ Leia mais em: BERG, Madeline; BROWN, Abram. 10 YouTubers mais bem pagos de 2020. *Forbes*, [S. l.], 18 dez. 2020. Disponível em: <https://forbes.com.br/listas/2020/12/10-youtubers-mais-bem-pagos-de-2020/FORBES..> Disponível em: <https://forbes.com.br/listas/2020/12/10-youtubers-mais-bem-pagos-de-2020/>. Acesso em: 6 de novembro de 2022.

¹⁹¹ SOCIAL Blade. Estatísticas do canal do Felipe Neto. Disponível em: <https://socialblade.com/youtube/channel/UCV306eHqgo0LvBf3Mh36AHg>. Acesso em: 6 nov. de 2022.

¹⁹² VAZAMENTO na twitch revela pagamentos milionários a streamers. *Tecmundo*, [S. l.], 6, out. 2021. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/voxel/226442-vazamento-twitch-revela-pagamentos-milionarios-streamers.htm>. Acesso em: 14 nov. 2022.

Em relação ao canal *Casimito* (Casimiro Miguel, 29 anos), que já transmitiu jogos de futebol do campeonato carioca, brasileiro e Copa do Brasil, além de ter transmitido os jogos da Copa do Mundo (FIFA 2022), faz *streamings* de conteúdos variados, quase todos relacionados às suas “reações” a respeito de outros vídeos na *internet*. Hoje, com 3 milhões de inscritos, faturou nos anos de 2019 a 2021 a quantia US\$ 576.506,59, o equivalente a mais de R\$ 3 milhões.

Os valores são expressivos, mas ainda abaixo em comparação com que o canadense Félix Lengyel e o americano Jaryd Russell Lazar, ambos ex-jogadores profissionais de videogame, que faturaram na mesma plataforma, no mesmo período informado acima, US\$ 8,4 milhões e US\$ 5,8 milhões, respectivamente.

Os jogos de videogame também podem apresentar oportunidades para que seus usuários, os jogadores, adquiram ativos digitais. Exemplificamos neste trabalho as chamadas *skins* (“peles”, em tradução livre), que existem dentro dos jogos. Uma *skin* é o desenho, o formato gráfico, que representa algo dentro do jogo. O jogador pode comprar *skins* a respeito do seu *avatar*, a arma utilizada no jogo, entre outros. O jogo Counter-Strike, por exemplo, o mesmo transmitido pelo Gaules comentado acima, tem diversas *skins* dentro do jogo consideradas raras e com grande valor patrimonial. Para se ter uma ideia, a *skin* mais cara, chamada de “Karambit Case Hardened Blue Gem”, que nada mais é que a reprodução de uma faca de ponta azul no jogo, está avaliada em mais de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais)¹⁹³. Certamente, a pessoa que tem uma conta no jogo Counter-Strike e que tenha uma *skin* valiosa gostaria de poder transmiti-la aos seus herdeiros.

Existem ainda diversos outros exemplos de ativos digitais, como terrenos milionários adquiridos no *metaverso*, roupas de grife (*skins*) também adquiridas no *metaverso*, NFTs (*non-fungible token*; *token* não fungível, em tradução livre) que se transformaram em valiosas “obras de arte”, incontáveis tipos de criptomoedas, entre tantos outros.

Vale anotar que esses ativos digitais são conhecidos hoje em razão da tecnologia existente, visto que outras formas de ativos digitais podem surgir no futuro de acordo com o avanço e desenvolvimento de novas tecnologias.

A preocupação com novas tecnologias e até mesmo com aquelas que se conhecem hoje, mas ainda incipientes, são pensadas e levadas em consideração no momento de pensar a

¹⁹³ CARVALHO, Lucas. Veja quais são as 10 skins de CS:GO mais caras do mundo. *E.SPORTS.NET*, [S. l.], 23 ago. 2022. Disponível em: <https://www.esports.net/br/noticias/veja-quais-sao-as-10-skins-de-csgo-mais-caras-do-mundo/>. Acesso em: 15 nov. 2022.

sucessão patrimonial. É o caso do falecido ator, Robin Williams, que deixou “testamento”¹⁹⁴ com disposições a respeito de seus direitos autorais e o uso a que se deve fazer a respeito de sua imagem após a morte.

Robin Williams proibiu a exploração de seu nome, imagem, voz, assinatura, fotografia e qualquer outro semelhante, pelo período de 25 anos a contar do seu falecimento. Segundo jornais estrangeiros¹⁹⁵, a expressão utilizada no “testamento” para exemplificar a proibição dos diferentes modos no uso de sua “imagem”, estendendo-a para qualquer outro “semelhante”, teria sido pensada no sentido de impedir que novas tecnologias fizessem uso de sua “imagem”.

Atualmente, tecnologias holográficas e “imagens geradas por computador” estão sendo desenvolvidas a um nível extremamente avançado. Produtores musicais¹⁹⁶ desejam “reavivar” músicos já falecidos, com a realização de *shows* com a sua reprodução no palco, em movimento, cantando, como se vivo fosse e estivesse ali, fazendo de fato aquela apresentação.

A preocupação de Robin Williams era com que, em razão do desenvolvimento dessas novas tecnologias, usassem sua imagem em palcos de teatro, apresentações de *stand-up* (ele começou a carreira como comediante), inserissem sua imagem virtual em filmes, publicidades e fizessem até campanhas publicitárias.

Evidentemente, o “testamento” do referido ator não representa um caso de transferência de patrimônio digital, uma vez que a disposição acima é voltada para os direitos

¹⁹⁴ Apesar da grande maioria do noticiário indicar que Robin Williams deixou testamento, a verdade é que ele constituiu um *trust*, outra figura jurídica, que não devem ser confundidas. É possível ter acesso ao texto integral do *trust* no site do “The Hollywood repórter”, no seguinte *link*: <https://www.hollywoodreporter.com/business/business-news/robin-williams-restricted-exploitation-his-785292/>.

¹⁹⁵ Algumas notícias a respeito do assunto: (i) CBS NEWS. *Robin Williams restricted use of his image for 25 years after his death*. Disponível em: <https://www.cbsnews.com/news/robin-williams-restricted-use-of-his-image-for-25-years-after-his-death/>. Acesso em: 15 nov. 2022; (ii) FORBES. *Why Robin Williams won't be making millions beyond your grave*. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/natalierobehmed/2015/10/27/why-robin-williams-wont-be-making-millions-beyond-the-grave/?sh=189e1bab435f>; Acesso em 15 nov. 2022; (iii) INDEPENDENT. *Robin Williams restricted use of his image for next 25 years, legal document shows*. Disponível em: <https://www.independent.co.uk/news/people/robin-williams-restricted-use-of-his-image-for-next-25-years-legal-document-shows-a115701.html>. Acesso em: 15 nov. 2022; (iv) THE GUARDIAN. *Robin Williams went above and beyond to stop his image being used*. Disponível em: <https://www.theguardian.com/film/2015/mar/31/robin-williams-restricted-use-image-despite-existing-us-laws>. Acesso em? 15 nov. 2022.

¹⁹⁶ HERDEIROS de Jim Morrison e Jimi Hendrix trabalham em hologramas dos músicos. O Globo, [Rio de Janeiro], 13 jun. 2012. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/cultura/herdeiros-de-jim-morrison-jimi-hendrix-trabalham-em-hologramas-dos-musicos-5188732>. Acesso em: 15 nov. 2022.

de imagem e do autor. No entanto, o exemplo serve para demonstrar a preocupação com a tecnologia e o seu impacto na herança.

No Brasil, não localizamos nenhum caso similar. Entretanto, a discussão em torno do perfil social da cantora Marília Mendonça ganhou o noticiário¹⁹⁷ ultimamente. A artista que faleceu em um acidente aéreo deixou seu perfil social no Instagram e no YouTube com mais de 40 milhões de seguidores.

Ao que consta com base no noticiário, pois o processo de inventário da mencionada cantora corre em segredo de justiça no Estado de Goiás, os herdeiros teriam incluído as respectivas contas nas redes sociais como herança e desejam fazer a partilha desse valioso patrimônio digital.

Ainda que o Poder Judiciário reconheça a transmissão de ativos digitais via testamento, muito provavelmente os herdeiros encontrarão resistência das plataformas digitais para darem cumprimento às disposições de última vontade e permitirem que herdeiros tenham acesso à conta digital.

Os gigantes da tecnologia (por exemplo, a *Alphabet*, que é proprietária do YouTube, e a Meta, proprietária do Facebook e Instagram) obstam o acesso de herdeiros às contas de usuários falecidos, com fundamento na privacidade do usuário e na vinculação aos “termos de uso” pela pessoa em vida, que proíbe a transmissão da conta para terceiros.

Para jogar luz a respeito da questão, é interessante o ocorrido no caso conhecido como “a garota de Berlim”, cunhado por Karina Nunes Fritz¹⁹⁸, em que os pais de uma garota que morreu no metrô de Berlim processaram o Facebook para terem acesso aos dados de sua filha naquela plataforma, como mensagens, fotografias, entre outros.

O motivo do pedido se deu para melhor investigar a morte da garota, em que se suspeitava tratar de um suicídio. Cumpre destacar que os pais tinham o *login* e senha para acessarem a conta de sua filha. No entanto, em razão de outros usuários da plataforma comunicarem o seu falecimento naquela rede, o seu perfil foi “transformado” em “memorial”, o que permite que outros usuários escrevam e deixem mensagens, mas mesmo aqueles que

¹⁹⁷ GUIMARÃES, Fernanda. Herança digital, como o Instagram e o YouTube de Marília Mendonça, vira alvo de disputa judicial. *Estadão*, São Paulo, 3 nov. 2022. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/economia/negocios/heranca-digital-disputa-marilia-mendonca/>. Acesso em: 6 nov. 2022.

¹⁹⁸ FRITZ, Karina Nunes. A garota de Berlim e a herança digital. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Lívia Teixeira (coord.). *Herança digital: controvérsias e alternativas*. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. p. 227-243.

tenham como acessar a conta não tinham acesso às mensagens privadas trocadas por ele com outros usuários.

O Facebook se negou a fornecer todos estes dados — mensagens privadas e seus respectivos arquivos compartilhados — com os pais da garota, sob o argumento de tutelar o direito à privacidade não só da garota, mas também dos demais usuários, que com ela trocaram mensagens, fotografias, arquivos, e que teriam a legítima expectativa de que essas mensagens permaneceriam em sigilo.

Argumentou-se, ainda, que os adolescentes que fazem uso da plataforma costumam compartilhar questões de sua intimidade que, muitas vezes, não querem que seus pais descubram. Assim, apesar de se solidarizar com os pais, o Facebook protegeria a comunicação de seus usuários.

A disputa judicial teve reviravoltas. O primeiro grau da justiça alemã acolheu os pedidos dos pais da garota, sob o fundamento de que a herança digital se assemelha à herança analógica, de modo que, da mesma forma que os herdeiros têm acesso a cartas e fotografias deixadas pelo falecido, deveriam o ter no ambiente digital de igual forma¹⁹⁹.

Em segunda instância, a decisão foi reformada, no sentido de que existiriam dúvidas a respeito da existência de um direito que assegure a transmissibilidade de bens de conteúdo personalíssimo, assim como permitir o acesso às informações requeridas pelos pais, implicaria em violação do sigilo existente nas telecomunicações, assegurado na Lei alemã sobre o tema²⁰⁰.

Contra a decisão foi interposto recurso, que reformou a decisão anterior e reconheceu o direito dos pais de terem acesso aos dados. Os fundamentos utilizados pela Corte alemã são variados.

Foi considerado que o contrato aderido pela filha (“termos de uso”) para ter acesso a rede social é transmitido entre herdeiros, por força do princípio geral da *saisine*, que, com a morte, transfere bens e direitos, inclusive, posições nas relações jurídicas aos herdeiros, de forma que a posição “contratual” da filha foi transmitida aos pais.

Reconheceu-se a abusividade na cláusula contratual que proíbe a transmissão da conta digital, inserida nos “termos de uso” da rede social, pois tal vedação representa uma

¹⁹⁹ FRITZ, Karina Nunes. A garota de Berlim e a herança digital. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira (coord.). *Herança digital: controvérsias e alternativas*. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. p. 229.

²⁰⁰ FRITZ, Karina Nunes. A garota de Berlim e a herança digital. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira (coord.). *Herança digital: controvérsias e alternativas*. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, p. 229.

desvantagem exagerada e contrária ao fim do próprio contrato, conforme esclarece a decisão do tribunal alemão, Karina Nunes Fritz:

Dessa forma, segundo o *Bundesgerichtshof*, além de contrariar os princípios da sucessão universal e da *saisine*, a proibição de transmissão da conta frustra o fim essencial do contrato de uso da plataforma, que é justamente permitir ao usuário – ou seus sucessores – acessar a conta, enquadrando-se, portanto, na hipótese descrita no §307, inc. 2 do BGB, que considera nula a cláusula que confere desvantagem exagerada ao estipulante (Facebook) ao restringir direitos e/ou deveres essenciais decorrentes da natureza do contrato, o que frustra o alcance do fim do contrato, que, no caso em comento, consiste no acesso à plataforma digital pelo usuário e/ou seus sucessores.²⁰¹

Também se afastou o argumento do Facebook no sentido de que permitir o acesso das informações aos herdeiros violaria o sigilo das comunicações e a proteção dos dados pessoais dos usuários. Para a Corte alemã, o sigilo das comunicações e proteção de dados são normas destinadas à proteção em relação a terceiros, estranhos, de modo a impedir que tenham acesso àquela informação, o que não se aplica, necessariamente, aos herdeiros.

Extraí-se da *ratio decidendi* da referida decisão importante analogia a respeito das mensagens produzidas no ambiente digital em comparação com aquelas existentes no mundo físico, analógico. Argumentou a Corte alemã que, da mesma forma que o morto deixa cartas e escritos, mensagens íntimas, fotografias, entre outros itens guardados em um cofre ou baú, por exemplo, itens e informações que os herdeiros sempre tiveram acesso e nunca se questionou a questão da privacidade, de igual forma deve ser estendida essa interpretação para o mundo digital. Seria, como escreveu Karina Nunes Fritz, “incoerente sustentar a quebra do sigilo das comunicações nas “cartas digitais”, armazenadas no servidor de plataformas digitais, mas não nas “cartas de papel”, guardadas em baú lacrado, vez que o grau de confidencialidade e existencialidade das informações é o mesmo”²⁰².

Outra questão importante abordada pela referida Corte foi a suposta expectativa a respeito da “confiança” dos usuários nas redes sociais, no sentido de que teriam assegurada a privacidade de suas mensagens.

Nesse caso particular, novamente a Corte faz uma analogia com o “mundo analógico”, ao argumentar que, da mesma forma que o emissor de uma carta não controla o seu destino, isto é, uma vez enviada, esta carta pode ser lida por terceiros estranhos, seja

²⁰¹ FRITZ, Karina Nunes. A garota de Berlim e a herança digital. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira (coord.). *Herança digital: controvérsias e alternativas*. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, p. 231.

²⁰² FRITZ, Karina Nunes. A garota de Berlim e a herança digital. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira (coord.). *Herança digital: controvérsias e alternativas*. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, p. 232.

porque foi extraviada no meio do caminho ou até mesmo porque o receptor a divulga para outras pessoas, o mesmo pode ocorrer no “mundo digital”.

O receptor pode compartilhar a mensagem com outras pessoas, imprimi-la e guardá-la na gaveta, ter a sua conta digital acessada por engano por outras pessoas (porque deixou a conta “logada” automaticamente no computador de um terceiro), entre outras situações.

Todo emissor de uma mensagem deve suportar o risco de que uma terceira possa, eventualmente, ainda que de forma indevida, ter acesso àquele conteúdo. Essa realidade existe no “mundo analógico”, da mesma forma que ele se transporta para o “digital”.

Por fim, a Corte também afastou o argumento utilizado pelo Facebook no sentido de que somente deveria ser transmitido aos herdeiros os bens digitais de cunho patrimonial, excluindo-se os de caráter existencial. Um ativo digital, que reconhecidamente detém valor patrimonial, não deveria receber o mesmo tratamento sucessório que uma conta na rede social, em que as pessoas “apenas” compartilham fotografias e trocam mensagens.

Sobre referida questão, foi considerado que o direito sucessório alemão não faz distinção entre herança de cunho patrimonial ou existencial, de forma que tudo deve ser transmitido. Ademais, seria extremamente complexo separar o que é considerado “patrimonial” e o que seria “existencial”, o que também suscitaria questões de “legitimidade”, pois quem deveria analisar todo o acervo deixado pela pessoa, que não seus herdeiros, para dizer se determinada mensagem, fotografia, entre outros, teriam valor patrimonial ou existencial.

Por isso que, ainda segundo Karina Nunes Fritz, a Corte, acertadamente, concluiu que “[...] se o usuário não afasta em vida o acesso dos herdeiros a todo ou partes do conteúdo digital, usando a autonomia privada para resguardar sua privacidade e de seus interlocutores, aplica-se a regra da sucessão universal com a consequente transmissão de toda a herança.”²⁰³

A referida autora revela que a decisão teve alta repercussão na Europa, em especial, para aqueles que defendem a intransmissibilidade da herança digital (conglomerados digitais), que, sob o falso manto da proteção da privacidade do usuário, desejam, eles, no lugar dos herdeiros, “sucederem” todos os dados armazenados nas contas digitais do falecido. E afirma o seguinte:

²⁰³ FRITZ, Karina Nunes. A garota de Berlim e a herança digital. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira (coord.). *Herança digital: controvérsias e alternativas*. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, p. 234.

Uma análise mais detalhada da corrente revela, porém que, longe de proteger interesses existenciais do ser humano, acaba *priorizando os interesses patrimoniais dos conglomerados digitais internacionais*, que, com a exclusão dos herdeiros, passam a *ocupar a posição jurídica de herdeiro* de seus usuários, se apropriando e dispendo (leia-se: comercializando) dos dados existenciais do falecido de forma ilegal e intransparente. E isso revela *grave incoerência axiológica* da corrente da intransmissibilidade, pois permite que terceiros (*players* internacionais) obtenham vantagens econômicas justamente com os dados existenciais que se pretende tutelar, às custas da exclusão dos legitimados por lei para tutelar os direitos da personalidade *post mortem* do falecido.²⁰⁴

A questão econômica em relação aos conglomerados digitais é de extrema relevância. Apesar de as redes sociais não exigirem, a princípio, nenhuma contraprestação para o uso da plataforma, o que, em tese, configuraria um contrato a título gratuito, sabe-se hoje que os usuários “pagam” para usar as redes sociais. Esse pagamento não é em espécie, mas em dados. Sobre o tema, novamente nos valem da doutrina de Karina Nunes Fritz, apoiada nos comentários de Martin Schmidt-Kessel:

Em geral, o contrato de uso de plataforma digital tem por objeto o aluguel do espaço digital que, no caso do Facebook, o usuário utiliza para conversar, postar fotos, vídeos e uma infinidade de outros conteúdos digitais. Porém, a moderna doutrina alemã ressalta que, ao contrário da locação típica, a contraprestação não consiste em dinheiro, mas na *cessão gratuita de dados pessoais* do titular à empresa, que fica autorizada a coletar, armazenar, processar e comercializar esses dados com terceiros. Por isso, não mais pairam dúvidas acerca da onerosidade do contrato de adesão celebrado entre a empresa e os usuários, pois, como bem coloca Martin Schmidt-Kessel, atento à realidade do mundo digital, o contrato gratuito não é caracterizado pela ausência de prestação pecuniária, mas pela ausência de contraprestação, independentemente de sua natureza. Dito em outras palavras: gratuidade é sinônimo de *ausência de contraprestação*. É a chamada *gratuidade objetiva*, ausente na maioria dos contratos digitais, inclusive nos contratos de uso de plataformas digitais, como Facebook, Instagram etc. Para a caracterização do contrato gratuito, a moderna doutrina obrigacional requer ainda a chamada *gratuidade subjetiva*, que consiste na *finalidade altruística* do negócio. Só cede gratuitamente uma coisa a outrem quem o faz sem a intenção de obter algo em troca.²⁰⁵

Verifica-se, portanto, que o uso das *redes sociais* não é gratuito, mas um contrato oneroso, diante da contraprestação de obrigações, ao passo que o usuário, muitas vezes sem ter conhecimento, “paga” à plataforma digital com os seus dados.

²⁰⁴ FRITZ, Karina Nunes. A garota de Berlim e a herança digital. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Lívia Teixeira (coord.). *Herança digital: controvérsias e alternativas*. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, p. 235, grifo do autor.

²⁰⁵ FRITZ, Karina Nunes. A garota de Berlim e a herança digital. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Lívia Teixeira (coord.). *Herança digital: controvérsias e alternativas*. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, p. 239, grifo do autor.

O valor destes dados é o que sustenta os conglomerados digitais que, em razão do uso e tratamento que fazem com os dados das pessoas, conseguem melhor orientar o funcionamento da plataforma, com o direcionamento específico de publicidade de interesse do usuário, entre outros, o que encerra verdadeiro valor incalculável na sociedade moderna.

A distinção se o contrato é gratuito ou oneroso é pertinente e tem enorme consequência jurídica. Os contratos gratuitos, também denominados de “benéficos”, devem ser interpretados de forma restritiva, conforme disposto no artigo 114 do Código Civil: “Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente”.

O contrato gratuito, em linhas gerais, caracteriza-se como aquele em que apenas uma parte obtém vantagem e tira utilidade, sem nada receber em troca, como expressão de uma “intenção liberal”²⁰⁶, não pode ter a liberalidade da parte aumentada, por interpretação, de forma a conferir maiores vantagens do que as pretendidas pelo beneficiador²⁰⁷. Nesse sentido, a doutrina de Fabiano Menke:

Interpretar os negócios jurídicos benéficos e a renúncia estritamente significa lançar mão de interpretação que não venha a agravar ainda mais a carga obrigacional daquele que renuncia a direito ou daquele que presta sem receber contrapartida. A essência do art. 114 está localizada na interpretação estrita dos atos de liberalidade. O conteúdo da declaração, portanto, limita a tarefa do intérprete, que deverá se ater aos seus termos, sendo vedada a interpretação extensiva.²⁰⁸

Por essa razão, se os termos de uso ao qual o usuário adere para fazer uso das redes sociais for considerado do tipo “gratuito” e nele estiver contida cláusula expressa a respeito de sua intransmissibilidade, pode-se criar verdadeira dúvida a respeito da herança digital, a depender do “ativo digital” em questão.

As redes sociais, como visto, encerram contraprestações com os dados dos usuários, o que afasta sua interpretação como contrato gratuito. No entanto, a mesma situação não é verificada em relação às “milhas” acumuladas em programas de pontos das companhias aéreas.

O Superior Tribunal de Justiça julgou o Recurso Especial n. 1878651/SP, sob a relatoria do Ministro Moura Ribeiro, no qual a associação civil “Pro Teste Associação

²⁰⁶ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil: fontes das obrigações*. 6. ed. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1996. v. 3, p. 53.

²⁰⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Código Civil comentado: negócio jurídico. Atos jurídicos lícitos. Atos ilícitos: artigos 104 a 188*. São Paulo: Editora Atlas, 2003. v. 2: Contratos, p. 83.

²⁰⁸ MENKE, Fabiano. Art. 104 a 185. In: NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Direito privado contemporâneo*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 203.

Brasileira de Defesa do Consumidor” ajuizou ação civil pública contra a TAM Linhas Aéreas S.A., para declarar a abusividade de cláusulas inseridas no contrato de adesão que regula o “Programa TAM Fidelidade”.

Para nos ater ao propósito deste estudo, destacamos apenas um dos pedidos deduzidos pela Pro Teste, no sentido de declarar a nulidade da “cláusula 1.8” do “regulamento”, que previa o cancelamento e extinção dos pontos acumulados pelo titular, no caso de seu falecimento, o que, evidentemente, proíbe a transmissão das “milhas” para os herdeiros.

A referida associação alegou que os pontos adquiridos com planos de fidelidade “não são brindes”, mas “direitos patrimoniais”, pois, apesar de aparentemente os “pontos” serem creditados de forma “gratuita”, existiria, de forma indireta, verdadeira onerosidade aos clientes, que se reverteria em lucro para a companhia aérea.

O acúmulo de “milhas” pode ocorrer de variadas formas, por exemplo, através do uso do cartão de crédito em lojas parcerias e, o mais comum, ao se realizar outras viagens pela mesma companhia aérea, carregam de forma indireta custos que serão pagos pelo cliente.

Ao se criar no cliente a legítima expectativa de acumular pontos para trocar por passagens aéreas gratuitas no futuro, forma-se nele uma devida “fidelização”, fazendo com que consuma cada vez mais produtos vinculados àquela companhia aérea para que possa acumular mais pontos e, assim, mais “milhas”.

Dessa forma, por se tratar de um “direito patrimonial”, adquirido de forma onerosa pelo consumidor (ainda que indireta), o “programa de fidelidade” não poderia conter cláusula no sentido de extinguir os pontos no evento morte do titular, impedindo a sua transmissão via herança, pois tal disposição violaria o artigo 5º, inciso XXX, da Constituição Federal, que prevê o “direito de herança” como um preceito constitucional.

A TAM apresentou defesa com a alegação de que o programa de “milhas” foi criado para “recompensar” o consumidor que utilizar de forma regular os serviços da companhia aérea, de forma que ela é livre para escolher participar do “programa de fidelidade”, anuindo com o regulamento.

Essa relação de confiança e regularidade entre o consumidor e a companhia aérea representaria um caráter “personalíssimo” nessa relação obrigacional, que se assemelha a um contrato *intuitu personae*, que impediria a sua transmissão para terceiros. Não fosse isso, também foi alegado que as “milhas” são de propriedade da TAM, nos termos do regulamento,

cuja cláusula não foi objeto da referida ação civil pública, de forma que seria impossível transferir “propriedade” da TAM para herdeiros de seus usuários, de coisa da qual sequer detinha sua propriedade.

A sentença proferida pela magistrada Priscilla Buso Faccinnetto reconheceu a possibilidade de se transferir aos herdeiros as respectivas “milhas”, ao reconhecer que se trata de um “patrimônio” ao qual deve ser sucedido, conforme destacamos trecho da decisão:

[...] Ora, no caso em análise, ainda que a requerida alegue que o programa de fidelidade é fruto de liberalidade da empresa, não se tratando de uma obrigação decorrente de imposição legal ou contratual, certo é, conforme por ela mesmo afirmado, que trata-se de um programa de incentivo ao consumidor. Outrossim, não é crível que a empresa teria prejuízo com a concessão de passagens em troca de pontos acumulados pelo cliente, sendo certo que tais “prêmios” são modalidade de pagamento antecipado que o consumidor vai fazendo cada vez que viaja, contando pontos e, ao final, quando alcança, determinada pontuação, resgata suas milhas adquirindo produtos ou serviços. Neste sentido é também o parecer ministerial (fls. 132/133), que pontuou: “não se trata de cortesia da empresa a acumulação dos pontos, mas sim aquisição de bem de valor patrimonial, o qual acarreta ônus ao consumidor quando os adquire, quer pela compra de passagens da TAM, quer pela utilização de cartões de crédito para posterior transferência para a empresa”. [...] Reconhecida a natureza patrimonial das milhagem, conforme item supra, é de rigor que os valores auferidos pelo consumidor na forma de pontos, em razão da fidelidade ao programa, não enseje benefício ao fornecedor em caso de morte daquele, o que representaria vantagem manifestamente excessiva, vedada pelo inciso V do art. 39 do CDC, bem como verdadeiro enriquecimento ilícito da ré (CC, art. 884). Assim, em caso de falecimento, os benefícios recebidos devem ser transmitidos aos herdeiros, na forma prevista pelo Código Civil.

A TAM recorreu da decisão e obteve parcial provimento para reformar a sentença proferida. Entretanto, na parte correspondente ao direito sucessório, a sentença foi mantida pelos seus próprios fundamentos. O Tribunal de Justiça de São Paulo, pela sua 29ª Câmara de Direito Privado, sob a relatoria do Desembargador Fábio Tabosa, que participava do julgamento como 3º juiz e abriu a divergência que foi acompanhada pelos demais em julgamento ampliado, reformou a sentença em relação às outras ilegalidades apontadas pela Pro Teste, mas ficou vencido a respeito da cláusula que impedia a transmissão das milhas aos herdeiros.

Por maioria de votos, o Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu que a cláusula limitadora da transmissão das milhas aos herdeiros, representava situação de “desvantagem exagerada” e de “grande onerosidade” ao consumidor, o que é vedado pelo artigo 39, inciso V, do Código de Defesa do Consumidor. Ainda que esse tenha sido o resultado do julgamento, o Desembargador Fábio Tabosa, relator designado, declarou suas razões (que

ficaram vencidas) para justificar, na sua opinião, a legalidade da referida disposição contratual no programa de milhas da TAM, ao fundamentar que a referida limitação na transmissão das milhas aos herdeiros decorreria da livre concorrência econômica, como um mecanismo de obter maior participação no mercado, o que não representaria qualquer violação aos direitos do consumidor, conforme destacamos a seguir excerto do seu voto:

[...] A competição natural estabelecida entre fornecedores que atuam em um mesmo segmento econômico em busca de captação de maior número de clientes e, conseqüentemente, em ganhos mais elevados, constitui conseqüências lógicas do exercício da atividade empresarial [...] Essa disputa por maior participação no mercado, é certo, desenvolve-se por meio da adoção de estratégias comerciais diversas pelos agentes econômicos, sempre com vistas ao progresso de seus empreendimentos [...] Para tanto, afigura-se primordial a consciência de que a ingerência no mercado, em tais hipóteses, apenas se mostra legítima em caso de efetiva ofensa a garantias asseguradas aos consumidores [...] O debate travado na hipótese dos autos no tocante à transmissibilidade hereditária e ao prazo de validade dos pontos, respeitado o entendimento adverso do douto Relator sorteado, acaba todavia por desbordar do campo da proteção dos direitos dos consumidores e ingressa na esfera da intercessão por aquilo que lhes seria mais vantajoso, voltando-se ao questionamento de práticas comuns no mercado [...] A vedação à transmissão causa mortis da pontuação acumulada junto ao programa [...] sequer se afigura abusiva segundo entende este Relator designado, prestando-se na realidade a apenas reforçar o caráter personalíssimo atribuído à bonificação pela companhia aérea, em regular exercício da já apontada maior liberdade de estipulação de restrições outorgada à instituidora do plano de recompensas, e constituindo decorrência lógica da proibição de negociação os pontos com terceiros (cláusula 1.7). Ora, se o regulamento do programa proíbe a transferência da pontuação mediante ato inter vivos, não se vislumbra em que medida a vedação hereditária, razoável e coerente com tal proibição, poderia ser tida por abusiva. Tal raciocínio, não custa esclarecer, não resta prejudicado pela possibilidade de utilização, pelo próprio participante do sistema de recompensas, da milhagem por ele acumulada para fins de emissão de passagem aérea em favor de terceiro, na medida em que tal possibilidade sequer em tese configura cessão de eventual crédito relativo às milhas, já que em tal situação competiria ao cessionário o resgate da pontuação e a emissão da passagem junto à companhia aérea, constituindo simples exercício de direito pelo próprio titular do plano, com indicação de terceiro beneficiário, em hipótese que se aproxima do instituto da estipulação em favor de terceiros.

Apesar do parcial provimento ao recurso de apelação, a TAM interpôs recurso especial e extraordinário contra o referido Acórdão, com a reiteração de seus argumentos no sentido de que o “programa de pontos” seria um “contrato gratuito”, de forma que suas disposições devem ser interpretadas de forma restritiva. Para reforçar o argumento, foi destacado nas razões recursais um “parecer jurídico” subscrito por Ruy Rosado de Aguiar Júnior, que, apoiado nas lições de Vincenzo Roppo, faz interessante distinção entre contratos gratuitos “interessados” e “não interessados”:

Costuma-se distinguir entre contratos gratuitos interessados e contratos gratuitos não interessados. O motorista que dá carona ao amigo, com ele celebra um contrato gratuito desinteressado. A companhia de petróleo que transporta gratuitamente um grupo de jornalistas para que conheçam e divulguem o empreendimento, celebra um contrato gratuito, mas interessado. Esses contratos gratuitos interessados seriam “contratti gratuiti ma non liberali, perché interessati: il trasporto offerto per incentivare la presenza turistica; la copia “amaggio” della rivista inviata per sollecitare l’abbonamento”. Apesar de haver esse interesse indireto com a celebração do contrato, ele não perde a sua característica de contrato gratuito, pois a onerosidade implicaria transformar o contato em bilateral, com prestações correspectivas, o que não acontece com o contrato gratuito, ainda que interessado, quando a prestação contratual é apenas de uma das partes. [...] No caso em questão, não há nenhum constrangimento em aceitar ou não o programa de pontuação, o contrato é livre e espontâneo, é gratuito, feito a benefício do usuário, e as limitações aos benefícios não atingem o patrimônio do participante, que tudo recebe gratuitamente, nos termos estipulados pela concedente. Aceita, querendo: nada perde, recusando.²⁰⁹

O referido recurso especial não foi admitido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, o que ensejou a interposição de recurso de agravo em recurso especial, que, apesar de conhecido, foi negado provimento. A TAM interpôs recurso de agravo interno no agravo em recurso especial, ao qual foi conhecido e dado provimento para determinar sua autuação como Recurso Especial.

Enquanto se aguardava o julgamento do recurso especial, a Pro Teste requereu homologação de acordo com a TAM, no sentido de desistir da referida ação civil pública, pedido que foi rejeitado em atenção ao princípio da indisponibilidade da ação coletiva, admitindo-se o Ministério Público Federal como seu sucessor processual.

O julgamento teve sequência e o Superior Tribunal de Justiça, pela sua Terceira Turma, sob a relatoria do Ministro Moura Ribeiro, proveu o recurso especial da TAM, reconhecendo-se a legalidade na disposição contratual que impede a transferência das “milhas” aos herdeiros do titular.

O acórdão proferido, antes de adentrar na matéria jurídica propriamente dita, faz a ressalva de que existem no mercado dois tipos de programas de pontos, o gratuito e o oneroso, de forma que a decisão proferida produz efeitos, tão somente, ao programa de pontos “gratuitos”, excluindo-se todo e qualquer tipo de programa de pontos constituído de forma onerosa.

Com essa ressalva — e apoiado na doutrina de Paulo Nader, Sílvio de Salvo Venosa, Flávio Tartuce, Orlando Gomes, Cláudia Lima Marques, Bruno Miragem e Pietro

²⁰⁹ PARECER do Ruy Rosado, dentro do processo n. 1025175-32.2014.8.26.0100, p. 667.

Perlingieri —, fundamentou o Superior Tribunal de Justiça que a cláusula em questão deriva de um contrato do tipo gratuito, portanto, que deve ser interpretado de forma restritiva, pois impõe obrigações somente a uma das partes, de modo que a limitação hereditária não impõe aos herdeiros do titular nenhuma desvantagem excessiva, vez que não existiria um direito de propriedade sobre os pontos, mas um “poder de fruição” sobre eles:

Antes de adentrar ao tema propriamente dito da validade ou não da Cláusula 1.8 do Regulamento, importante destacar que, atualmente, existem duas formas de acumulação de pontos. A primeira pode ser entendida como aquela em que o consumidor ganha os pontos, a título gratuito, como um bônus por sua fidelidade na aquisição de um produto ou serviço diretamente contratado com a TAM ou seus parceiros comerciais. Ou seja, os pontos funcionam como meio de prestigiar o consumidor fiel. Já a segunda, deve ser compreendida como aquela adquirida pelo consumidor, de maneira onerosa, ao se inscrever em programa de aceleração de acúmulo de pontuação e outros benefícios, que, no caso da empresa TAM, é denominado de Clube Latam Pass. Sendo assim, porque o pedido inicial não cuida deste segundo tipo de pontuação (pontos adquiridos de forma onerosa) os efeitos deste julgamento devem se limitar àqueles pontos recebidos de forma gratuita pelo consumidor. [...] No caso dos autos, apesar de estarmos diante de um contrato de adesão, penso ser importante destacar que este contrato também deve ser considerado unilateral, em seus efeitos, pois gera obrigações somente à TAM, instituidora do programa. [...] Assim, porque só a TAM, instituidora do programa, assume obrigações, não há como se dizer que a impossibilidade de transferência dos pontos gratuitos acumulados pelo consumidor, após o seu falecimento, acarreta, aos seus sucessores, excessiva desvantagem apta a ser coibida pelo Poder Judiciário. Além de ser considerado como um contrato de adesão e unilateral, em seus efeitos, a adesão ao Regulamento do Programa de benefícios instituído pela TAM também deve ser considerada como sendo um contrato gratuito/benéfico, pois ao passo que gera obrigações somente à instituidora do programa, o consumidor que pretende a ele aderir e dele se beneficiar, não precisa desembolsar nenhuma quantia. Ou seja, pelo fornecimento do serviço de acúmulo de pontos não há uma contraprestação pecuniária do consumidor. [...] Ainda que assim não fosse, não se pode esquecer que o direito à propriedade deve ser analisado sob a ótica do poder de disposição e do poder de fruição, sendo que este segundo deve prevalecer no presente caso [...] Sendo assim, porque o Regulamento do Programa TAM Fidelidade, como já visto, só pode ser considerado um contrato unilateral, gratuito – que deve ter suas cláusulas interpretadas restritivamente – e intuito personae, e porque o direito de propriedade, no presente caso, deve ser analisado sob o enfoque do poder fruição, não há como fugir do entendimento de que a Cláusula 1.8, ora impugnada, não se mostra abusiva, ambígua e nem mesmo contraditória [...] Deve-se ter em mente, inclusive, que quando houve a adesão ao Programa, a cláusula era clara ao informar que os pontos eram pessoais, intransferíveis e que no caso de falecimento do titular, a conta seria encerrada, e extinto o saldo de pontos e eventuais passagens-prêmio emitidas. Além disso, porque os pontos são bonificações gratuitas concedidas pela instituidora do programa àquele consumidor pela sua fidelidade com os serviços prestados por ela ou seus parceiros, não parece lógico falar em abusividade ao não se permitir que tais pontos bônus sejam transmitidos aos seus herdeiros, por ocasião de seu falecimento, herdeiros que muitas vezes nem sequer são

clientes e muitos menos fiéis à companhia instituidora do programa. Entender de forma contrária, porque, como já visto não há ilegalidade e nem sequer abusividade na mencionada estipulação, corresponderia a premiar aquele consumidor que, quando do ingresso no programa de benefícios ofertados, frise-se, gratuitamente, era sabedor das regras do jogo e com elas concordou em detrimento do fornecedor.

Portanto, conforme decisão do Superior Tribunal de Justiça, as “milhas” acumuladas em “programas” gratuitos não podem ser transferidas *causa mortis* aos herdeiros, por força de cláusula contratual inserida nos seus “termos e condições”.

A referida decisão, no entanto, não afirma que as “milhas” não detêm valor patrimonial e que não podem ser objeto de testamento, por exemplo. Elas, simplesmente, não podem ser transferidas em razão de disposição contratual, em que, a qualquer momento, pode ser alterada pela companhia aérea. Assim, é extremamente recomendável que, caso a pessoa tenha expressiva quantia de *milhas* acumuladas, e queira transmitir aos seus herdeiros, que esteja tal previsão disposta em seu testamento, pois, no futuro e eventualmente, a referida limitação no programa poderá deixar de existir.

Não fosse isso, o entendimento jurisprudencial a respeito deste tema pode, em certo sentido, ser alterado no futuro. As “milhas” têm expressivo valor patrimonial e devem compor o *monte mor* do falecido.

Apesar da decisão do Superior Tribunal de Justiça reconhecer o programa de “milhas” como contrato gratuito, entendemos que existe verdadeira contraprestação por parte do consumidor, o que alteraria a natureza jurídica do referido “contrato”.

Toda e qualquer “milha”, independentemente do seu “programa”, se da TAM ou outra companhia aérea, sempre terá sua origem vinculada a algum ato de consumo. Pode ser compra de passagens aéreas, despesas no cartão de crédito, compras realizadas em estabelecimentos parceiros (que garantem maior pontuação), escolha do cartão de crédito e sua bandeira (que terá maior ou menor anuidade ou diferentes condições — gasto mínimo mensal — para poder ser contemplado), entre outros.

Essa vinculação da milha a atos de consumo suscita fundada dúvida a respeito do seu “valor”, se o seu “custo” estaria ou não embutido em todas as diferentes transações exemplificadas acima, vez que é de conhecimento notório que todo e qualquer custo de determinado produto e/ou serviço sempre é repassado no preço final ao consumidor.

Difícil imaginar que a companhia aérea simplesmente daria “de graça” passagens aos seus clientes “fiéis”. O custo desse *ticket* futuro, muito provavelmente, está embutido, de forma indireta, nessa cadeia de consumo até que ele seja transformado em *milhas*.

Fica a dúvida também se o cliente é recompensado com *milhas* pela sua fidelização à companhia aérea, em decorrência da qualidade no serviço de transporte oferecido, atendimento, rotas ofertadas etc., ou se é o programa de *milhas*, em si, que é usado para buscar “fidelizar” o cliente. Parece-nos que a segunda opção seria mais assertiva.

Não se pode esquecer, ainda, que o valor das *milhas* exigido no momento de se adquirir a passagem “gratuita” é “artificial”, com alterações repentinas sem nenhuma justificativa aparente. Trechos que, em determinado dia, estão “custando” certa quantia de “milhas”, no mês seguinte, para o mesmo destino, podem estar o dobro ou a metade do valor anteriormente exigido, a depender de fatores como feriados, buscas de outros clientes interessados ou qualquer outro motivo que beneficie a companhia aérea, isto é, se a companhia aérea não quiser que seus clientes “fiéis” usem as suas respectivas “milhas”, basta aumentar a quantidade exigida, de forma a induzir o consumidor a preferir adquirir a passagem com dinheiro, ao invés das *milhas*.

O “obscuro” mercado das “milhas”, pois não se sabe ao certo seu efetivo custo e impacto nas finanças de uma companhia aérea, pode ter sido revelado ainda que de forma preliminar. Conforme algumas publicações^{210,211}, a crise pandêmica causada pelo coronavírus (COVID-19) demonstrou que as milhas representam a “salvação”, um “grande negócio”, para as companhias aéreas.

Com o fechamento das fronteiras dos países e a abrupta interrupção dos serviços de transporte aéreo, as companhias aéreas precisaram se socorrer por meio das instituições financeiras para contratarem financiamentos e, assim, terem fluxo de caixa para manter suas despesas e os salários de seus funcionários.

A companhia aérea American Airlines buscou no mercado financeiro americano o empréstimo da quantia de US\$ 4,75 bilhões. Para ter acesso a esses valores, as instituições financeiras exigiram garantias, que, de forma surpreendente, ao invés da companhia aérea

²¹⁰ FORBES. *How Airlines make billions from monetizing frequent flyer programs*. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/advisor/2020/07/15/how-airlines-make-billions-from-monetizing-frequent-flyer-programs/?sh=36e2e63014e9>. Acesso: 22 nov. 2022.

²¹¹ CHUN, So Yeon; BOER, Evert de. How loyalty programs are saving airlines. *Harvard Business Review*, 2 abr. 2021. Disponível em: <https://hbr.org/2021/04/how-loyalty-programs-are-saving-airlines>. Acesso: 22 nov. 2022.

compromissar um ativo ou suas próprias ações na bolsa americana, optou em entregar como garantia do empréstimo o seu “programa de milhas”.

A atividade empresária, a respeito das milhas, é desenvolvida, exclusivamente, por uma outra empresa do grupo (outra pessoa jurídica), a Aadvantage, que, segundo avaliação feita pela companhia aérea, tem o valor de mercado calculado entre US\$ 19,5 bilhões e US\$ 31,5 bilhões.

Os valores avaliados para a empresa que desenvolve o programa de milhas são superiores ao valor da própria companhia aérea. Pelo fato de a companhia aérea ter ações negociadas na bolsa americana, o empréstimo na vultosa quantia precisou ser informado aos seus investidores, cuja informação veio acompanhada das avaliações feitas sobre o programa de *milhas*.

Os documentos permitem concluir que a companhia aérea poderia ser dividida em dois negócios, o que vende os bilhetes das passagens e realiza o transporte aéreo e aquele que cuida do programa de pontos. Para o “primeiro” negócio, verificou-se que a companhia aérea enfrenta verdadeiro prejuízo no seu negócio, que é “compensado” pelo lucro da atividade a respeito das *milhas*.

As companhias aéreas “vendem” milhas para os bancos, por valores que não se sabe. As instituições financeiras, por sua vez, repassam essas milhas aos seus clientes e cobram deles através de anuidades e exigência mínima de gasto mensal no cartão de crédito.

Não fosse a venda das milhas para os bancos oferecerem aos seus clientes, as publicações da Forbes e Harvard Business Review citadas associam as companhias aéreas como verdadeiros “bancos centrais” das milhas, pois vendem aos bancos, sem nenhuma informações de sua quantidade, isto é, não se sabe quantas *milhas* existem no mercado, para, em um passo seguinte, “controlar” o seu respectivo valor, pois a *milha* pode ter um poder de compra dentro de sua plataforma extremamente relativo, vez que as companhias aéreas alteram artificialmente, sem qualquer prévio aviso, a quantia de “milhas” necessárias para adquirir determinado bilhete de passagem aérea.

O fato de as companhias aéreas entregarem em garantia seu “programa de milhas” aos bancos, quando contratam um financiamento, bem revela o seu “valor” e importância, de forma que não se confunde com uma “gratuidade” oferecida ao seu cliente “fiel”. Prever nos “termos de uso” a intransmissibilidade das *milhas*, revela que a companhia aérea deseja reservar para si, o controle deste importante patrimônio. A companhia aérea pode entregar as

milhas em garantia para um banco, sob o risco de lhe transferir a propriedade, mas o consumidor, que paga, ainda que indiretamente pelas milhas, em tese, segundo a decisão do Supremo Tribunal de Justiça, não pode transferir aos seus herdeiros.

É conveniente destacar que o próprio programa da TAM permite a transferência de milhas entre outros usuários que participam do “programa”. Para fazer a transferência de pontos, no entanto, é cobrada uma taxa, o que nos leva a questionar. Se o titular pode transferir em vida, para outra pessoa, por qual razão não poderia transferir aos seus herdeiros?²¹²

Muitas pessoas acumulam uma enorme quantidade de milhas e, naturalmente, querem deixar esse patrimônio digital para seus herdeiros. Um dos casos mais famosos envolvendo a propriedade de “milhas”, talvez, seja o bilionário chinês, Liu Yiqian, que comprou um quadro avaliado em R\$ 635 milhões no cartão de crédito, para, confessadamente, “ganhar” as respectivas “milhas”, conforme apurado pela reportagem da revista “Época Negócios”²¹³.

A mencionada reportagem calculou que o valor gasto no cartão de crédito garantiria, aproximadamente, 733 passagens, de primeira classe, no trajeto Londres a Nova Iorque. É inegável que essas “milhas” compõem o patrimônio da pessoa e, no nosso entendimento, apesar da decisão do Superior Tribunal de Justiça, poderiam ser objeto de transmissão testamentária.

Não obstante todas as questões abordadas acima, cumpre destacar a relação da herança digital com o chamado “direito ao esquecimento”, que pode, eventualmente, ser invocado para proteger a privacidade do autor da herança em relação às redes sociais que fazia uso enquanto vivo. Pode ocorrer, por exemplo, do autor da herança não testar a respeito dos seus ativos digitais, e as grandes plataformas se aproveitarem da sucessão intestada para justificar a impossibilidade de franquear este acesso aos herdeiros, ou, ainda, os herdeiros desejarem proteger a privacidade do ente querido que faleceu, com a remoção de sua conta (ou determinada foto ou vídeo) nas redes sociais.

²¹² Destaca-se ainda a existência de diversas plataformas digitais que permitem a transação de milhas, como por exemplo a “Hotmilhas”, “123 Milhas”, “Bankmilhas”, “compromilhas”, “cashmilhas”, “maxmilhas”, entre diversas outras existentes no mercado. Caso o proprietário queira vender suas milhas em vida, basta acessar um destes *websites* e fazer a transação.

²¹³ BILIONÁRIO que comprou quadro por R\$ 635 milhões pagou no crédito para conseguir milhas. *Época*, 15 nov. 2015. Negócios. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Dinheiro/noticia/2015/11/bilionario-que-comprou-modigliani-por-us-170-mi-pagou-no-credito-para-conseguir-milhas.html>. Acesso: 22 nov. 2022.

Contudo, adiantamos desde logo que, nos termos do julgamento do Recurso Extraordinário n. 1010606/RJ, no Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do Ministro Dias Toffoli, foi fixada a tese de que o direito ao esquecimento seria “incompatível” com a Constituição Federal, conforme se destaca abaixo a integralidade da tese fixada:

É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e licitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais – especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral – e das expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível.

O reconhecimento da referida “incompatibilidade”, em linhas gerais, permite-nos afirmar a “inexistência” explícita deste direito no ordenamento jurídico brasileiro. A conclusão da Suprema Corte é no sentido de que não há na Constituição Federal a previsão expressa acerca desta “categoria dogmática”. Ao analisar casos, especialmente, de outras culturas jurídicas em que se reconheceu o chamado direito ao esquecimento, assim como mencionar diversos dispositivos já existentes no ordenamento jurídico brasileiro que, de certa forma, protege e reforça preceitos constitucionais como a dignidade da pessoa humana, personalidade, honra, imagem, liberdade de expressão, tratamento de dados, entre outros, o voto relator concluiu que:

[...] em todas essas situações legalmente definidas, é cabível a restrição, em alguma medida, à liberdade de expressão, sempre que afetados outros direitos fundamentais, mas não como decorrência de um pretense e prévio direito de ver dissociados fatos ou dados por alegada descontextualização das informações em que inseridos, por força da passagem do tempo.

Dessa forma, poder-se-ia dizer, sob a visão do Supremo Tribunal Federal, que o direito ao esquecimento “não seria necessário”, pois já existiriam outros institutos que permitiriam ao ofendido buscar a repressão de abusos e conservar seus direitos. É o que se extrai da parte final da tese fixada: “eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais – especialmente os relativos à proteção da honra, imagem, da privacidade e da personalidade em geral”.

Assim, no entendimento da Suprema Corte, o direito ao esquecimento seria uma nova “roupagem” para se referir a preceitos constitucionais já existentes, como a “honra, imagem, privacidade e personalidade” e outros.

Não obstante a posição fixada pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de afirmar a “incompatibilidade” do direito ao esquecimento com a Constituição Federal, o que nos leva à interpretação de sua “inexistência” no ordenamento jurídico brasileiro, concordamos com a posição de Maria Cristina de Cicco, ao afirmar que esse direito ainda “está vivo”:

O direito ao esquecimento está vivo e goza de boa saúde, apesar da tentativa do STF de declarar a sua morte. [...] O direito ao esquecimento, como direito fundamental que é, ainda que não autônomo, encontra o seu fundamento na Constituição, que reconhece e garante os direitos e liberdade fundamentais. Esses direitos são imanentes à pessoa, precedem mesmo à Carta, que não os cria, mas os reconhece e os garante, não sendo necessária, para sua máxima proteção, uma previsão específica em lei.²¹⁴

Existem valores indisponíveis e invioláveis que não dependem de previsão expressa. Além do mais, há diversos preceitos constitucionais que se portam como verdadeira “cláusula aberta” e permitem a necessária interpretação ao contexto atual. A título de exemplo, podemos citar as uniões homoafetivas, que são contrárias ao próprio texto expresso na Constituição Federal (união entre “o homem e a mulher”; artigo 226, §3º), mas que ninguém, hoje, sustentaria a sua “incompatibilidade”.

Cada vez mais na sociedade moderna surgem situações que as pessoas necessitam de proteção. As tecnologias podem, eventualmente, desvirtuar a “memória” e o “tempo”, no sentido de “aprisionar” as pessoas ao seu “passado”, que podem “reviver” todas as consequências — negativas — de um ato ou fato que já passou. Logo, ainda que inexista de forma expressa na Carta Magna o chamado “direito ao esquecimento”, entendemos que o conjunto de diversos outros preceitos constitucionais permite resguardar o chamado *the right to be left alone* (ou *the right to be forgotten*)²¹⁵.

Pode-se dizer, ainda, que o direito ao esquecimento se revela como direito inerente ao homem “moderno”. Com o termo “moderno” nos referimos ao fato de que, apesar de existirem diversos casos no passado sobre a sua “aplicação”, é no presente e, especialmente no futuro, que cada vez mais será necessário proteger a pessoa de abusos cometidos contra a sua personalidade, valor esse que não é imutável e que se adapta e harmoniza na medida do avanço da sociedade.

²¹⁴ DE CICCIO, Maria Cristina. *O direito ao esquecimento existe*. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, 2020. Disponível em: <http://civilistica.com/o-direito-ao-esquecimento-existe/>. Data de acesso em 25/03/2022. Acesso em: 11 abr. 2022.

²¹⁵ Em tradução livre: “o direito de ser deixado em paz” ou “o direito de ser esquecido”.

O direito ao esquecimento, conforme expôs Anderson Schreiber na audiência pública realizada no Supremo Tribunal Federal a respeito do tema, “corresponde a um direito a não ser perseguido pelos fatos do passado que já não mais refletem a identidade atual daquela pessoa.” A seguir, destacamos trecho de sua exposição:

Primeiro, é importante registrar que o direito ao esquecimento é reconhecido em diversos países da Europa continental como desdobramento do direito fundamental à privacidade [...] a noção técnica de direito ao esquecimento corresponde a um direito a não ser perseguido pelos fatos do passado que já não mais refletem a identidade atual daquela pessoa. Trata-se, assim, essencialmente, de um direito contra a recordação opressiva de fatos pretéritos que projete o ser humano, na esfera pública, de forma equivocada, porque não atual, impedindo-o de ser reconhecido pelo público como quem realmente é. Não se trata, portanto, de um direito a serviço do ocultamento ou da mentira, mas, sim, da verdade. Não se trata de um direito contra a história, mas de um direito a favor da história completa que não apresente o ser humano apenas por meio de um rótulo do passado, o qual não mais corresponde à realidade. Esse direito da pessoa humana se exerce, quer em face do Estado, quer em face dos sujeitos privados. Exerce-se diante de qualquer entidade que tem a capacidade de efetuar uma projeção da pessoa sobre o espaço público. Tão se aplica, portanto, não apenas no âmbito do direito público, mas também no campo do direito privado.²¹⁶

Esse direito tem diversos contornos, o que exige a sua análise de forma casuística. Verificar se determinado fato viola preceitos constitucionais de uma pessoa, no âmbito público ou privado, em razão de matéria jornalística, biografias, programas televisivos, dados pessoais (no ambiente da sociedade da informação), entre tantos outros, deve ser contextualizado e ponderado em relação à pessoa e o “tempo”.

O aspecto tempo, nas palavras do Desembargador José Carlos Costa Netto, do Tribunal de Justiça de São Paulo, que também participou da referida audiência pública no Supremo Tribunal Federal, consiste em questão de “máxima relevância”, e nesse sentido, faz as seguintes ponderações:

[...] até quando a inexorabilidade de fatos justifica o prevalecimento da liberdade de expressão aos direitos de personalidade? Existe um tempo? Porque, vamos dizer, a difusão dos veículos de comunicação, como disseram, é regra constitucional, mas eles estão marcados no tempo ou eles podem, ad perpetuum, estabelecer que essa liberdade de expressão da comunicação vai prevalecer ao direito de personalidade, de imagem, de honra do titular desse direito de personalidade?²¹⁷

²¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública. Direito ao Esquecimento na Esfera Cível. RE 1.010.060. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/AUDINCIAPUBLICASOBREODIREITOAQUESQUECIMENTO_Transcries.pdf. Acesso em: 11 abr. 2022.

²¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública. Direito ao Esquecimento na Esfera Cível. RE 1.010.060. Disponível em:

Sobre a medida da importância do “tempo”²¹⁸ para fins de análise do direito ao esquecimento, valemo-nos da doutrina de Daniel Bucar, ao ponderar que o ser humano vive em constante mudança, de forma que aplicar o tratamento — do ponto de vista jurídico — como algo “imutável”, corresponderia a aprisioná-lo em seu passado:

Com efeito, a única característica imutável da pessoa é sua própria aptidão de mudar ao longo da vida. O passar do tempo permite que a projeção exterior das escolhas pessoais sofra voluntariamente alterações, ou não, de acordo com as experiências vividas. À pessoa, portanto, é dada a liberdade de alterar, mudar seu comportamento, sob pena de predeterminar e amarrar sua história pessoal. Impor uma coerência imutável às escolhas existenciais, sem permitir que haja mudanças na história pessoal, é acorrentar o indivíduo ao seu passado, sem possibilitar que tenha uma vida futura, livre em suas opções. Vale notar que a própria constituição das escolhas existenciais da pessoa é feita mediante um processo dialético entre recordações e esquecimentos. Não apenas a psicanálise afirma tal percepção, como o fato é estudado pela neurociência, que atribui à memória o papel principal na definição e constituição do ser humano, visto que “somos aquilo que recordamos (ou que, de um modo ou de outro, resolvemos esquecer).”²¹⁹

Fatos passados desabonadores da moral das pessoas, reinseridas no tempo presente, são a tônica que guiam a interpretação do direito ao esquecimento. O Ministro Dias Toffoli, no voto que conduziu à fixação da tese, reforça essa ideia, ao destacar que o “tempo” pode revelar a inexistência de interesse público nos fatos que se pretende reinserir:

Em conclusão, a partir desses elementos essenciais, podemos entender o nominado direito ao esquecimento como a pretensão apta a impedir a divulgação, seja em plataformas tradicionais ou virtual, de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos, mas que, em razão da passagem do tempo, teriam se tornado descontextualizados ou destituído de interesse público.

Feitas essas considerações, conclui-se que, apesar de não ser reconhecido o chamado “direito ao esquecimento”, certas situações podem se revelar violadoras de diversos outros preceitos constitucionais, estes sim reconhecidos e existentes, a exemplo, da dignidade da pessoa humana, o que reforça e reafirma a defesa dos ativos e dados digitais em relação ao seu usuário.

http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/AUDINCIAPUBLICASOBREODIREITOAUESQUECIMENTO_Transcries.pdf. Acesso em 11 abr. 2022.

²¹⁸ Sobre “memória” e “tempo”, recomendamos a palestra proferida pelo jurista Stefano Rodotà. RODOTÀ, Stefano. *Esiste ancora la privacy? Vivere in rete. Il mondo a portata di click*. Genova, 2013. Disponível em: <https://youtu.be/rpGIO1vogOE>. Acesso em: 11 abr. 2022.

²¹⁹ BUCAR, Daniel. Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 3, jul./set. 2013, p. 9. Disponível em: <http://civilistica.com/controle-temporal-de-dados-o-direito-ao-esquecimento/>. Acesso em? 11 abr. 22.

4.3 Cuidadores

São muito comuns também as disposições testamentárias que buscam contemplar médicos e diversos outros profissionais da saúde, pessoas que normalmente passam um maior tempo com o testador na sua fase final de vida. Em agradecimento, testadores costumam agraciá-los com algum patrimônio.

No entanto, esse tipo de disposição tem enfrentado problemas. Existe certa desconfiança em disposições feitas em favor de curadores (no sentido amplo do termo), em razão de que estas pessoas podem influenciar de forma indevida a liberdade (e vontade) do testador para que, de certo modo, abandonem seus afetos naturais em favorecimento dos cuidadores.

Esse receio vem do argumento de que aqueles que estão fisicamente mais próximos do testador, em situação vulnerável, certamente podem atrair e captar para si a “vontade” do testador.

Com total evidência deve ser ponderado o outro ponto de vista, isto é, o desejo do testador de contemplar pessoas que lhe ajudaram em momento de maior necessidade e debilidade em sua vida, com legítimo e honroso desejo de recompensar pessoas que tiveram com ele atitudes bondosas e generosas. Ademais, proibir a inclusão deste tipo de disposição no testamento, representaria forte limite e restrição na liberdade de testar.

A questão recebe tratamento diferenciado em diversos ordenamentos, alternando entre premiar a liberdade de testar, deixando livre essa disposição, entre outras que criam verdadeiro grau intermediário, cercando de formalidades este tipo de disposição, justamente, para garantir a livre manifestação da vontade do testador.

De forma a evitar desvios maliciosos e assegurar a livre manifestação de vontade do testador, o Código Civil brasileiro prevê situações em que certas pessoas não poderão ser beneficiadas no testamento. É o caso (artigos 1.801 e 1.802 do Código Civil) das testemunhas que participam do testamento, do tabelião, do escrivão, entre outras, justamente para garantir sua respectiva isenção, pois desarrazoado seria permitir que uma pessoa, ao mesmo tempo que participasse do testamento, fosse beneficiada.

A regra contida no artigo 1.801 do Código Civil já existia no Código Civil anterior (artigo 1.719), de modo que representa uma proteção *ex ante*, isto é, já na formação do testamento, certas pessoas não têm capacidade passiva para receber herança ou legado.

Nos comentários sobre a proibição prevista no Código Civil, Zeno Veloso²²⁰ afirma se tratar de rol taxativo e que sua interpretação deve ser feita restritivamente. Por ser uma norma limitadora de direitos, não seria admissível qualquer analogia ou extensões na sua interpretação. Assim, para o autor, a proibição prevista nos artigos 1.801 e 1.802 do Código Civil, não pode ser estendida a nenhuma outra.

No entanto, muito se discute se esta proteção *ex ante* não poderia ser aplicada em relação aos médicos, profissionais da saúde e os cuidadores profissionais. Essa preocupação é pertinente, especialmente em relação aos idosos, vulneráveis, que podem ser influenciados e terem a sua liberdade de testar maculada.

Importante aqui destacar e diferenciar que a questão vai além dos vícios na declaração de vontade. Não se trata, propriamente, dos possíveis efeitos — nulidade ou anulabilidade — do testamento em razão de dolo ou coação que poderia vir a ser eventualmente exercido pelo cuidador profissional, por exemplo. Trata-se, antes, da figura do testador como pessoa idosa, vulnerável, que representa uma maior propensão a ser mais suscetível a influências externas, ainda que inexistente o dolo nesse sentido.

A questão se resume a proteger o idoso, diante de suas próprias características, para que se resguarde a sua liberdade de testar. Podemos aqui fazer uma analogia com o Código de Defesa do Consumidor, que, apesar de reconhecer todo consumidor como vulnerável, exige, em relação ao idoso, uma especial atenção, pois deve ser levado em consideração sua hipossuficiência natural que origina de sua idade avançada.

O testador idoso, diante de suas especificidades, merece uma maior proteção. O tema tem sido bastante discutido na doutrina estrangeira e vale aqui a contextualização feita por Antoni Vaquer Aloy:

El testador vulnerable es aquella persona de edad avanzada y salud débil que vive solo. Se trata de un sujeto que requiere de un especial protección porque no hay normas específicas de protección en los ordenamientos jurídicos, ya que frente a ellos no hay engaño, no hay intimidación, tampoco error ni violencia, es decir, los vicios tradicionales de la voluntad, sino la captación de la voluntad de manera más o menos sibilina hasta conseguir que forme y expreme una voluntad testamentaria favorable a quien ha ejercido esa influencia.²²¹

²²⁰ VELOSO, Zeno. *Testamentos de acordo com a Constituição de 1988*. Belém: Ed. CEJUP, 1993, p. 432 e 433.

²²¹ VAQUER ALOY, Antoni. *Libertad de testar y libertad para testar*. Santiago: Ediciones Olejnik, 2018, p. 127. Em tradução livre: “O testador vulnerável é aquela pessoa de idade avançada e saúde debilitada que mora sozinha. É um assunto que requer proteção especial porque não existem regras específicas de proteção nos sistemas jurídicos, uma vez que não há dolo, nem intimidação, nem erro ou violência, ou seja, os vícios

No mesmo sentido, a doutrina de Isabel Zurita Martín reconhece como problema atual do nosso século os testamentos em favor de cuidadores, pois podem ser frutos de suposta influência exercida por estes profissionais, que se aproximam do testador na sua enfermidade e nos últimos *dias* de sua vida:

La primera medida que el propio Código Civil prevé para la protección de la libertad de testar de la persona vulnerable en este ámbito se concibe con carácter preventivo, partiéndose de la presunta vulnerabilidad del otorgante en determinadas circunstancias. Así, el Código Civil establece limitaciones, condicionantes o, incluso, prohibiciones para disponer mortis causa a favor de ciertas personas que, por la especial relación que las une con el causante, se encuentran en una situación particularmente privilegiada o presumiblemente proclive a influir en su voluntad en su propio beneficio. Tradicionalmente, el Derecho se ha referido a los confesores, notarios o tutores del testador (arts. 752-754 CCE y 412-5.1 CCCat), si bien estas prohibiciones han de actualizarse a la realidad de nuestros días, tanto en un sentido positivo como negativo. De este modo, en una versión actualizada de estas circunstancias, cobran específica relevancia las disposiciones testamentarias a favor de las personas que han cuidado del testador en su última enfermedad.²²²

Nos Estados Unidos da América, diversos estudos²²³ sobre o tema — *undue influence* — buscam definir critérios para avaliar se o testador é pessoa vulnerável ou não, por exemplo, o seu entorno social, as pessoas com quem convive, suas circunstâncias sociais, o contato com os familiares e amigos, o grau de sua enfermidade ou dependência de médicos e profissionais da saúde, se está internado ou em algum asilo, suas condições mentais, entre outras. Tudo deve ser considerado para buscar, minimamente, uma margem de segurança no

tradicionais da vontade, mas a captura da vontade de forma mais ou menos sibilina até que forme e expresse uma vontade testamentária favorável a quem exerceu essa influência”.

²²² MARTÍN, Isabel Zurita. La protección de la libertad de testar de las personas vulnerables. In: VAQUER ALOY, Antoni; SÁNNCHES GONZÁLEZ, María paz; BOSCH CAPDEVILA, Esteve (coord.). *La libertad de testar y sus límites*. Madrid: Marcial Pons, 2018, p. 92. Em tradução livre: “A primeira medida que o próprio Código Civil prevê para a proteção da liberdade testamentária do vulnerável nesta área é concebida com caráter preventivo, com base na suposta vulnerabilidade do outorgante em determinadas circunstâncias. Assim, o Código Civil estabelece limitações, condições ou, ainda, proibições de ordenar mortis causa a favor de certas pessoas que, pela relação especial que as une ao falecido, se encontrem em situação particularmente privilegiada ou presumivelmente propensas a influenciar a sua vontade para seu próprio benefício. Tradicionalmente, a Lei tem referido os confesores, notários ou tutores do testador (arts. 752-754 CCE e 412-5.1 CCCat), embora estas proibições devam ser atualizadas à realidade dos nossos dias, tanto em sentido positivo como negativo. Desta forma, numa versão atualizada destas circunstâncias, ganham particular relevância as disposições testamentárias a favor das pessoas que tenham cuidado do testador durante a sua última doença.”.

²²³ KERRIDGE, R. Wills made in suspicious circumstances: the problem of the vulnerable testator. *Cambridge Law Journal*, n. 59, p. 310-334, 2000; LANGBEIN, J. H., Will contests. *Yale Law Journal*, n. 103, p. 2039-2048, 1994; SHULMAN, K.; COHEN, C. A.; KIRSH, F. C.; HULL, I. M.; CHAMPINE, P. R. Assessment of testamentary capacity and vulnerability to undue influence. *American Journal of Psychiatry*, n. 164, 722-727, 2007 e PEISAH, C.; FINKEL, S.; SHULMAN, K.; MELDING, P.; LUXENBERG, J.; HEINIK, J.; JACOBY, R.; REISBERG, B.; STOPPE, G.; BARKER, A.; BENNET, H. The wills of older people: risk factor for undue influence. *International Psychogeriatrics*, n. 21, p. 7-15, 2009.

testamento feito por pessoa idosa, particularmente, quando entrega seus bens a profissionais da saúde que o acompanharam nos últimos dias de sua vida.

Caso seja identificada qualquer influência externa na manifestação de vontade do testador, aquela disposição testamentária não terá validade. A construção do raciocínio parece simplista e lógica, porém a dificuldade consiste, justamente, na análise e apuração de diversas condições para identificar a conduta influenciadora externa, que ganha relevo e complexidade ao levar em consideração o idoso.

Para o Direito Catalão, que recentemente alterou seu Código Civil, foi introduzido um mecanismo específico de proteção para os testadores considerados vulneráveis. Se o testador desejar contemplar o cuidador ou qualquer outro profissional da saúde que lhe tenha ajudado, ou mesmo, ao invés de indicar a pessoa do cuidador, mas a instituição em que ele trabalha, poderá fazê-lo, desde que através de “testamento notarial aberto”, pois, à medida em que o notário deve perquirir sobre a capacidade testamentária do testador, a exigência dessa forma de testamento permitirá identificar eventual influência do cuidador e, assim, garantir que a vontade do testador seja realmente livre.

A doutrina catalã parece apreciar essa solução, pois, ao mesmo tempo que protege o testador vulnerável, permite e garante uma maior liberdade de testar.

No Direito Alemão, o § 14 da *HeimGesetz*, proíbe expressamente qualquer disposição testamentária em favor do proprietário, diretor ou funcionários de casas de repouso e asilos, assim como qualquer um de seus familiares. A referida norma restritiva, inclusive, já foi reconhecida como constitucional pelo Tribunal Federal alemão em 1998.

Verifica-se que na Alemanha já há muito tempo se reconhece a vulnerabilidade do idoso e a possível influência que profissionais da saúde podem exercer sobre eles. Apesar de que, em alguns casos, a jurisprudência alemã permitir e relevar a referida proibição, como regra, o que vale é a impossibilidade de contemplar nas disposições testamentárias qualquer profissional da saúde que tenha se aproximado do testador.

Ainda na Europa, é interessante destacar o sistema holandês. O seu também recente Código Civil incluiu duas normas de proteção do testador vulnerável. A proibição de incluir no testamento cuidadores e profissionais da saúde, bem como também a própria pessoa jurídica para a qual eventualmente trabalham, também existe. No entanto, a proibição da disposição testamentária só terá validade e eficácia se no momento da realização do testamento, o testador era atendido por estes profissionais, ou seja, se o testador teve contado

no passado e não o possui mais no momento da lavratura do testamento, nada há que se falar na sua proibição. A lei holandesa parte do pressuposto que a influência do cuidador é presumida durante o tratamento e os cuidados realizados, de modo que, inexistindo esse vínculo e sendo a pessoa incluída posteriormente no testamento, não haveria como interpretar pela existência de qualquer influência, prestigiando a liberdade de testar do testador.

Na França, o artigo 909 do Código Civil também proíbe disposições testamentárias em favor de médicos e outros profissionais da saúde, ao dispor, em tradução livre: “os membros das profissões médicas e farmacêuticas, bem como os auxiliares médicos que prestaram assistência a uma pessoa durante a doença de que faleceu, não podem usufruir das disposições intervivos ou testamentárias que teria feito a seu favor no decurso deste”. Essas mesmas regras também se aplicam ao “ministro do culto”.

No mesmo sentido, o artigo 2.194 do Código Civil português, prevê que “é nula a disposição a favor do médico ou enfermeiro que tratar o testador, ou do sacerdote que lhe prestar assistência espiritual, se o testamento for feito durante a doença e o seu autor vier a falecer dela”.

A origem dessa norma no sistema português é antiga: Ordenações Filipinas, no seu Livro IV, com o aditamento feito pela Lei de 25 de junho de 1766:

[...] para de huma vez cessarem as sobreditas maquinações frequentemente feitas aos Testadores nas suas maiores enfermidades, para sugeridos, ou enganados convirem em tudo o que lhes propoem sem aquella meditada, e plena advertência, e deliberação, que são indispensavelmente necessárias para hum acto legislativo, e tão serio, como he o da disposição dos bens da ultimas vontade [...] Mando que todos os testamento [...] feitos depois de haverem principiado as doenças dos Testadores, ou estes se acharem em cama, ou o estejam fora della, sejam nullos [...].

João Francisco Gonçalves Barroso Teixeira, apoiado na doutrina de Mário Júlio de Almeida Costa²²⁴, afirma que a intenção do *legislador* foi a de “assegurar a manifestação da autêntica vontade do testador, afastando possíveis maquinações ou sugestões sobre o seu ânimo.” Segundo os autores, a razão para a destacada previsão pode ser encontrada no próprio

²²⁴ TEIXEIRA, João Francisco Gonçalves Barroso. *As indisponibilidades relativas de testar dos artigos 2194º e 2196º do Código Civil: problemas e respostas atuais para um instituto cristalizado*. Orientadora: Cristina Manuela Araújo Dias. 2018. Dissertação (Mestrado) - Universidade do Minho, 2018. p. 53. Em tradução livre: “Por uma vez cessaremos as chamadas maquinações freqüentemente feitas aos Testadores em suas piores doenças, por sugeridas ou enganadas, nos convertemos em tudo ou que eles as propõem com aquele aviso meditado e completo e deliberação, que são indispensavelmente necessários para um ato legislativo, e Sério, como eu disponibilizei dois testamentos finais para você [...] eu ordeno que todos vocês façam testamentos [...] depois de termos iniciado os dois Testadores, ou eles ficarão na cama, ou eles estarão fora dele, serão nullos”.

preâmbulo justificativo do ato normativo: “[...] excesso a que tem chegado, os sucessivos, e frequentes abusos de últimas vontades [...] e domínios pelas muitas pessoas, que se arrogarão as direcções dos Testamentos, insinuando-se artificialmente no espírito dos Testadores”.

A *ratio legis* foi acolhida no Código de Seabra (1867) e no Código Civil Português (1966). E, nesse sentido particular, vale a transcrição das ponderações de João Francisco Gonçalves Barroso Teixeira, escorado na doutrina de Rabindranath Capelo De Sousa, Luis Carvalho Fernandes e Luiz da Cunha Gonçalves:

Para além de se manifestarem como um elemento garante da liberdade de testar, estas proibições “*visam também objetivos sociais e deontológicos, impedindo que certos cargos, funções ou posições propiciem a obtenção de benefícios testamentários inaceitáveis moral e juridicamente*”. No caso do art. 2194, é a própria natureza destes cargos ou funções que origina um possível ascendente psicológico destas pessoas face ao testador que, encontrado-se numa situação de doença – cuja fragilidade é inerente a este estado –, pode ver o seu discernimento comprometido [...] O facto determinante será sim a relação estabelecida entre os sujeitos titulares daqueles cargos e o testador, é a relação per si que despoleta esta presunção inelidível de domínio de uma das partes face à outra. Como refere Carvalho Fernandes, “*não está, pois, em causa, sequer a falta efectiva de esclarecimento ou da liberdade de testar, mas o risco de tal se verificar. Em suma, procura-se prevenir o risco*”. Ora, a situação vulnerável em que se encontra uma pessoa doente, sobretudo no que toca a doenças das quais poderá resultar a morte, é brilhantemente retratada por Cunha Gonçalves no seu comentário ao art. 1769 do Código de Seabra. Esclarece assim este autor que “*o enfermo, que se encontra in articulo mortis ou prostrado com doença mortal, tendo o corpo e o espírito deprimidos, desapegado dos bens terrenos e aterrado com a perspectiva da vida futura, facilmente pode ser vítima da captação da sua herança, quer pelo facultativo que promete salvá-lo, apesar-de de sabe-lo incurável, quer pelo confessor, que lhe promete a absolvição dos seus pecados e lhe garante a entrada no céu. É como precaução contra estas captações que o art. 1769 foi consignado neste Código*”²²⁵

A realidade do direito português já existiu no Brasil. Lembramos que antes da promulgação do Código Civil de 1916, e antes mesmo da Consolidação das Leis Civis, por Augusto Teixeira de Freitas, vigoravam em nosso país as Ordenações Filipinas e, com elas, a nulidade de todos os testamentos feitos em favor de pessoas que poderiam se aproveitar do doente.

A descontinuação da referida proibição na legislação brasileira é justificada, na doutrina de Carlos Maximiliano, como mera *opção* do legislador:

²²⁵ TEIXEIRA, João Francisco Gonçalves Barroso. *As indisponibilidades relativas de testar dos artigos 2194º e 2196º do Código Civil: problemas e respostas atuais para um instituto cristalizado*. Orientadora: Cristina Manuela Araújo Dias. 2018. Dissertação (Mestrado) - Universidade do Minho, 2018. p. 59, grifo do autor.

CASOS DE INCAPACIDADES HOJE INEXISTENTES – a) Estrangeiro (pessoas física ou moral) (1); instituições de mão-morta (igrejas, mosteiros, confrarias, ordens militares) (2); condenados a penas graves ou infamantes (3); religioso professo; herege, apóstata (4); o desnaturalizado (5); b) filhos espúrios e os naturais não reconhecidos (6); c) o sacerdote que assistiu ao testador *in extremis*, e o clérigo, em testamento de outro clérigo (7); d) a filha que se tornou desonesta (8); e) o tutor, ou curador, em testamento do pupilo, ou curatelado (9); f) os médicos, oficiais de saúde e farmacêuticos que tenham tratado do testador durante a moléstia da qual faleceu (10); g) o co-réu de adultério (11). Sob letra *a*, ficaram mencionadas incapacidades *absolutas*, e de *b* a *g*, incapacidades *relativas*. Tôdas existiam no Direito Brasileiro e no de povos cultos; uma vez que não as consignou o Código Civil, infere-se ter havido o propósito de não as manter: o assunto é de direito *estrito*; a incapacidade deve reduzir-se aos casos *expressos*.²²⁶

Assim, verifica-se que diversos ordenamentos jurídicos proíbem ou, minimamente, preocupam-se com a liberdade de testar do idoso, pessoa vulnerável, que pode ser influenciada por terceiros, em especial, àqueles que lhe prestam serviços médicos.

No Brasil, apesar de no passado já ter existido esta proibição, com as Ordenações, não se verifica no atual Código Civil a manutenção desta regra. Atualmente, portanto, não há como defender *ex ante* a invalidade do testamento feito em favor dos cuidadores, dos médicos, dos psicólogos, ou de quaisquer outros, pois a norma contida nos artigos 1.801 e 1.802 é limitativa e assim deve ser interpretada de forma restritiva. No entanto, mesmo diante da lacuna legislativa, entendemos que a existência de disposições testamentárias em favor dos cuidadores ou outros profissionais da saúde pode, por vezes, vir a ferir a *ratio* da sucessão testamentária, que consiste na proteção da manifestação de *última* vontade do testador.

A interpretação sistemática do Código Civil é justamente nesse sentido. As diversas regras previstas servem ao propósito de oferecer proteção e garantia ao testador, de que suas “disposições de última vontade” foram declaradas livremente e que serão cumpridas, e não captadas e desvirtuadas sob a influência ou sedução daqueles que buscam se aproveitar de sua vulnerabilidade.

Não se faz aqui qualquer crítica dirigida especificamente aos profissionais da saúde. A abordagem conduzida no texto é puramente jurídica e reflete experiências do passado e de outros países. Não há qualquer juízo negativo de valor em relação a cuidadores, médicos, psicólogos ou qualquer outro. Deveras, despiendo falar da tamanha importância desses profissionais na nossa sociedade. O que se busca antes de tudo é salvaguardar o testador de influências externas na disposição de sua “última vontade”, o que pode vir a ocorrer nas mais variadas formas e situações.

²²⁶ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. 4. ed. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1958. v. 2, p. 515-516.

4.4 Animais

Os animais estão previstos no artigo 82 do Código Civil como bens móveis — “bens suscetíveis de movimento próprio [...] sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.” Nosso Código Civil prevê apenas dois regimes para regulamentar as relações jurídicas: o de bens e o de pessoas. Dessa forma, os semoventes, por não serem pessoas, evidentemente, foram incluídos no regime de bens e adquiriram o *status* de “coisa”.

Tal regulação não se deu ao acaso. Historicamente, existe forte relação entre propriedade, dinheiro e os animais. A palavra *cattle* (gado), em inglês, por exemplo, vem da mesma raiz que a palavra *capital* e as duas são sinônimas em diversas outras línguas. A palavra espanhola para propriedade é *ganadería* e a palavra para gado é *ganado*. A palavra latina para dinheiro é *pecúnia*, que deriva de *pecus*, que quer dizer “gado”.

Importante também o pensamento pré-cristão, conforme afirmação contida na Bíblia, no seu primeiro livro, “Gênesis”: “Façamos o homem à Nossa imagem e semelhança; que ele tenha o domínio sobre os peixes do mar, as aves do ar e os animais domésticos, sobre toda a terra e todas as coisas rastejantes sobre a terra”. Essa passagem sugere e, assim foi interpretada, que Deus criou a Terra e seus recursos para o uso comum de todos os humanos.

Na Grécia, através da escola de pensamento desenvolvida por Platão e seu discípulo Aristóteles, gerações e sistemas jurídicos acabaram sendo influenciados por suas ideias. Aristóteles afirmava que os animais existiam para servir aos interesses humanos. Justificou, desse modo, seu raciocínio estabelecendo paralelo com a escravidão, que, segundo o autor, alguns homens são escravos por natureza e a escravidão era correta e vantajosa. O escravo era alguém que “embora permaneça um ser humano, também é um artigo de propriedade.”²²⁷

Para René Descartes (1596-1650), os animais eram inconscientes, não possuíam mente nem alma, qualidades dadas por Deus apenas aos seres humanos. Sustentava seu pensamento ao afirmar que os animais não faziam uso de nenhuma linguagem verbal ou de sinais, algo inerente a todo ser humano. Fazia menção aos animais como “autômatos ou máquinas ambulantes” e, assim como um relógio pode informar as horas melhores do que os humanos, algumas máquinas animais podem realizar certas tarefas melhor do que os humanos²²⁸.

²²⁷ SINGER, Peter. *Libertação animal*, São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 274.

²²⁸ FRANCIONE, Gary L. *Introdução aos direitos animais*. Campinas Ed. Unicamp, 2013, p. 51.

Defendia que os animais não eram sencientes, sendo incapazes, portanto, de sentir dor, prazer ou qualquer outro sentimento. Descartes cortava animais vivos para revelar seus corações batendo e toda reação externada pelo animal era desconsiderada. Afirmava que o seu som em nada diferia de uma engrenagem rangendo por falta de óleo. Para o autor, falar em obrigação moral para com os animais era algo totalmente sem sentido, que corresponderia a exigir do homem uma obrigação moral com suas máquinas.

Anos mais tarde, John Locke (1632-1704), um dos maiores influenciadores da *Common Law* britânica, com sua teoria da propriedade, defendia, em linhas rasas, que os humanos poderiam adquirir propriedade ao juntar o seu trabalho a qualquer objeto que pudesse ser encontrado na natureza.

Como Locke era adepto da crença judaico-cristã sobre a criação do universo e o estabelecimento da supremacia humana (Gênesis), afirmava que Deus deu aos humanos o domínio sobre os animais e que eles não diferem de nenhum outro recurso ou objeto que podemos possuir. Os humanos podem adquirir o direito de propriedade sobre animais exatamente como podem adquirir o direito de propriedade sobre qualquer outro recurso. Locke dizia, que os animais constituem “a classe das Criaturas inferiores” e que nós não lhe devemos nenhuma obrigação moral, sendo eles meros recursos, como a água e as árvores, que Deus criou para o nosso uso²²⁹.

No mesmo sentido, os pensamentos de Immanuel Kant (1724-1804), que, apesar de reconhecer a senciência dos animais, ou seja, que eles são seres aptos a sentimentos, entendia que pelo fato de serem irracionais e sem autoconsciência, os humanos não lhe deviam qualquer obrigação moral. Para Kant, os animais são meros meios para os fins dos humanos; são “instrumentos dos homens”, existem apenas para o nosso uso e não têm, eles próprios, nenhum valor. Ademais, o referido autor, na sua obra “Fundamentos da Metafísica dos Costumes”, é categórico ao afirmar que “coisas” têm preço, e os homens, dignidade. Nesse sentido, para ele, seria redundante a afirmação “dignidade da pessoa humana”, pois a dignidade não poderia ser atributo de outro ser.

Essa construção, fundada no racionalismo iluminista antropocentrista, centralizada no homem como razão, vontade e autoconsciência, corresponde ao que o Antônio Junqueira de Azevedo²³⁰ chamou de “concepção insular da dignidade”, teoria que separa o homem da

²²⁹ FRANCIONE, Gary L. *Introdução aos direitos animais*. Campinas Ed. Unicamp, 2013, p. 119-121.

²³⁰ AZEVEDO, Antônio Junqueira. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 9, p. 107-125, jan./mar. 2002, p. 5.

natureza, colocando-os em níveis diferentes, distância esta que se limita e se justifica pura e simplesmente pela vontade dos homens.

O referido trabalho desenvolvido por Antônio Junqueira de Azevedo, defendia a superação deste paradigma, em prol de uma nova ética, um novo conceito de dignidade. Segundo o mencionado autor, o

[...] homem como ser integrado à natureza, participantes especial do fluxo vital que a perpassa há bilhões de anos, e cuja nota específica não está na razão e na vontade, que também os animais superiores possuem, ou na autoconsciência, que pelo menos os chimpanzés também têm, e sim, em rumo inverso, na capacidade do homem sair de si, reconhecer no outro um igual, usar a linguagem, dialogar e, ainda, principalmente, na sua vocação para o amor, como entrega espiritual a outrem.

E complementa: “a etologia comprova o que qualquer bom observador, não contaminado pelo racionalismo europeu, sabe: animais, como cavalos, cachorros, macacos etc. pensam e querem”.

Dessa forma, constata-se na história que a cultura ocidental não reconhecia, de modo geral, qualquer obrigação moral dos homens para com os animais. Vê-se que a ideia de que o animal é coisa, pressupõe, de acordo com Alfredo Domingues Barbosa Migliore, “um homem livre e supremo, feito no molde de barro do próprio Criador, apto a conquistar as profundezas do oceano e as geleiras antárticas, a governar todos os outros seres e lhes impor seus desígnios, a conduzir o planeta para o seu reinado soberano.”²³¹

As atitudes para com os animais de gerações passadas não convencem mais porque se ancoram em pressupostos — religiosos, morais ou metafísicos — agora obsoletos. Afirma ainda o autor supramencionado que essa pretensiosa construção humanista se ergueu sobre um pressuposto que não pode mais ser admitido como verdade incontestável e inabalável,

[...] justamente porque as ciências biológicas — e suas teorias que abalaram o mundo moderno — demonstraram justamente o contrário do que sustentaram os juristas, filósofos e humanistas: o homem não é o Everest ou supassumo da evolução, nem o mais importante dos seres, nem o único a sentir, raciocinar, pensar, querer ou sofrer. Sucumbe a premissa maior. Quando se percebe que a lei se espelha nesses ideais ultrapassados, quiçá historicamente importante, mas sabida e acabadamente falsos, fica fácil entender por qual razão ela reconheceu direitos apenas aos homens e, em contrapartida, relegou os direitos animais a um papel de objeto e coadjuvante no mundo da natureza, vista presumivelmente como *playground* de toda humanidade. Sob essa ótica, nada, salvo um egoísmo especista ou um

²³¹ MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa. *Personalidade Jurídica dos Grandes Primatas*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2012.

egocentrismo absolutamente oitocentista, pode, em tese, justificar o direito fundamental para o homem, e não para os outros animais.”²³²

É preciso, portanto, como afirma Francesca Rescigno, superar o antropocentrismo a partir do reconhecimento de que o homem não é o único sujeito digno de consideração moral, de modo que os princípios de igualdade e justiça não se aplicam somente aos seres humanos, mas a todos os sujeitos viventes²³³.

A noção de “direitos dos animais” tem suscitado importante debate no meio científico e jurídico a respeito do reconhecimento de que os animais gozam de personalidade jurídica e por isso são sujeitos de direito. Se há dificuldade para aceitar proposições nesse sentido e admitir direitos que podem ser exercidos direta ou indiretamente por seus titulares, não se pode negar que existe, como afirma Santiago Muñoz Machado²³⁴, um complexo de princípios e disposições que protegem os animais (com a mesma intensidade que os direitos) e que se formou a partir das alternativas técnicas de limitar o exercício do direito sobre eles e impedir determinadas situações de sujeição, assim como de impor obrigações aos indivíduos conducentes às condições de bem estar e vida idônea aos animais.

A natureza jurídica dos animais, afirma Diomar Ackel Filho:

[...] não pode mais ser simplesmente referida como coisa ou bem. É que esses seres, porque providos de vida biológica e outros elementos, incluindo psiquismo ativo, já mereceram do Estado outro status. Não são simplesmente apenas coisas ou meros números. Mas individualidades biopsicológicas, que vêm recebendo o reconhecimento jurídico em todas as partes do mundo. Considerar os animais meras coisas, como desprovidas de vida e sentimentos, afronta a consciência ética da humanidade. Se há pessoas que assim os considere, desprezando seus direitos, a imensa maioria dos habitantes do planeta nutre sentimentos de respeito pelos animais. É daí que verte esse elemento moral, traduzido na justiça do reconhecimento dos seus direitos e da repulsa a todas as formas de crueldade e biocídio.²³⁵

O referido autor sustenta que os animais têm uma personalidade típica. Não são pessoas, na acepção do termo,

[...] mas são sujeitos titulares de direitos civis e constitucionais, dotados pois de uma espécie de personalidade *sui generis*, típica e própria à sua condição. [...] como sujeitos de direito são reconhecidos e tutelados, reunindo atributos que permite colocá-los numa situação jurídica peculiar, que se assemelha aos

²³² MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa. *Personalidade Jurídica dos Grandes Primatas*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2012, p. 65-66.

²³³ RESCIGNO, Francesca. *I Diritti degli animali*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2000, p. 86.

²³⁴ MACHADO, Santiago Muñoz. *Los animales y el Derecho*. Madrid: Ed. Civitas, 1999, p. 110-111.

²³⁵ ACKEL FILHO, Diomar. *Direitos dos Animais*. São Paulo: Ed. Themis, 2001, p. 6-63.

amentais humanos”. É uma espécie, de acordo com o autor, de “personalidade anômala”.²³⁶

Se a falta de razão inibe os animais de serem sujeitos de direito, afirma Antônio Pereira Da Costa²³⁷, “a sensibilidade torna-os merecedores de tutela jurídica.” E acrescenta:

[...] o animal é um ser que sofre, sente alegria e tristeza, fica nervoso, cria relações de amizade e de inimizade, brinca e gosta de ser acariciado, tem por vezes um grande sentimento de gratidão, como o cão vadio recolhido, que é de grande dedicação à pessoa que o acolhe, e de solidariedade. André Langaney, citado por Chapouthier, diz que o homem partilha com os animais tudo o que respeita às emoções, à afetividade, à atracção sexual, aos cuidados aos jovens, à solidariedade social, com a diferença essencial da linguagem. “As únicas diferenças entre a dor, o prazer e o stress nos animais e em nós consistem nas palavras para o dizer”. Todos estes atributos não podem deixar-nos indiferentes quanto à necessidade da protecção legal dos animais, sob pena de uma enorme insensibilidade humana.

Como afirmam Maria Clara Sottomayor e Ana Teresa Ribeiro²³⁸:

[...] a integração dos animais na noção de coisa não é adequada aos valores de uma nova era, em que a ciência comprova que o animal tem capacidade de sofrimento. Já antes dos resultados da ciência, as emoções das pessoas conviviam com os animais indicavam a natureza sensível a relacional destes, sobretudo dos mamíferos, animais de companhia. [...] No direito comparado, os movimentos de defesa dos animais tiveram repercussões no estatuto dos animais nos códigos civis, o que levou a que deixassem de integrar a noção de coisa e tivesse passado a ser vistos como criaturas com sensibilidade, como sucedeu em 1988, na Áustria, em 1990, na Alemanha, e em 2002, na Suíça [...] O direito suíço é o mais avançado na protecção dos animais, contendo uma norma de direito sucessório (artigo 482º, nº4), que estabelece um ônus de cuidar do animal, tornando-o beneficiário de uma disposição *mortis causa*, e uma norma de direito de família [art. 651º, al. A], que estatui que, nos casos de dissolução de casamento, união de fato ou de partilha de herança, o tribunal pode adjudicar o animal em litígio à parte que garanta a sua melhor acomodação e tratamento.

Afinal, disse Darwin²³⁹, “não há diferenças fundamentais entre o homem e os animais nas suas faculdades mentais ... os animais, como os homens, demonstram sentir prazer, dor, felicidade e sofrimento.”

Há um fundo ético-humanista, segundo Menezes Cordeiro²⁴⁰,

[...] que se estende a toda forma de vida, particularmente à sensível. O ser humano sabe que o animal pode sofrer; sabe fazê-lo sofrer; sabe evitar fazê-lo. A sabedoria dá-lhe responsabilidade. Nada disso o deixará indiferente –

²³⁶ ACKEL FILHO, Diomar. *Direitos dos Animais*. São Paulo: Ed. Themis, 2001, p. 66.

²³⁷ COSTA, Antônio Pereira da. *Dos animais – o direito e os direitos*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1998, p. 10.

²³⁸ SOTTOMAYOR, Maria Clara; RIBEIRO, Ana Teresa. In: FERNANDES, Luís Carvalho; PROENÇA, José Brandão (coord.). *Comentário ao Código Civil: parte geral*. Lisboa: Ed. Universidade Católica, 2014, p. 454-455.

²³⁹ DARWIN, Charles. *The descent of man and selection in relation to sex*. London: John Murray, 1871. v. 1, p. 35-39. No texto original: “*My object in this chapter is solely to shew that there is no fundamental difference in their mental faculties [...] the lower animals, like man, manifestly feel pleasure and pain, happiness and misery*”.

²⁴⁰ CORDEIRO, Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. Coimbra: Almedina, 2004, v. 1, t. 2, p. 214.

ou teremos uma anomalia, em termos sociais e culturais, dado o paralelismo com todos os valores humanos.

Por isso, a Declaração Universal dos Direitos dos Animais, proclamada em 15 de outubro de 1978 e aprovada pela UNESCO e pela ONU, considerando que o respeito pelos animais, por parte do homem, está relacionado com o respeito dos homens entre eles próprios, e estabeleceu, que os animais têm direitos à existência²⁴¹; que o homem não tem o direito de exterminar e explorar os animais²⁴²; que cada animal tem direito à consideração, à cura e à proteção do homem²⁴³; que nenhum animal será submetido a maus-tratos e atos cruéis²⁴⁴; todo e qualquer animal que o homem escolher como companheiro, tem o direito a uma duração de vida conforme sua longevidade natural²⁴⁵; o ato que leva à morte de um animal, sem necessidade, é um biocídio, considerado crime contra a vida²⁴⁶; e os direitos dos animais devem ser defendidos por leis, como os direitos dos homens²⁴⁷.

A Convenção Europeia para a Proteção dos Animais de Companhia, aberta à assinatura a partir de 1987, estabeleceu como princípios fundamentais para o bem-estar dos animais que “ninguém deve inutilmente causar dor, sofrimento ou angústia a um animal de companhia”, assim como “ninguém deve abandonar um animal de companhia” (artigo 3º, 1 e 2²⁴⁸).

O Superior Tribunal de Justiça ao decidir recentemente sobre o impedimento do uso de meio cruel no sacrifício dos animais, deixou assentado, pelo voto do Ministro Humberto Martins (REsp n. 1.115.916-MG, DJ. 18/09/2009), o seguinte:

Não há como se entender que seres, como cães e gatos, que possuem um sistema nervoso desenvolvido e que por isso sentem dor, que demonstram ter afeto, ou seja, que possuem vida biológica e psicológica, possam ser considerados como coisas, como objetos materiais desprovidos de sinais vitais. Essas características dos animais mais desenvolvidos é a principal

²⁴¹ Texto original: “Artigo 1: Todos os animais nascem iguais diante da vida, e têm o mesmo direito à existência”.

²⁴² Texto original: “Artigo 2, b: O homem, enquanto espécie animal, não pode atribuir-se o direito de exterminar os outros animais, ou explorá-los, violando esse direito. Ele tem o dever de colocar a sua consciência a serviços dos outros animais”.

²⁴³ Texto original: “Artigo 2, c: Cada animal tem direito à consideração, à cura e à proteção do homem”.

²⁴⁴ Texto original: “Artigo 3, a: Nenhum animal será submetido a maus-tratos e a atos cruéis”.

²⁴⁵ Texto original: “Artigo 6, a: Cada animal que o homem escolher para companheiro tem o direito a uma duração de vida conforme sua longevidade natural”.

²⁴⁶ Texto original: “Artigo 11: O ato que leva à morte de um animal sem necessidade é um biocídio, ou seja, um crime contra a vida”.

²⁴⁷ Texto Original: “Artigo 14, b: Os direitos dos animais devem ser defendidos por leis, como os direitos dos homens”.

²⁴⁸ Texto original: “Artigo 3º. Princípios fundamentais para o bem-estar dos animais. 1 – Ninguém deve inutilmente causar dor, sofrimento ou angústia a um animal de companhia; 2- Ninguém deve abandonar um animal de companhia”.

causa da crescente conscientização da humanidade contra a prática de atividades que possam ensejar maus tratos e crueldade contra tais seres. A condenação dos atos cruéis não possui origem na necessidade do equilíbrio ambiental, mas sim no reconhecimento de que os animais são dotados de uma estrutura orgânica que lhes permite sofrer e sentir dor. A rejeição a tais atos, aflora, na verdade, dos sentimentos de justiça, de compaixão, de piedade, que orientam o ser humano a repelir toda e qualquer forma de mal radial, evitável e sem justificativa razoável. A consciência de que os animais devem ser protegidos e respeitados, em função de suas características naturais que os dotam de atributos muito semelhantes aos presentes na espécie humana, é completamente oposta à ideia defendida pelo recorrente, de que animais abandonados podem ser considerados coisas....).

Essa interpretação está de acordo com a Constituição Federal brasileira:

Art. 225 – Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: [...] VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade.

Não é necessário saber exatamente o que são os animais, assinala João Baptista Villela²⁴⁹, “para conhecer que são portadores de dignidade e lhes garantir tratamento justo. O direito nunca depende da biologia para oferecer respostas convenientes.” Villela lamenta a oportunidade perdida com o Código Civil de 2002 para rever a forma como são considerados os animais no direito brasileiro, a exemplo do que já fizeram alguns Códigos Europeus (Áustria, Alemanha e Suíça), e adverte: “não se pense que a preocupação com o bem-estar dos animais seja um descartável produto da contracultura ou uma extravagância intelectual da geração beatnik”.

Nem se mostra necessário, como defende Peter Singer²⁵⁰, em obra clássica sobre o tema, recorrer a uma concepção de direitos dos animais, mas “à ideia de que a diferença de espécie não é fundamento ético que nos autorize a atribuir menos consideração aos interesses de um ser senciente do que atribuímos aos interesses análogos de um membro de nossa espécie.”

Para levar os direitos dos animais a sério e dar conteúdo à proibição de infligir de sofrimentos desnecessários, é preciso, como sustenta Gary L. Francione²⁵¹, aplicar o “princípio da igual consideração” aos interesses dos animais em não sofrer. Isso não quer

²⁴⁹ VILLELA, João Baptista. Bichos: uma outra revolução possível. *Revista Del Rey Jurídica*, v. 8, n. 16, p. 12-13, 2006.

²⁵⁰ SINGER, Peter. *Libertação animal*, São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 451.

²⁵¹ FRANCIONE, Gary L. *Introdução aos direitos animais*. Campinas Ed. Unicamp, 2013, p. 28.

dizer, diz o autor, que devemos considerar os animais e os humanos o mesmo, mas da mesma forma que se tem consideração com o homem em relação a princípios básicos de dignidade, o mesmo deveria ocorrer com os animais.

Esse princípio orienta que devemos tratar interesses semelhantes, de modo semelhante, a menos que exista fundada razão para fazer o contrário. Deve-se, portanto, tratar os animais, nossos semelhantes, semelhantemente. É preciso reconhecer que os animais, como os humanos, possuem interesse moralmente significativo em não sofrer.

O que difere os homens dos animais é a espécie, mas a espécie, apenas, não é critério moralmente relevante para excluir os animais da comunidade moral, assim como a raça não é uma justificação para a escravidão humana, ou o sexo uma justificação para fazer das mulheres propriedade de seus maridos.

Usar a espécie para justificar a condição de propriedade dos animais é “especismo”, assim como usar a raça ou o sexo para justificar a condição de propriedade de humanos é racismo ou sexismo. Se nós queremos que os interesses dos animais tenham importância moral, então temos de tratar casos semelhantes, semelhantemente, e não podemos tratar os animais de maneira que não gostaríamos de tratar nenhum ser humano.

Na mesma linha, a teoria de Jeremy Bentham (1784-1832), que consagrou o Princípio do Tratamento Humanitário. Bentham argumentava que, embora haja diferenças entre humanos e animais, existe uma importante semelhança. Tanto os humanos quanto os animais podem sofrer, e a capacidade para sofrer — e não a capacidade para a fala, a razão ou qualquer outra coisa — é tudo o que se requer para os animais importarem moralmente, e para os homens terem obrigações morais diretas para com eles. Bentham argumentava que os animais haviam sido “degradados na classe das coisas” e que, como resultado, seu interesse em não sofrer foi ignorado. Segundo o autor, nossa obrigação de não infligir sofrimento desnecessário aos animais era devida diretamente a eles e era baseada apenas em sua sentiência, e em nenhuma outra característica.

Nesse sentido, não é em virtude da habilidade dialética ou da capacidade intelectual que se deve definir o sujeito de direitos, mas em favor dos portadores de “interesses”. Francesca Rescigno²⁵² observa que o progresso da ciência e da etologia tem demonstrado claramente que os animais são portadores de interesses, de necessidades, de desejos, de instintos e de direção e por isso não podem ser equiparados a coisas.

²⁵² RESCIGNO, Francesca. *I diritti degli animali*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2000, p. 159-160.

O princípio do tratamento humanitário é amplamente aceito nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha, sendo considerado padrão nos respectivos sistemas jurídicos ao promulgar leis sobre o bem-estar animal. São alguns poucos exemplos as leis que definem a crueldade e a tipificação de crimes contra os animais: i) New York Agriculture and Markets Law, § 353; ii) Delaware Code, Title 11 – Crimes and Criminal Procedure, Chapter 5 – Specific Offenses, §§ 1325 – Cruelty to animals, 1325 A – The unlawful trade in dog or cat by products; iii) Grã-Bretanha – Protection of Animals Act de 1911; iv) American Animal Welfare Act (1966); v) British Cruelty to Animals Act (1876); vi) British Animals Act (1986); e vii) Humane Slaughter Act (1958).

Outro reflexo do mencionado princípio, apenas a título de curiosidade, é o artigo publicado pelo *Journal of Animal Law and Policy*, da Universidade de Stanford, intitulado “Making Decisions About Our Animals’ Health Care: Does It Matter Whether We Are Owners or Guardians?”²⁵³, por Susan J. Hankin.

O artigo reflete sobre a tendência de legislações municipais, estaduais e/ou federais, alterarem seus textos para considerar o proprietário de um animal, o seu guardião (*pet guardian*), e não seu proprietário (*pet owner*). Assim, a pessoa que detém um animal não exerce apenas sua propriedade, numa relação de “dono x coisa”, mas participa de verdadeira relação de obrigações e deveres com seu animal. No texto, é citada a campanha “The Guardian Campaign”, que traz a lista de diversas cidades americanas e canadenses (mais de 20) que já realizaram sua alteração legislativa. São alguns exemplos: Richmond (Califórnia, 2012), Parma (Ohio, 2011), Beverly Hills (Califórnia, 2008), Bloomington (Indiana, 2005), St. Louis (Missouri, 2004), Windsor (Ontário Canadá, 2004), Wanaque (New Jersey, 2004), San Francisco (Califórnia, 2003), Woodstock (New York, 2003), Amherst (Massachusetts, 2002), Menomonee Falls (Wisconsin, 2002), Sherwood (Arkansas, 2001), Rhode Island (todo o Estado, em 2001), West Hollywood (Califórnia, 2001) e Boulder (Colo, 2000). Segundo a mesma campanha, o número de pessoas oficialmente declaradas como “pet guardian” é de 6.028.503 pessoas.

²⁵³ HANKIN, Susan J. Making Decisions About Our Animals’s Health Care: Does It Matter Wheter We Are Owners or Guardians? *Journal of Animal Law and Policy*, v. 1, n. 2009. Disponível em: <https://law.stanford.edu/publications/making-decisions-about-our-animals-health-care-does-it-matter-whether-we-are-owners-or-guardians/>. Acesso em: 2 abr. 2022.

No estado americano de Wisconsin²⁵⁴, discute-se, ademais, projeto de lei proposto pela republicana Sheryl Albers, que trata da regulamentação da guarda de animais de estimação no divórcio e determina que o casal deve estabelecer um acordo sobre a guarda e o direito de visita e viagem com o animal de estimação e, não havendo acordo, deve o juiz escolher um dos cônjuges como tutor do bicho ou enviá-lo a um abrigo.

Essa nova realidade jurídica também é vista em nosso País. Há decisões²⁵⁵ do Tribunal de Justiça de São Paulo, no que tange a disputas judiciais da guarda pelo animal, em casos de divórcio, que já decidem de acordo com esta nova realidade jurídica²⁵⁶.

Nessa linha, é imperioso informar que já existe no Senado Federal um projeto de lei que visa a alteração do Código Civil, justamente para reconhecer que os animais não são “coisas”. Trata-se do Projeto de Lei do Senado n. 351, de 2015, de autoria do Senador Antonio Anastasia. Abaixo, excerto da justificção para promover a alteração dos artigos 82 e 83 do Código Civil a fim de determinar que os animais não serão mais considerados “coisas”:

Alguns países europeus avançaram em sua legislação e já alteraram os seus Códigos, fazendo constar expressamente que os animais não são coisas ou objetos, embora regidos, caso não haja lei específica, pelas regras atinentes aos bens móveis. Isso representa um avanço que pode redundar no reconhecimento de que os animais, ainda que não sejam reconhecidos como pessoas naturais, não são objetos ou coisas. Os países pioneiros na alteração da natureza jurídica dos animais são a Suíça, a Alemanha, a Áustria, e a França. Os três primeiros fazem constar de seus Códigos que os animais não são coisas ou objetos. Vejamos: A legislação suíça alterou o status dos animais em seu Código Civil de 1902, com a alteração de 2002: Art. 641^a

²⁵⁴ LEI vai regular guarda de bichos de estimação. *Estadão*, São Paulo, 29 jul. 2007. Disponível em: <http://vida-estilo.estadao.com.br/noticias/geral,lei-vai-regular-guarda-de-bichos-de-estimacao,26628>. Acesso em: 31 dez. 2022, às 15h10.

²⁵⁵ A.I. n. 2128999-78.2016.8.26.0000, da **1º Câm.** de D. Priv., relatado pela Desembargadora CHRISTINE SANTINE; A.I. n. 2117890-04.2015.8.26.0000, da **10ª Câm.** de D. Priv., relatado pelo DESEMBARGADOR CARLOS ALBERTO GARBI;

²⁵⁶ 5ª Câm. De D. Priv., AP. n. 1000398-81.2015.8.26.0008, relatado pelo Desembargador J.L. Mônaco da Silva, Dje 25/04/2016; Destaca-se a ementa: “REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS DE ANIMAL DE ESTIMAÇÃO – Ação ajuizada pelo ex-companheiro em face da ex-companheira – Improcedência do pedido – Inconformismo – Acolhimento – Omissão legislativa sobre a relação afetiva entre pessoas e animais de estimação que permite a aplicação analógica do instituto da guarda de menores – Interpretação dos arts. 4º e 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Cadela adquirida na constância do relacionamento – Relação afetiva demonstrada – Visitas propostas que são razoáveis – Sentença reformada – Recurso provido. [...] No Código Civil de 2002, os animais são tratados como objetos destinados a circular riquezas (art. 445, §2º), garantir dívidas (art. 1.444) ou estabelecer responsabilidade civil (art. 936). Com isso, é possível afirmar que a relação afetiva existente entre seres humanos e animais não foi regulada pelo referido diploma. A próprio, a tamanha é a notoriedade do referido vínculo atualmente que, com base em pesquisa recente do IBGE, é possível afirmar que há mais cães de estimação do que crianças em lares brasileiros. (<http://oglobo.globo.com/sociedade/saude/brasil-tem-mais-cachorros-de-estimacao-do-que-criancas-diz-pesquisa-do-ibge-16325739>). Diante disso, pode-se dizer que há uma lacuna legislativa, pois a lei não prevê como resolver conflitos entre pessoas em relação a um animal adquirido com função de proporcionar afeto, não riqueza patrimonial. Nesses casos, deve o juiz decidir “de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”, nos termos do art. 4º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro.”.

(nouveau). I - Animaux 1 Les animaux ne sont pas des choses 2 Sauf disposition contraire, les dispositions s'appliquant aux choses sont également valables pour les animaux No mesmo sentido, o Código Civil Alemão - §90º do BGB – desde 1990 reconhece categoria jurídica ‘animais’ que é intermediária entre ‘coisas’ e ‘pessoas’. Na Áustria, o artigo 285ª do Código Civil Austríaco ABGB (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch), que data de 1º de Julho de 1988, dispõe expressamente que os animais não são objetos, são protegidos por leis especiais e as leis que dispuserem sobre objetos não se aplicam aos animais exceto se houver disposição em contrário. A França, que alterou seu Código Civil mais recentemente, em 28 de janeiro de 2015, foi o país que fez alteração mais incisiva. Isso porque a legislação francesa, difere das anteriormente mencionadas, introduziu uma proteção afirmativa, fazendo constar que os animais são seres vivos dotados de sensibilidade.

Ainda sobre a legislação europeia, cita-se a alteração realizada no Código Civil da Catalunha, em 10 de maio de 2006, ao reconhecer que os animais não são coisas (*artículo 511-1, Ley 5/2006, del Libro Quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales*).

Já os sistemas jurídicos latino-americanos, todos influenciados pelo Código de Napoleão promulgado em 1804, que reforçou a tradição romana de *personae, res e actiones*, manteve os animais como coisas, propriedade. A América Latina, que tem diversas regiões rurais, cuja economia depende da agricultura, tem característica própria em tratar e regular os animais, seja ele doméstico, silvestre ou usado no campo. Mesmo diante dessa específica realidade, muito já se discute e evoluiu correlação ao tratamento dos animais, que seguem o mesmo caminho de reconhecê-los não mais como “coisas”²⁵⁷.

Serve como ilustração o caso da chimpanzé “Cecilia”, oportunidade em que o Tribunal de Justiça da Argentina (Mendoza) reconheceu ao primata, através de *habeas corpus* impetrado pela ONG AFADA (Associação dos Funcionários e Advogados pelos Direitos dos Animais), de que o animal é um sujeito de direitos e, não, um objeto, permitindo à ONG que retirasse a chimpanzé do cativeiro em que se encontrava, para poder ser levada ao Santuário de Grandes Primatas, localizado em Sorocaba, São Paulo²⁵⁸.

Destacamos a seguir, excerto dos fundamentos utilizados pela Justiça Argentina²⁵⁹:

²⁵⁷ CONTRERAS, Carlos. Régimen jurídico de los animales en Latinoamérica. In: Basilio Baltasar (coord.). *El derecho de los animales*. Madrid: Ed. Marcial Pons, 2015, 188.

²⁵⁸ WATANABE, Phillippe. Chimpanzé argentina ganha habeas corpus e vai para santuário em SP. Folha de São Paulo, São Paulo, 5 abr. 2017. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ambiente/2017/04/1873048-chimpanze-argentina-ganha-habeas-corpus-e-vai-para-santuario-em-sp.shtml>. Acesso em: 31 dez. 2022, às 15h12.

²⁵⁹ ARGENTINA. Poder Judicial Mendoza. Tercer Juzgado de Garantías. Habeas corpus P-72.254/15. Maria Alejandra Mauricio. Mendoza, 3 nov. 2016.

No entanto, não podemos ignorar o facto de que, como regra de inegável experiência, as sociedades evoluem tanto nos seus comportamentos, pensamentos e valores morais, como na sua legislação. Há mais de um século, muitos dos direitos individuais que hoje são expressamente reconhecidos pelas constituições dos diversos países e pelos Tratados Internacionais de Direitos Humanos eram ignorados e, em alguns casos, até despercebidos pela sociedade ou, pior ainda, vilipendiados como os direitos relativos à perspectiva de gênero. Atualmente, podemos ver como se tornou a tomada de consciência de situações e realidades que, embora aconteçam desde tempos imemoriais, não eram conhecidas ou reconhecidas pelos atores sociais. Tal seria o caso da violência de gênero, casamento igualitário, direito igual ao voto, etc. A mesma situação ocorre com a conscientização dos direitos dos animais. [...] Dada essa premissa, segue-se que somente o ser humano pode ser considerado pessoa como sujeito de direito? O homem é o único que possui capacidade correta? A construção moral e ética do homem e da sua dignidade estão em permanente evolução. O reconhecimento do homem como indivíduo socializado, com aptidão para a aprendizagem, levou-o a compreender que a natureza deve ser protegida e os animais não devem ser maltratados, sem prejuízo de que esta evolução-aprendizagem é determinada pela encruzilhada ambiental em que se insere e tem estado envolvido nas últimas décadas. A esse respeito, o Dr. Pedro David, ao comentar a sentença proferida pelo Tribunal Federal de Cassação Criminal da República Argentina, Câmara II, expressou 'Pois bem, o homem nunca se encontrou até agora em uma encruzilhada histórica, onde seu modo de vida nas sociedades mais avançadas econômica e tecnologicamente está destruindo o planeta e, com isso, colocando em risco a própria vida e as águas, o clima e a sobrevivência das espécies. Por isso, hoje, através de valores de solidariedade e cuidado com a criação, eles se estendem, de forma imperativa, legislativa e judicial, desde o nível internacional e em muitos países, para a melhor proteção legal dessas espécies como os orangotangos e chimpanzés, golfinhos e outras espécies protegidas que devem ser efetivamente cuidadas a partir da garantia dos direitos dos indivíduos. Não em sua totalidade de proteção, mas no modo e forma mais eficazes de seu próprio cuidado e sobrevivência. Não se trata de evitar remendos de proteção circunstanciais que dão a impressão de proteção contra o esbanjamento do planeta que a legislação nacional ainda tolera, quando não o incentiva...' (DAVID, Pedro, 'NOTA SOBRE O CASO SANDRA, ASSUNTO DO DIREITO NÃO HUMANO', Revista de Direito Criminal, El Derecho, ISSN 1667-1805). Portanto, atualmente não há nenhuma tentativa de igualar seres sencientes - animais - a seres humanos, nem há uma tentativa de elevar todos os animais ou flora e fauna existentes à categoria de pessoas, mas sim reconhecer e afirmar que os primatas são pessoas como sujeitos dos direitos não humanos e que possuem um catálogo de direitos fundamentais que devem ser estudados e enumerados pelos órgãos estatais correspondentes, tarefa que extrapola o âmbito jurisdicional. Os animais devem ser dotados de direitos fundamentais e legislações de acordo com aqueles direitos fundamentais que protejam a situação particular em que se encontram, de acordo com o grau evolutivo que a ciência determinou que podem atingir. Não se trata aqui de conceder-lhes os direitos que os seres humanos possuem, mas de aceitar e compreender de uma vez por todas que essas entidades são seres vivos sencientes, que estão sujeitos a direitos e que têm, entre outras coisas, os direitos fundamentais direito de nascer, viver, crescer

e morrer no ambiente que lhes é próprio de acordo com a sua espécie. Animais e grandes símios não são exibidos como uma obra de arte criada pelo homem. [...] O professor de Direito Civil Guillermo Borda aponta '... Em outras palavras, a pessoa não é um produto da lei, não nasce por obra e graça do Estado; é o 'homem de carne e osso, aquele que nasce, sofre e morre - sobretudo ele morre - aquele que come e bebe e brinca e dorme e pensa e quer'. Mesmo nas 'pessoas jurídicas', o destinatário último e verdadeiro dos direitos e obrigações é sempre o homem porque o direito é dado apenas entre os homens. É por isso que a lei, que não cria essas pessoas, não poderia ignorá-las e muito menos criar arbitrariamente outras que não fossem o homem ou as entidades nas quais ele desenvolve suas atividades e seus direitos. Não poderia, por exemplo, reconhecer o caráter de pessoas e animais ou coisas inanimadas".²⁶⁰

²⁶⁰ No texto original: "Sin embargo, no podemos soslayar que, como regla de experiencia innegable, las sociedades evolucionan tanto en sus conductas Morales, pensamientos y valores como así también en sus legislaciones. Hace más de un siglo atrás muchos de los derechos individuales que hoy en día se encuentran expresamente reconocidos por las constituciones de los distintos países y por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos eran ignorados y, en algunos casos incluso, inadvertidos por la sociedad o, peor aún, denostados como los derechos concernientes a la perspectiva de género. En la actualidad podemos ver como se há tomado consciencia de situaciones y realidades que, aunque suceden desde hace un tiempo inmemorable, antes no eran conocidas ni reconocidas por los actores sociales. Tal sería el caso de la violencia de género, del matrimonio igualitario, del derecho igualitario del sufragio, etc. Idéntica situación sucede con la consciencia sobre los derechos de los animales. [...] Dada esta premisa, se sigue que ¿Sólo el ser humano puede ser considerado como persona en tanto sujeto de derecho? El hombre es el único que posee capacidad de derecho? La construcción moral y ética del hombre y su dignidad se encuentran en permanente evolución. El reconocimiento del hombre como individuo socializado, con aptitud de aprendizaje, lo há llevado a entender que la naturaleza debe ser protegida y los animales no deben ser maltratados, sin perjuicio de que esa evolución – aprendizaje venga determinada por la encrucijada ambiental en la que se ha visto envuelto en las últimas décadas. As respecto el Dr. Pedro David, em comentário al fallo dictado por la Cámara Federal de Casación Penal de la República Argentina, Sala II, expresó 'Pues bien, nunca el hombre se ha encontrado hasta aquí con una encrucijada histórica, donde su forma de vida en las sociedades más avanzadas económica y tecnológicamente está destruyendo el planeta, y con ello pone en riesgo su propia vida y las aguas, el clima, y la supervivencia de las especies. Por esse motivo, hoy, a través de valores de solidaridad y cuidados con la creación, ellos son extendidos, de manera imperativa, legislativa y judicialmente, desde el plano internacional y en muchos países, a la mejor protección jurídica de aquellas especies como los orangutanes y bonobos, y delfines, y otras especies protegidas a las que hay que cuidar efectivamente desde las garantías de derechos propias de las personas. No en su totalidad de protección, sino en el modo y forma más efectivos de su propio cuidado y supervivencia. No se trata de eludir parches de protección circunstancial que den la apariencia de protección frente a la dilapidación del planeta que las legislaciones nacionales aún toleran, cuando no la fomentan...' (DAVID, Pedro, 'NOTA SOBRE EL CASO DEL SANDRA, SUJETO DE DERECHO NO HUMANO', Revista el Derecho Penal, El Derecho, ISSN 1667-1805). Por ello, en al presente no se intenta igualar a los seres sintientes – animales – a los seres humanos como así tampoco se intenta elevar a la categoría de personas a todos los animales o flora y fauna existente, sino reconocer y afirmar que los primates son personas en tanto sujetos de derechos no humanos y que ellos poseen un catálogo de derechos fundamentales que debe ser objeto de estudio y enumeración por los órganos estatales que correspondan, tarea que excede el ámbito jurisdiccional. Los animales deben estar munidos de derechos fundamentales y una legislación acorde con esos derechos fundamentales que ampare la particular situación en la que se encuentran, de acuerdo con el grado evolutivo que la ciencia ha determinado que pueden alcanzar. No se trata aquí de otorgarles los derechos que poseen los seres humanos sino de aceptar y entender de una buena vez que estos entes son seres vivos sintientes, que son sujetos de derechos y que les asiste, entre otros, el derecho fundamental a nacer, a vivir, a crecer y morir en el medio que les es propio según su especie. No son los animales ni los grandes simios objeto de exposición como una obra de arte creada por el hombre. [...] El maestro civilista Guillermo Borda señala '...En otras palabras, la persona no es un producto del derecho, no nace por obra y gracia del Estado; es el 'hombre de carne y hueso, el que nace, sufre y muere – sobre todo muere – el que come y bebe y juega y duerme y piensa y quiere'. Aun en las 'personas jurídicas' el destinatario último y verdadero de los derechos y obligaciones es siempre el hombre porque el derecho no se da sino entre hombres. Por eso es que el derecho, que no crea esas personas, tampoco podría desconocerlas ni menos aún crear arbitrariamente otras que no fueran el hombre o las entidades em que él desenvuelve sus

O que o mundo reconhece hoje como moderna doutrina dos direitos dos animais, Hans Kelsen, com a sua segunda edição da “Teoria Pura do Direito”, já reconhecia, em 1960, que os animais também eram sujeitos de direitos²⁶¹:

O argumento de que os animais, plantas e objetos inanimados dessa forma protegidos não são sujeitos de direitos reflexos porque estes objetos não são ‘pessoas’, não procede. Com efeito, ‘pessoa’ significa, como veremos, sujeito jurídico; e se sujeito de um direito reflexo é o homem em face do qual deve ter lugar a conduta do indivíduo a tal obrigado, então os animais, plantas e objetos inanimados em face dos quais os indivíduos são obrigados a conduzirem-se de determinada maneira são ‘sujeitos’ de um direito a esta conduta no mesmo sentido em que o credor é sujeito do direito que consiste na obrigação (dever) que o devedor tem em face dele. [...] Também falha o argumento de que os animais, as plantas ou os objetos inanimados não podem sustentar ou fazer valer uma ‘pretensão’ correspondente ao dever, pois, para a existência de um direito reflexo, não é essencial que se sustente uma pretensão à conduta devida. O fato de não se sustentar ou de não poder sustentar, por qualquer motivo, uma pretensão, em nada modifica sua situação jurídica.

Em outras palavras, as ideias do referido autor podem ser resumidas de acordo com a afirmação do espanhol Jorge Riechmann²⁶²: “as objeções contra os direitos dos animais seriam exatamente as mesmas contra os direitos humanos”²⁶³.

Sobre o direito dos animais, a reflexão de Norberto Bobbio²⁶⁴:

Não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar, como o direito a não portar armas contra a própria vida, ou o direito de respeitar a vida também dos animais e não só dos homens. O que prova que não existem direitos fundamentais por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas. [...] Olhando para o futuro, já podemos entrever a extensão da esfera do direito à vida das gerações futuras, cuja sobrevivência é ameaçada pelo crescimento desmesurado de armas cada vez mais destrutivas, assim como a novos sujeitos, como os animais, que a moralidade comum sempre considerou apenas como objetos, ou, no máximo, como sujeitos passivos, sem direitos.

O “futuro” retratado por Bobbio chegou. E ainda são vivas as palavras de Albert Schweitzer, Nobel da Paz em 1952: “quando o homem aprender a respeitar até o menor ser da

actividades y sus derechos. No podría, por ejemplo, reconocer el carácter de personas e animales o cosas inanimadas’ (BORDA, Guillermo A., ‘TRATADO DE DERECHO CIVIL. PARTE GENERAL’, Tomo I, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 243).”

²⁶¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Ed. Martins Fontes, primeira edição: 1985, p. 141-142.

²⁶² RIECHMANN, Jorge. *Todos los animales somos eermanos: ensayos sobre el lugar de los animales em las sociedades industrializadas*, Granada: Ed. Universidad de Granada: 2003, p. 398-399.

²⁶³ No texto original: ““las objeciones contra de los derechos animales serían exactamente las mismas que contra los derechos humanos””.

²⁶⁴ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução [de] Carlos Nelson Coutinho; [apresentação de] Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier: Campus, 2004, p. 19 e 63.

criação [...] ninguém precisará ensiná-lo a amar seu semelhante”. E conclui: “A compaixão pelos animais está intimamente ligada à bondade e ao caráter, e pode-se afirmar, com segurança, que aquele que é cruel com os animais não pode ser um bom homem”²⁶⁵.

Não obstante o breve relato histórico a respeito dos animais e sua respectiva previsão em alguns ordenamentos jurídicos, fato é, que, no vigente sistema brasileiro, ao contrário das tendências de outros países, o tratamento jurídico dos animais ainda consiste no seu reconhecimento como uma “coisa”, um “objeto”, o que traz importantes consequências para o direito, nas suas mais diversas áreas.

A relevância e os sentimentos, cada vez maiores, que as pessoas nutrem pelos animais na sociedade atual, fez com que, para uma parte da sociedade, os “*pets*” fossem “equiparados” a “filhos”²⁶⁶, preferindo-se os animais a um “filho”²⁶⁷, de forma que os lares brasileiros já têm mais animais que “crianças”²⁶⁸. Essa compaixão, talvez, exagerada, já foi criticada²⁶⁹ e não nos cabe fazer qualquer juízo de valor.

No entanto, esta “realidade” a respeito dos animais exige soluções jurídicas para diversas situações, como por exemplo, eventual “guarda” e fixação de responsabilidades acerca de sua subsistência em casos de divórcio; direitos a respeito da inseminação de animais de competição; contratos de “publicidade”; *redes sociais* de animais famosos; eventuais direitos autorais de fotografias tiradas por um chimpanzé; entre outros.

No campo do direito sucessório, em especial, do testamento e da autonomia testamentária do autor da herança, não é diferente. Todo este afeto pelos animais tem repercutido na sucessão, vez que não são poucos os casos em que pessoas incluem seus

²⁶⁵ FREE, Ann Cottrell. *Animals, Nature & Albert Schweitzer*. The flying fox press, AWi special edition, 1988. No original: “When man learns to respect even the smallest being of creation...nobody has to teach him to love his fellow man. Compassion for animals is intimately connected with goodness of character, and it may be confidently asserted that he who is cruel to animals cannot be a good man”.

²⁶⁶ BBC NEWS BRASIL. “Cada vez mais brasileiros veem pets como filhos, tendência criticada pelo papa”. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-59989766>. Acesso em: 29 dez. 2022, às 16h11.

²⁶⁷ CNN PORTUGAL. “Prefiro ter dez animais a uma criança. Estamos a ter mais animais de companhia e menos filhos?”. Disponível em: <https://cnnportugal.iol.pt/animais-de-companhia/animais-de-estimacao/prefiro-ter-dez-animais-a-uma-crianca-estamos-a-ter-mais-animais-de-companhia-e-menos-filhos/20221023/6351996e0cf2ea4f0a6254de>; Acesso em: 29 dez. 2022, às 16h12.

²⁶⁸ EL PAÍS. “Lares brasileiros já têm mais animais que crianças”. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2015/06/09/opinion/1433885904_043289.html; Acesso em 29 dez. 2022, às 16h13.

²⁶⁹ PORTA G1. “Papa lamenta que famílias substituam filhos por animais domésticos”. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2022/01/05/papa-lamenta-que-familias-substituam-filhos-por-animais-domesticos.ghtml>. Acesso em 29 dez. 2022; às 16h14.

animais no testamento. O caso mais atual que se tem notícia, é o da escritora Nélide Piñon²⁷⁰
271

Ao que consta, pois não tivemos acesso ao referido testamento, Nélide Piñon, sem qualquer herdeiro necessário, fez um testamento e contemplou os seus dois cachorros. A testadora deixou a eles (animais) quatro apartamentos dos quais era proprietária, tidos de luxo, todos no mesmo edifício, localizados no Rio de Janeiro, à beira da Lagoa Rodrigo de Freitas.

Apesar de sustentarmos a necessária atualização do sistema jurídico brasileiro, para melhor acomodar, no nosso entendimento, o devido tratamento aos animais, retirando-lhes a categoria de “coisa”, “objeto”, entendemos que não é possível contemplar os animais no testamento, com a destinação e atribuição a eles da propriedade de algum bem.

Conforme disposição expressa nos artigos 1.798²⁷², 1.799²⁷³ e 1.801²⁷⁴, todos do Código Civil de 2002, poderão ser beneficiados no testamento, as pessoas físicas e as pessoas jurídicas, impedidas as pessoas que tenham participado da formação do testamento, como a pessoa que o escreveu, as testemunhas, o tabelião, e, também, o “concubino” do testador, na forma prescrita em lei.

Portanto, nota-se a total impossibilidade de se instituir um animal como herdeiro ou legatário direto, por lhe faltar a chamada “capacidade para adquirir por testamento”, pois não é “pessoa física” ou “pessoa jurídica”. Assim, ainda que eventualmente, no futuro, o ordenamento jurídico brasileiro seja atualizado para reconhecer os animais como “sujeito de direitos despersonalizados”, em substituição ao seu tratamento de “coisa” e “objeto”, de igual forma, lhe faltará “capacidade para adquirir por testamento”, vez que reconhecer direitos e obrigações mínimas que devemos aos animais, não lhes transformam em “pessoa” (física ou jurídica), dotada de capacidade e personalidade jurídica.

²⁷⁰ FOLHA DE SÃO PAULO. “Nélide Piñon deixa apartamento no Rio como herança para suas duas cachorrinhas”. Disponível em: <https://f5.folha.uol.com.br/voceviu/2022/12/nelida-pinon-deixa-apartamento-no-rio-como-heranca-para-suas-duas-cachorrinhas.shtml>. Acesso em 29/12/2022, às 16:25.

²⁷¹ VALOR ECONÔMICO. “Nélide Piñon deixa apartamentos para cachorrinhas. Entenda como é possível”. Disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2022/12/20/nelida-pinon-deixa-apartamentos-para-cachorrinhas-entenda-como-essa-medida-e-possivel.ghtml>. Acesso em: 29 dez. 2022, às 16h23.

²⁷² Artigo 1.798. “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

²⁷³ Artigo 1.799. “Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I- os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão; II – as pessoas jurídicas; III – as pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação”.

²⁷⁴ Artigo 1.801. “Não podem ser nomeados herdeiros nem legatários: I – a pessoa que, a rogo, escreveu o testamento, nem o seu cônjuge ou companheiro, ou os seus ascendentes e irmãos; II – as testemunhas do testamento; III – o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos; IV – o tabelião, civil ou militar, ou o comandante ou escrivão, perante quem se fizer, assim como o que fizer ou aprovar o testamento”.

Entretanto, pode ocorrer, por exemplo, do testador nomear um herdeiro de forma “pura e simples” ou “sob condição, para certo fim ou modo, ou por certo motivo” (artigo 1.897, do Código Civil de 2002²⁷⁵; correspondente ao artigo 1.664, do Código Civil de 1916²⁷⁶).

A disposição testamentária “pura e simples” é aquela que não depende de qualquer condição suspensiva e opera os seus efeitos de “forma imediata e para sempre”²⁷⁷, isto é, não há qualquer fator de interferência na disposição testamentária, que produzirá seus efeitos diretos, assim que aberta a sucessão. Consiste na forma mais “pura e simples” de se dispor em testamento, com a instituição de um herdeiro a respeito da herança, sem qualquer condicionante, como por exemplo: “deixo para A o carro x”.

De outra forma, se o testador desejar modelar os efeitos da disposição testamentária, a depender de outros fatores e acontecimentos *futuros e incertos*, isto é, somente produzir seus efeitos na ocorrência do “evento” – futuro e incerto – estipulado, tem-se a “condição”; se o acontecimento for *futuro e certo*, na sua ocorrência, suspende-se os efeitos, aqui, tem-se o “termo”; e caso a disposição testamentária imponha um ônus, uma obrigação, anexa e acessória, tem-se o “encargo” ou “modo”²⁷⁸.

Não é nossa pretensão analisar com mais profundidade o tema a respeito das disposições “condicionantes”, pois desviaria o objeto central da análise, que repousa sobre os animais²⁷⁹. Entretanto, serve a sumária explanação para demonstrar que o ordenamento jurídico brasileiro permite a inserção deste “tipo” de disposição testamentária, o que, provavelmente, ocorreu no testamento de Nélide Piñon.

Conforme se extrai das matérias jornalísticas citadas acima, provavelmente, a testadora instituiu como herdeira a sua amiga e assessora por mais de vinte e cinco anos, Karla Vasconcelos, que informou ser a pessoa contemplada no testamento e que administrará

²⁷⁵ Artigo 1.897. “A nomeação de herdeiro, ou legatário, pode fazer-se pura e simplesmente, sob condição, para certo fim ou modo, ou por certo motivo”.

²⁷⁶ Artigo 1.664. “A nomeação de herdeiro, ou legatário, pode fazer-se pura e simplesmente, sob condição, para certo fim ou modo, ou por certa causa”.

²⁷⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Parte Especial. Tomo LVI. Direito das Sucessões. Sucessão testamentária. Atualizado por Giselda Hironaka e Paulo Lôbo. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012, p. 287.

²⁷⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Parte Especial. Tomo LVI. Direito das Sucessões. Sucessão testamentária. Atualizado por Giselda Hironaka e Paulo Lôbo. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012, p. 289.

²⁷⁹ Para análise mais aprofundada sobre a “condição” no testamento ver “PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Parte Especial. Tomo LVI. Direito das Sucessões. Sucessão testamentária. Atualizado por Giselda Hironaka e Paulo Lôbo. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012”.

todo o patrimônio e cuidará dos animais, que fazem exames completos de saúde a cada seis meses e que gostam de comer “queijo manchego, anchovas e *foie gras*”.

Sem ter acesso e conhecer os exatos termos do testamento, não podemos afirmar se foi instituído um “encargo” (receber a herança, desde que cuide dos animais), se os imóveis foram clausulados (por exemplo, inalienabilidade, com a devida “justa causa”, de modo a impedir a venda dos imóveis enquanto os animais viverem) ou até mesmo se esta obrigação de cuidar dos animais foi instituída de outra forma.

Assim, sem que seja preciso destinar o bem, o patrimônio, ao animal, como se pudesse ser “herdeiro”, o sistema jurídico permite, por outras vias, chegar ao mesmo fim desejado, que consiste na proteção dos animais para depois da vida.

Cabe apenas destacar, que pode ocorrer de o testador condicionar a transmissão do patrimônio mediante um comportamento ativo ou passivo da pessoa, que muitas vezes pode consistir em algo considerado ilícito, estranho, imoral, extravagante, caprichoso ou até mesmo absurdo. Alguns exemplos, apenas para contextualizar, seria o testador exigir que para determinada pessoa receber o bem, que se divorcie, mude de religião, troque de orientação sexual, se torne vegano, entre outros.

A capacidade da pessoa imaginar e criar condições é infinita, e, muitas vezes, provavelmente, as situações imaginadas podem esbarrar em princípios constitucionais, contrários aos direitos fundamentais da pessoa que recebe a herança, se contrapondo, por exemplo, a liberdade religiosa do sujeito.

Neste sentido, vale citar o caso ocorrido na Alemanha, em que um agricultor instituiu seus filhos como seus herdeiros, com a condição de se divorciarem de suas respectivas esposas, pois, segundo o testador, elas não teriam sido fiéis a eles, ao mesmo tempo que não as considerava dignas para continuarem o negócio da família.

O Tribunal alemão, em contradição com a jurisprudência dominante da época, decidiu pela validade da disposição testamentária condicionante, sob o fundamento de que a justificativa apresentada pelo testador era “plausível”, de modo que não se poderia reconhecer aquela “disposição” como “reprovável”²⁸⁰.

A possibilidade de se estabelecer “condições” no testamento, encerra divergências na doutrina, pois se argumenta que permitir a disposição condicionante fará com que se

²⁸⁰ FLUME, Werner. *El negocio jurídico*. Parte general del Derecho civil. Traducción de José María Miquel Gonzáles y Esther Gómez Calle. 4. ed. Madrid: Fundación Cultural del Notario, 1998. t. 2, p. 442.

legítima verdadeira “coação” instituída pelo testador, pois, no caso citado acima, os filhos seriam “coagidos” a se tornarem herdeiros, com a realização do divórcio. No entanto, por outro lado, há sempre o argumento de que ninguém está obrigado a aceitar as condições impostas, de forma que bastaria recusar a herança deixada.

A doutrina de Maria Lupo identifica disposições testamentárias que instituem condições, como “disposições sancionatórias”, pois toda e qualquer disposição que condicione a sua realização, tratar-se-ia de verdadeira “pena” estipulada pelo testador, uma “sanção” ao herdeiro ou legatário que não observe a obrigação imposta pelo testador²⁸¹. Na mesma linha, Nicola Di Mauro, que defende a nulidade das disposições testamentárias que fixem condições, que devem ser repugnadas e reconhecidas como “ilícitas” pelo direito²⁸².

Apesar de existir na doutrina correntes que defendam a ilicitude e restrições a respeito das disposições testamentárias “condicionantes”, concordamos com Teodora F. Torres García e María Paz García Rubio, no sentido de que, compreender pela ilicitude desse “tipo” de disposição testamentária, sem qualquer graduação, representa esvaziar e limitar a autonomia testamentária, além de ir contra texto expresso da lei. Assim, em um primeiro plano, deve ser reconhecida e consagrada a possibilidade de fazer o uso de disposições condicionantes. No entanto, caso essas disposições se revelem, em um segundo momento, discriminatórias, contrárias aos preceitos constitucionais, à lei, à ordem pública, à moral e aos costumes, devem ser reputadas como ilícitas²⁸³.

Nos exemplos citados, que condiciona a herança ao divórcio, troca da religião, mudança da orientação sexual, dieta alimentar, entre outros, nos parece, à primeira vista, que este “tipo” de disposição testamentária viola preceitos da dignidade da pessoa humana, de sua personalidade, liberdade religiosa, entre outros, e, em eventual aparente conflito de normas, entre a liberdade de testar e princípios fundadores da pessoa humana, a respeito do herdeiro, não temos dúvidas em afirmar que o segundo deve prevalecer, reconhecendo-se a ilicitude da eventual “condição” imposta.

Evidentemente, reconhecemos a dificuldade que sempre existe em interpretar qual norma ou preceito deve prevalecer em relação ao outro, o que deve ocorrer caso a caso, de

²⁸¹ LUPU, Maria. Le disposizioni sanzionate. In: BONILINI, Giovanni, (coord.). *Trattato di diritto delle successioni e donazioni. La successione testamentaria*. Milano: Giuffrè editore, 2009. v. 2, p. 925.

²⁸² MAURO, Nicola di. *La condizione*. In: BONILINI, Giovanni, (coord.). *Trattato di diritto delle successioni e donazioni. La successione testamentaria*. Milano: Giuffrè editore, 2009. v. 2, p. 1.141-1.144.

²⁸³ GARCÍA, Teodora F. Torres; RUBIO, María Paz García. *La libertad de testar: el principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad em el derecho de sucesiones*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2014, p. 120.

acordo com os “costumes” e “valores” da época. A esse respeito, recordamos que para os romanos, se considerava “imoral” lançar os restos mortais de uma pessoa no mar (Modestino D. 28, 7, 27), o que, atualmente, é amplamente admitido²⁸⁴.

Portanto, condicionar a herança à obrigação de cuidar e zelar pelos animais do testador, não nos parece “humilhante”, “imoral” ou violador da lei e da ordem pública, pelo contrário, representa fundada “última vontade” do autor da herança, que se preocupou com a “vida após a morte” e teve consideração com seus animais de companhia, garantindo-lhes uma existência digna, na linha da evolução histórica e dos direitos universais dos animais.

4.5 *Trusts*

A pertinência na análise se justifica pela popularização desta figura jurídica que, de forma expressiva, tem sido utilizada sob a expectativa de melhor organizar o patrimônio das pessoas, a pretexto de eventual planejamento sucessório, entre outros.

Esse interesse se explica, pois o *trust* é enxergado como uma forma de proteger o patrimônio e melhor orientar a sua sucessão para as próximas gerações. Diante das já quase comuns crises econômicas, riscos de insolvência, desconsideração da personalidade jurídica, crise da responsabilidade civil, divórcio, testamentos com sua respectiva validade questionada e tantos outros temas que representam verdadeira insegurança jurídica sobre o destino do patrimônio, pessoas com maior acesso à informação e que passam a conhecer a figura do *trust* no exterior procuram adotar essa “solução” no Brasil.

O *trust* urgiu na Inglaterra, fruto do seu próprio sistema jurídico com suas peculiares influências, características e raízes. Dessa forma, sua aplicação no Brasil, que não tem qualquer previsão legislativa nesse sentido, torna sua aceitação e aplicação um verdadeiro desafio. Algumas vozes doutrinárias buscam associar o *trust* a negócios fiduciários, o que questionamos, enquanto se aguarda a respectiva votação e aprovação de projeto de lei sobre o tema (que já existe e será mencionado mais à frente).

Enquanto isso não ocorre, temos de nos fiar na interpretação dada pelos tribunais, que indicam um caminho interessante sobre a interpretação deste tipo de “negócio jurídico”.

²⁸⁴ GARCÍA, Teodora F. Torres; RUBIO, María Paz García. *La libertad de testar: el principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad em el derecho de sucesiones*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2014, p. 128.

A doutrina especializada sobre o *trust* costuma indicar seu início relacionando-o ao regime feudal, uma organização econômica, política e social que predominou na Europa durante a Idade Média. O feudalismo teve origem ainda no século V, que em razão das invasões dos bárbaros (nórdicos) culminou na crise do Império Romano.

Essa nova forma de reestruturação social com o isolamento dos povos em feudos foi essencial para que o *trust* se desenvolvesse. A propriedade da terra, figura de essencial destaque e importância para a época, desdobrava-se em dois, os servos, responsáveis pela produção agrícola que detinham o seu domínio útil, e o senhor feudal, seu verdadeiro proprietário.

Nesse período, caso o servo viesse a falecer, o título que possuía (de uso útil da terra) era transmitido a seus herdeiros que, até completarem a maioridade, deveriam pagar impostos ao senhor feudal pelo seu uso. Se não existisse herdeiros, o título voltava ao senhor feudal.

Dessa forma, para buscar contornar a exigência de impostos pelo senhor feudal na existência de herdeiros, os servos enxergaram na “cessão de uso para terceiros”, uma forma de se eximirem dos referidos pagamentos. Assim, o servo, como cedente, transmitia ao cessionário a posição de titular da terra, para que as usasse conforme os interesses e critérios instituídos pelo próprio cedente, por determinado período de tempo, por exemplo, até que o herdeiro daquelas terras atingisse a maioridade.

Essa prática, de cessão de direitos por tempo determinado e com poderes delimitados, ficou conhecida como *use* (uso), que se baseava na confiança de que o cessionário receberia a propriedade por tempo determinado e, depois, devolveria à pessoa indicada como beneficiária (o herdeiro do cedente quando completasse a maioridade). O *use*, na verdade, é uma das formas originárias do *trust*, que fundamentou posteriormente o seu reconhecimento e desenvolvimento jurídico.

Não obstante o sistema feudal, encontramos na era medieval outro costume que contribuiu para o reforço do *trust*: as Cruzadas. Quando os cavaleiros cristãos partiam da Europa Ocidental em direção a Terra Santa e a cidade de Jerusalém, ida de retorno incerto, muitos cavaleiros entregaram seus bens a pessoas de confiança, para que estas os administrassem e garantissem o sustento de suas respectivas famílias enquanto estivessem ausentes.

Apesar do uso, essa forma de transferência de propriedade não tem qualquer respaldo jurídico. Isso só veio a ocorrer na Inglaterra no século XV, quando o Tribunal de Chancelaria (*Chancellor*) reconheceu a validade do *use* (instituto antecessor ao *trust*), conforme esclarece René David²⁸⁵:

[...] a common law, sistema de direito formalista e incompleto, não dava valor jurídico ao trust. Se um pai de família S (o settlor), preocupado com os interesses de sua filha, transferia os bens a uma pessoa de confiança T (o trustee) para evitar que o marido desta os dissipasse, realizava-se de fato uma transferência de propriedade de S a T, mas o compromisso assumido pelo trustee de entregar a renda desses bens a filha do disponente e, mais tarde, retransferir-lhe a propriedade dos bens (quando o marido viesse a falecer) não era válido, juridicamente, pois as jurisdições da common law, em regra geral não sancionavam os contratos. Portanto, T só estava obrigado por sua consciência, a respeitar seu compromisso. Nessas condições, foi necessária a intervenção do Chanceler, e foi por sua jurisprudência que se desenvolveu a instituição do trust.

Esse reconhecimento dos *uses*, no entanto, trouxe problemas. Na Inglaterra do século XIII, a alienação *inter vivos* de terras era livre, podendo, inclusive, ser verbal, não dependendo do consentimento do senhor feudal, nem mesmo de eventual herdeiro. Essa informalidade trouxe enorme insegurança jurídica. A prática, agora com chancela jurídica, tornou-se popular e representou verdadeira evasão de impostos.

No intuito de combater o problema, surge a figura de Henrique VIII, o primeiro monarca a efetivamente se debruçar sobre a questão. O Rei da Inglaterra, nos anos 1500, promulgou diversos estatutos sobre o tema, que culminou na equalização para efeitos fiscais, eliminando qualquer possibilidade de se não pagar mais impostos pela transferência da propriedade.

Dentre esses estatutos, o mais famoso deles foi o *Statute of Uses* (1536), que, em medida desesperada para angariar impostos, aboliu a possibilidade de se transmitir bens imóveis por testamento, tornando, ainda, todos os beneficiários das terras em verdadeiros proprietários delas, permitindo, assim, a devida exigência dos impostos.

A medida, obviamente, não foi muito bem aceita, pois não só atingiu os servos, mas também, diversos senhores feudais que também se valiam dos *uses*. Como resultado, o monarca precisou ceder e promulgou o *Statute of Wills* (1540), que permitiu pela primeira vez a livre disposição de terras por testamento.

²⁸⁵ DAVID, René. *O Direito Inglês*. 2ª edição. Editora Martins Fontes: São Paulo, 2000, p. 102.

Os mencionados estatutos representam o maior impacto na evolução do *trust*. Com eles, o direito inglês verificou verdadeira flexibilidade no instituto da propriedade, que até então era contornada pelos *uses*. Além do mais, foi em razão de omissões legislativas que o *use* evoluiu para o *trust*, conforme explanado por Tomás Olcese²⁸⁶:

Nesse sentido, a mais relevante das situações sobre as quais a legislação relativa aos *uses* não incidia era aquela em que se criava um *use upon a use*. Por meio desse mecanismo, um bem ou patrimônio ficava a cargo de alguém em benefício de outrem (ou de si mesmo), quem por sua vez ficava a cargo do mesmo bem ou patrimônio em benefício de outra pessoa. Mediante essa manobra legal evitava-se a incidência do Statute of Uses 1536 sobre o segundo *use* (denominado *trust* para diferenciá-lo do primeiro), que passou a ser reconhecido e tutelado pela Court of Chancery.

O caminho para o reconhecimento do segundo *use* como *trust* demorou. O primeiro caso que se tem notícia em que esta prática foi apreciada pela corte, mas ainda não aceita, foi *Tyrrel's Case* (1557). Nele, a viúva concedia seus imóveis em benefício de seu filho, que, por sua vez, os recebia e, em ato contínuo, os concedia em benefício de volta para sua mãe. Aqui, a *Court of Wards and Liveries*, criado por Henrique VIII especialmente para casos de *uses*, entendia que o primeiro era abrangido e protegido pelo *Statute of Use* (1536), porém o segundo era nulo, proibindo que a mãe fosse beneficiária de seu próprio filho.

Posteriormente, em 1560, portanto, três anos após o julgado acima, um outro caso, que não deixa de possuir um viés político, representou o primeiro reconhecimento do segundo *use* praticado. Trata-se do caso *Bertie v Herendeen*.

Katharine Bartie, Duquesa de Willoughby d'Eresby, instituiu *use* em favor de seu advogado, Walter Herendeen, que se tornou beneficiário de todo seu patrimônio. A razão pela constituição do *use* se deu porque a duquesa precisou fugir da Inglaterra.

Receosa por eventual perseguição pela rainha Maria I (*Bloody Mary*) — famosa por perseguir protestantes — a Duquesa desejou se precaver e proteger seu patrimônio constituindo o *use* em favor de seu advogado (Herendeen). Posteriormente, a suspeita se confirmou, tendo a rainha Maria I determinado o confisco de todos os seus bens, que só não se concretizou, efetivamente, em razão do *use* realizado.

No entanto, um segundo *use* foi instituído, em segredo. O advogado administraria todo o patrimônio da Duquesa até que ela retornasse para a Inglaterra, quando então devolveria seu patrimônio. Porém, Herendeen, não cumpriu com o segundo *use* instituído, o

²⁸⁶ OLCESE, Tomás. *Formação histórica da real property law inglesa: tenures, estates, equity & trusts*. YK Editora: São Paulo, 2016, p. 156.

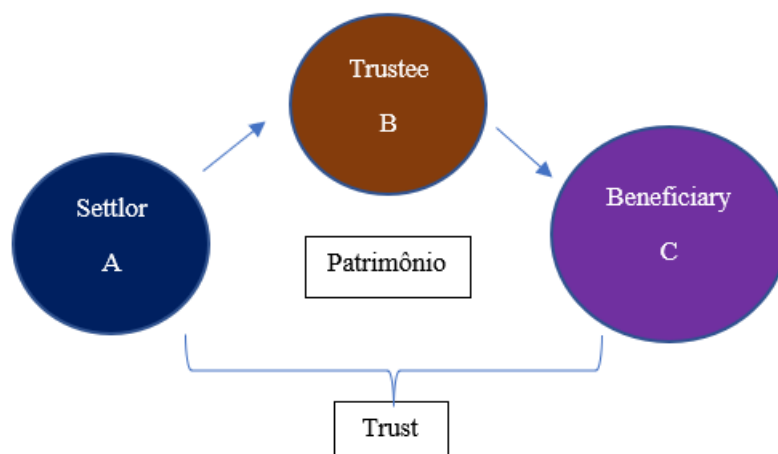
que ensejou a irresignação da Duquesa contra seu advogado. Aqui, dessa vez, a corte inglesa reconheceu o segundo *use* realizado — afinal, tratava-se da Duquesa — sendo determinado ao advogado que devolvesse todos os bens que ilicitamente não queria devolver, já que, até o momento, o segundo *use* constituído era considerado nulo.

O caso levantou a questão de eventuais abusos que poderiam vir a ser cometidos pelos administradores (*trustees*) dos bens. O advogado Herendeen foi o protagonista dessa preocupação, que ensejou na inovação pela corte inglesa em se reconhecer o segundo *use* instituído, e que, conforme já explanado, culminou no reconhecimento jurídico do *trust*.

O instituto do *trust* tem origem nos costumes ingleses, por uma questão de transferência da propriedade de forma a burlar a exigência de valores pelo senhor feudal, bem como para proteger o sustento da família na época das Cruzadas.

Em linha gerais, esse instituto permitia o desdobramento da titularidade de um bem (ou direitos), em razão de uma relação de confiança entre dois ou mais indivíduos. O *trust*, dessa forma, tem a seguinte estrutura básica:

Figura 1 – Trust tradicional



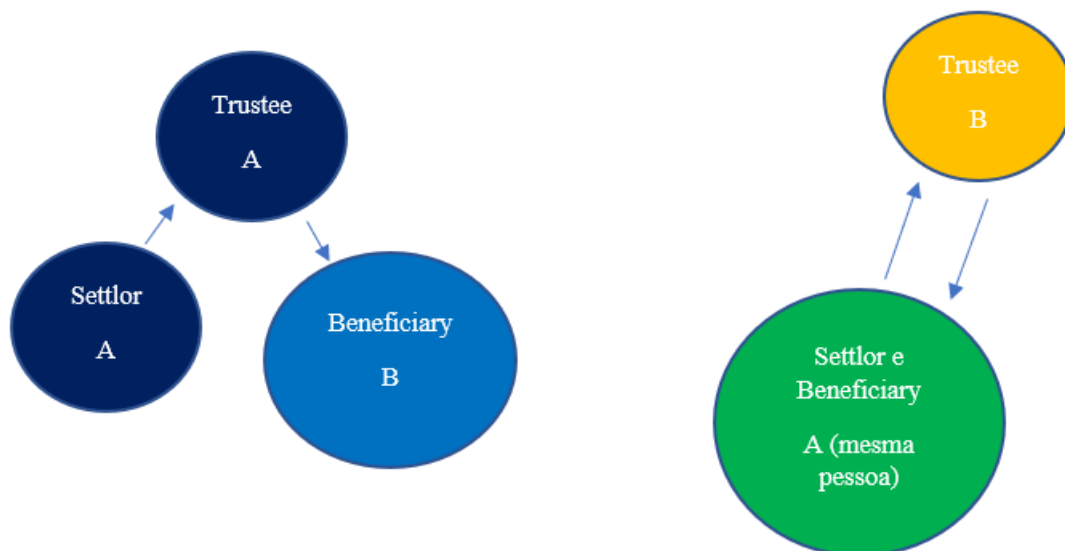
O instituidor do *trust* (*settlor*) é aquele que, através da sua declaração de vontade, entrega os seus bens a um terceiro, o *trustee*, que irá fazer a sua administração em benefício de um terceiro, o *beneficiary*.

Quando o instituidor realiza o *trust*, ela deixa de ser proprietária dos bens, pois ocorre verdadeira transmissibilidade para o administrador (*trustee*), não podendo mais reclamar ou exercer qualquer pretensão sobre eles.

Normalmente, o *settlor* fixa e determina algumas obrigações e condições para o *trustee* (administrador). Não se trata aqui de regra intransponível, pois o *trust* pode ser criado sem qualquer ressalva ou comando em específico, porém é muito comum, por exemplo, que o *settlor* determine que os bens entregues ao *trustee* só sejam repassados ao *beneficiary* quando este completar determinada idade, quando constituir matrimônio, quando completar os estudos ou, até mesmo, quando o próprio *settlor* vier a falecer.

Uma vez constituído o *trust*, verifica-se a multipropriedade construída na *common law*, que não tem figura semelhante no ordenamento brasileiro. A propriedade é dividida em *legal title* e em *equitable title*, isto é, o *trustee* passará a ter o *legal title*, como se proprietário originário fosse daqueles bens, enquanto o *beneficiary* terá o *equitable title* (“titularidade equitativa sobre o bem”), que, para o Direito Inglês, consiste no direito de perceber os frutos do bem.

Figura 2 – Outros tipos de trust



Importante destacar que a forma acima é a mais comum, mas existem outros formatos de *trust*. Pode ocorrer do *settlor* nomear ele próprio como *trustee*, administrando aquela massa de bens em favor de um terceiro (o *beneficiary*), ou, ainda, pode nomear um terceiro como *trustee*, mas coloca, ele próprio, como *beneficiary*:

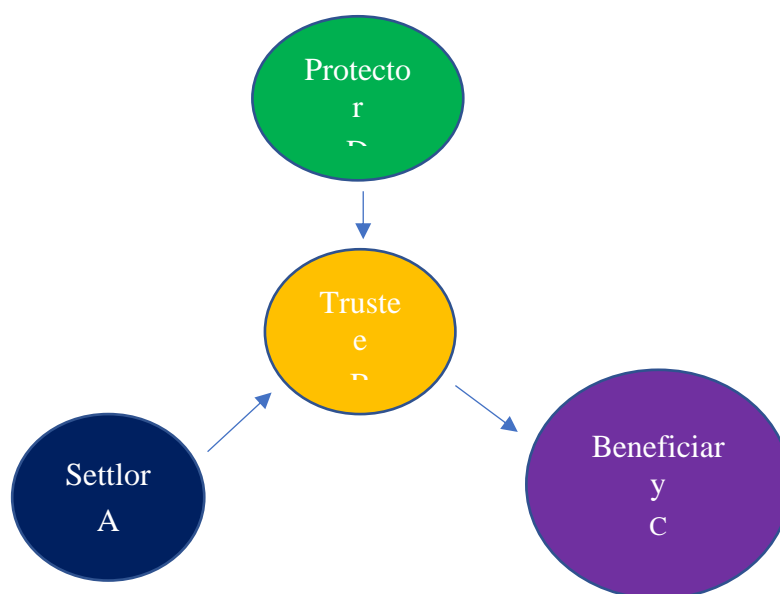
Com o *legal title* dos bens confiados em *trust*, cabe ao *trustee* diversos deveres, que por sinal, foram construídos através da jurisprudência inglesa. O *trustee*, apesar de proprietário dos bens, precisa administrá-los com a devida cautela e diligência, com imparcialidade, sem poder delegar sua função a terceiros.

Precisa ainda seguir e respeitar todas as obrigações e condições estipuladas pelo *settlor*, tudo, sob pena de responsabilidade. O *trustee* pode, ou não, ser remunerado pela sua função de administrador, a depender do que for estipulado pelo *settlor*. Caso não cumpra, poderá deixar de ser o *trustee*, devendo, ainda, ressarcir eventuais honorários que recebeu, podendo também ser condenado a indenizar o beneficiário do *trust*.

A quebra da confiança dos bens deixados em *trust* para o *trustee* representa a figura denominada *breach of trust*, que nos ordenamentos jurídicos onde é reconhecido, pode, inclusive, trazer repercussões na esfera penal. Ações fraudulentas por parte do *trustee*, com eventual apropriação indevida dos bens confiados em *trust*, é reconhecido como crime nos Estados Unidos da América, conforme caso *State v McCann*, analisado pela Suprema Corte do Estado da Carolina do Sul em 1932.

Caso o instituidor do *trust* queira garantir maior segurança, pode ser nomeado uma quarta pessoa nesta relação, o *protector* (protetor), que irá fiscalizar a atuação do *trustee* para que se tenha maior segurança de que este patrimônio chegará, em definitivo, e bem administrado, às mãos do beneficiário:

Figura 3 – Trust com protector



Além de toda essa sistemática, é importante destacar a principal característica do *trust*, que talvez, na nossa opinião, seja a que mais faça despertar o interesse por este instituto: o patrimônio de afetação. O bem, ou conjunto de bens, confiados em *trust*, que passam a integrar o patrimônio do *trustee*, não pode ser alcançado por seus credores, da mesma forma

que eventuais credores do *settlor* também não poderão mais se valer destes bens para satisfazerem eventual crédito que possuem.

Todo o patrimônio objeto do *trust* está afetado ao *trust* constituído, que só poderá vir a responder por dívidas contraídas em razão do próprio *trust* criado. Existe verdadeira separação e proteção do patrimônio. A *Common Law* permite que a pessoa tenha diferentes esferas de patrimônio, nas quais uma não se comunica com a outra. Portanto, seja credor do instituidor do *trust*, ou do *trustee*, o patrimônio confiado em *trust* está a salvo de qualquer de seus credores originários.

Essa particularidade da afetação do patrimônio já foi apreciada pelos tribunais brasileiros, e nos dedicaremos ao tema mais a frente, oportunidade em que demos destaque ao entendimento da questão pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

Assim, de modo geral, o *settlor* constitui o *trust* através da declaração de vontade, denominada como *trust deed*, que fixará todas as condições e orientações para o *trustee* administrar o bem dado em confiança para que, num terceiro momento, ele seja entregue ao beneficiário, existindo verdadeira proteção do patrimônio em razão de sua afetação.

Essa declaração de vontade que faz surgir o *trust* é objeto de controvérsias, o que não convém analisar neste trabalho.

Uma vez delineada a figura do *trust*, passamos à análise de sua aceitação pelos tribunais, a começar pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Vale destacar a dificuldade em localizar acórdãos sobre o tema, relacionados ao direito das sucessões, oportunidade em que muitas vezes existe sigilo ou segredo de justiça.

De toda forma, de acordo com os julgados identificados e alguns foram selecionados para tratarmos mais a frente, percebe-se singela tendência de se interpretar o *trust* de acordo com as regras do ordenamento jurídico brasileiro, desde que não exista qualquer violação a preceitos de ordem pública, inexistindo, portanto, a princípio, motivos para se rejeitar o *trust* realizado.

O primeiro caso²⁸⁷ que destacamos, consiste na questão da sobrepartilha de saldo em conta bancária no exterior, constituída através de *trust*. O litígio se estabeleceu entre o ascendente e o cônjuge do falecido. A mãe do *de cuius* requereu a sobrepartilha dos

²⁸⁷ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 3ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento n. 2150482-38.2014.8.26.0000, de relatoria do Desembargador Carlos Alberto de Salles, Dj 08/10/2014.

respectivos valores, que se encontravam em uma conta bancária constituída em *trust* para beneficiar a esposa (viúva).

Foi ponderado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que não se tratava de analisar a aplicabilidade de lei estrangeira ou não, ou, ainda, a existência do *trust* no Brasil, mas, sim, de compreender o ato jurídico praticado pelo autor da herança, sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro.

Dessa forma, ao verificar os valores que existiam na conta bancária estrangeira (US\$ 35.000,00), ponderou que eles não ultrapassavam a parcela disponível da legítima e, portanto, o autor da herança poderia dispor daqueles valores.

Nesse caso, portanto, foi interpretado como mera doação, em vida, que não apresentaria qualquer vício de validade, pois, teria sido respeitado os preceitos de ordem pública e as regras sucessórias do Direito Civil, ou seja, a reserva da legal da legítima (artigo 1.846 do Código Civil²⁸⁸).

Outro caso²⁸⁹ interessante trata de inventário que não contemplou bens do *de cuius* localizados em território estrangeiro. A autora da herança detinha 100% da sociedade empresária “Flowstone Investments Ltd.”, em *trust* administrado pela “Morgan Stanley Private Wealth Management”. O ativo, avaliado em valor superior a R\$ 2 milhões, estava localizado nas Ilhas Virgens Britânicas e constava da declaração de imposto de renda do *de cuius*.

Os herdeiros, inconformados com a decisão de primeira instância que retirou o ativo da partilha, com base em interpretação do artigo 23 do Código de Processo Civil²⁹⁰, interpuseram o competente recurso de agravo de instrumento. Sustentavam que o artigo 10, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)²⁹¹ autorizava a sua inclusão, isto

²⁸⁸ Artigo 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.

²⁸⁹ Tribunal de Justiça de São Paulo, 1ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento n. 2076494-42.2018.8.26.0000, relatado pelo Desembargador Rui Cascaldi, Dj 22/06/2018.

²⁹⁰ Artigo 23. Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra: I – conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil; II – em matéria de sucessão hereditária, proceder à confirmação de testamento particular e ao inventário e à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional; III – em divórcio, separação judicial ou dissolução de união estável, proceder à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o titular seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional.

²⁹¹ Artigo 10. A sucessão por morte ou por ausência obedece à lei do país em que domiciliado o defunto ou o desaparecido, qualquer que seja a natureza e a situação dos bens. §1º A sucessão de bens de estrangeiros, situados no país, será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, ou de quem os represente, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do de cuius. §2º A lei do domicílio do herdeiro ou legatário regula a capacidade para suceder.

porque, prevê o mencionado dispositivo que “a sucessão por morte ou por ausência obedece à lei do país em que domiciliado o defunto ou o desaparecido, qualquer que seja a natureza e a situação dos bens.”

No entanto, a interpretação a *contrario sensu* do artigo 23, II, do Código de Processo Civil (correspondente ao antigo artigo 89, II, do Código de Processo Civil de 1973), conforme destacou o desembargador relator, impede a contemplação de bens e direitos situados no exterior, vez que o texto legal dispõe que a jurisdição brasileira tem competência exclusiva para os bens aqui localizados, ainda que pertencente a pessoa domiciliada em país estrangeiro.

Assim, existindo bens localizados em países estrangeiros, o respectivo inventário deverá ser proposto no seu respectivo país onde se localiza. É o que a doutrina e a jurisprudência convencionaram denominar de “princípio da pluralidade dos juízos sucessórios”.

Dessa forma, mesmo se o bem constar na declaração do imposto de renda, se estiver no exterior, o Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu pela impossibilidade do bem ser inventariado no Brasil, e vice-versa, pois, caso o autor da herança que falecer no estrangeiro e naquele país abrir o inventário, se houverem bens domiciliados no Brasil, o respectivo inventário deste patrimônio terá que ser aberto no território nacional.

Essa interpretação representa verdadeira preocupação para aqueles que desejam constituir *trust* no estrangeiro, pois, para o direito das sucessões, se confirmada a orientação esposada no julgado comentado, o respectivo inventário terá de ser proposto no local do patrimônio.

Não obstante os casos acima, relacionados diretamente ao direito das sucessões, é de extrema relevância tratarmos aqui de um outro²⁹², apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça, que ajuda a compreender a interpretação do Poder Judiciário brasileiro, a respeito desta matéria (*trust*).

O autor da ação, uma concessionária de rodovia estadual, celebrou contrato de financiamento com o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), que seria pago através das receitas oriundas das praças de pedágio.

²⁹² Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, Recurso especial n. 1438142/SP, relatado pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 09/08/2018.

Para conferir maior garantia ao negócio, foi pactuado que as receitas do pedágio seriam depositadas em um banco interveniente, que administraria essas receitas e faria os devidos repasses para amortizar o referido financiamento realizado. Para concretizar essa sistemática, foi realizado um “contrato” de *trust*.

Portanto, os valores da concessionária de rodovias adquiridos com o pedágio eram depositados no banco interveniente, para que administrasse os valores e fizesse os devidos pagamentos ao BNDES.

Importante registrar que não foi realizado um “contrato de trust”, como já expomos sobre a natureza jurídica do instituto (inexistente no Brasil). No entanto, no contrato celebrado entre as partes, constou em uma de suas cláusulas, que o banco interveniente faria o papel de *trustee*.

Durante a execução desse contrato, sobreveio a falência do banco interveniente, tendo sido arrecadado todos os depósitos provenientes do pedágio em favor da massa falida. Diante desse fato, a concessionária, buscou a restituição dos valores, o que foi negado e ensejou diversos recursos até chegar à apreciação do Superior Tribunal de Justiça.

A defesa jurídica da concessionária, além de perquirir pela própria natureza do instituto do *trust*, traz outros argumentos interessantes. O artigo 119, inciso IX, da Lei n. 11.101/2005²⁹³ (antiga lei que regula a recuperação judicial, extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária), prevê, em linhas gerais, que, na hipótese de existir

²⁹³ Artigo 119. Nas relações contratuais a seguir mencionadas prevalecerão as seguintes regras: I – o vendedor não pode obstar a entrega das coisas expedidas ao devedor e ainda em trânsito, se o comprador, antes do requerimento da falência, as tiver revendido, sem fraude, à vista das faturas e conhecimentos de transporte, entregues ou remetidos pelo vendedor; II – se o devedor vendeu coisas compostas e o administrador judicial resolver não continuar a execução do contrato, poderá o comprador pôr à disposição da massa falida as coisas já recebidas, pedindo perdas e danos; III – não tendo o devedor entregue coisa móvel ou prestado serviço que vendera ou contratara a prestações, e resolvendo o administrador judicial não executar o contrato, o crédito relativo ao valor pago será habilitado na classe própria; IV – o administrador judicial, ouvido o Comitê, restituirá a coisa móvel comprada pelo devedor com reserva de domínio do vendedor se resolver não continuar a execução do contrato, exigindo a devolução, nos termos do contrato, dos valores pagos; V – tratando-se de coisas vendidas a termo, que tenham cotação em bolsa ou mercado, e não se executando o contrato pela efetiva entrega daquelas e pagamento do preço, prestar-se-á a diferença entre a cotação do dia do contrato e a da época da liquidação em bolsa ou mercado; VI – na promessa de compra e venda de imóveis, aplicar-se-á a legislação respectiva; VII – a falência do locador não resolve o contrato de locação e, na falência do locatário, o administrador judicial pode, a qualquer tempo, denunciar o contrato; VIII – caso haja acordo para compensação e liquidação de obrigações no âmbito do sistema financeiro nacional, nos termos da legislação vigente, a parte não falida poderá considerar o contrato vencido antecipadamente, hipótese em que será liquidado na forma estabelecida em regulamento, admitindo-se a compensação de eventual crédito que venha a ser apurado em favor do falido com créditos detidos pelo contratante; IX – os patrimônios de afetação, constituídos para cumprimento de destinação específica, obedecerão ao disposto na legislação respectiva, permanecendo seus bens, direitos e obrigações separados dos do falido até o advento do respectivo termo ou até o cumprimento de sua finalidade, ocasião em que o administrador judicial arrecadará o saldo a favor da massa falida ou inscreverá na classe própria o crédito que contra ela remanescer.

patrimônio de afetação, esse deverá permanecer separado da massa falida. Em reforço do argumento, citou-se o enunciado da Súmula 417/STF: “Pode ser objeto de restituição, na falência, dinheiro em poder do falido, recebido em nome de outrem, ou do qual, por lei ou contrato, não tivesse ele a disponibilidade”. Assim, a concessionária alegou que o banco falido não tinha nenhuma propriedade sobre o dinheiro, que deveria ser devolvido.

Entretanto, especificamente em relação ao patrimônio de afetação, entendeu o Superior Tribunal de Justiça, pela aplicação do artigo 789 do Código de Processo Civil²⁹⁴ (antigo artigo 591 do Código de Processo Civil de 1973), que trata de previsão em que o devedor responderá com todo o seu patrimônio, presentes e futuros, pelo cumprimento de suas obrigações, salvo “as restrições estabelecidas em lei”.

O julgado se apoia neste sentido na doutrina de Fábio Ulhôa Coelho e de Melhim Namem Chalhub, conforme excertos transcritos abaixo:

A separação do patrimônio pode decorrer diretamente da lei ou de negócio jurídico por esta especificamente autorizado. Os sujeitos de direito não têm a faculdade de cindir seus patrimônios em qualquer hipótese, mas apenas naquelas previstas em preceito legal. Como a regra é a da unicidade e indivisibilidade do patrimônio, apenas nas exceções abertas pela lei admite-se a segregação [...].

A constituição de patrimônios de afetação só é admitida nas hipóteses autorizadas ou impostas por lei e com as limitações que a lei prescrever, pois a separação de certos bens do patrimônio de uma pessoa, pode, evidentemente, implicar redução da garantia geral dos credores, representada pelo patrimônio geral. [...] A lei autorizadora da afetação patrimonial, na verdade, excepciona o princípio segundo o qual o patrimônio constitui garantia real dos credores e, ainda, o princípio da livre utilização do patrimônio por parte do seu titular. De fato, a permissão legal para a formação de patrimônio de afetação viabiliza o destaque de certos bens de determinado patrimônio, ou a separação desses bens, e estabelece um regime especial de garantia a que a massa desse patrimônio esteja vinculada, daí decorrendo, obviamente, limitações ao conteúdo dos poderes atribuídos ao seu titular, na medida em que o exercício desses poderes passará a ficar condicionado ao cumprimento da finalidade para a qual tiver sido constituído o patrimônio separado. Assim, por exemplo, nos atos de natureza fiduciária, em que se constitui um patrimônio de afetação em nome do fiduciário, este só pode exercer sobre os bens afetados os direitos e as ações que sejam adequadas e necessárias à consecução da finalidade para a qual esses bens tiverem sido afetados.

Vale mencionar alguns exemplos de patrimônios de afetação atualmente previstos na legislação brasileira: sistema de consórcio (Lei n. 11.795/08); sistema brasileiro de

²⁹⁴ Artigo 789. O devedor responder com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei.

pagamento (Lei n. 10.214/01) e o depósito centralizado de ativos financeiros e valores mobiliários (Lei n. 12.810/13).

No caso concreto, o patrimônio de afetação resultaria de *trust*, que não tem qualquer previsão legislativa. Ainda que exista a já mencionada Convenção de Haia, lembramos novamente que o Brasil não é seu signatário. Assim, não há amparo legal para se reconhecer o patrimônio de afetação constituído em *trust*.

Com essa premissa, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a receita das praças de pedágio, por estarem na titularidade do banco interveniente por força do contrato celebrado, passou a integrar o seu patrimônio, e, diante da decretação de sua falência e da ausência de previsão legal do *trust* na legislação pátria, não há que se falar na sua afetação, o que justifica, assim, a sua arrecadação em favor da massa falida.

Os julgados trazidos representam, talvez, certo “desprestígio” ao *trust*. Enquanto não existir sua previsão legal na legislação pátria, por mais esforços que se façam pelo seu reconhecimento análogo com outros institutos que temos (negócios fiduciários, por exemplo), a tendência dos tribunais é pelo seu não reconhecimento.

Assim, a pretexto de eventual planejamento sucessório, caso seja constituído o *trust*, a figura em si não será reconhecida, porém, se não existir qualquer violação a preceitos de ordem pública, como a legítima e a reserva da parte disponível, muito provavelmente não se terá problemas em reconhecer os seus efeitos, aproveitando o ato jurídico praticado.

O *trust* é categoria jurídica que não pertencente – ainda – ao ordenamento jurídico brasileiro. Seu reconhecimento depende de legislação própria e, diante dos casos e seus respectivos tratamentos pelo Poder Judiciário, fazer uso do *trust*, para organizar a sucessão, se mostra, minimamente, inseguro e imprevisível.

CONCLUSÕES

A sucessão sempre exerceu um papel importante ao longo da história. Contribuiu para o desenvolvimento do direito de propriedade, para a perenidade do “chefe da família” e os seus costumes, fortaleceu a família, ajudou na distribuição de riquezas, inspirou o surgimento de novos institutos no direito, como por exemplo, a “pessoa jurídica”, com as “causas pias”, e, até os dias de hoje, continua a estimular reflexões e “atualizações”, dada a sua complexidade como ramo do direito que, apesar de ser o último livro do Código Civil (Livro V), guarda relevante e peculiar interdependência com todo o sistema.

Transferir bens, direitos e obrigações após a morte reúne os mais diversos interesses, como do próprio autor da herança, dos herdeiros e de terceiros. Harmonizar todos estes polos, diante de uma sociedade civil dinâmica e que está sempre em transformação, com o surgimento de novas culturas, como em relação à família e ao divórcio facilitado, inovações tecnológicas, revalorização da relação da pessoa humana com os animais, entre outros, exigem o perene trabalho de se repensar e interpretar o direito sucessório brasileiro.

Na evolução histórica das sucessões nota-se que a base social-política, própria de cada tempo e período, dos mais diversos povos e civilizações, exerceu forte influência no direito. Essa influência é ainda mais cristalina, quando nos atentamos para a sucessão testamentária e a autonomia privada do testador.

Verificou-se ao longo do trabalho, que a depender da época e das circunstâncias, a liberdade de testar sofria intervenções. Com uma origem simples, pura e sem qualquer limitação, o uso do testamento e, em especial, as disposições de última vontade instituídas pelo testador, passaram a ser tidas e interpretadas como imorais, esdrúxulas e absurdas, pois, em muitos casos, a família era totalmente abandonada e relegada, em favor de terceiros totalmente desconhecidos. O que antes era usado na melhor das intenções para garantir a continuidade a prosperidade da família, se mostrou hábil ferramenta para contemplar desejos mesquinhos, individualistas e egoístas.

Essa mudança a respeito do uso do testamento, atribuído a diversas causas, entre elas, o cambiamento dos costumes na sociedade romana, em razão de seu crescimento, deixando de ser um pequeno “povo” para um “império”, fez com que se criassem limitações a respeito da autonomia testamentária.

A liberdade, antes irrestrita, colocou em risco uma das bases da sociedade, que é a família. Para protegê-la, surgem as primeiras leis, que, posteriormente, contribuíram para a formação e criação das “legítimas”, de modo a resguardar com que parte do patrimônio continuasse a pertencer ao núcleo familiar.

A legítima, como limitação da liberdade de testar, criada para fortalecer a família, passou a ser questionada. O desenvolvimento das sociedades, que em determinado período sofreu forte influência de doutrinas filosóficas e políticas liberais, resultou na criação de um Estado liberal, em que a propriedade era “sagrada” e o Estado não deveria interferir na autonomia privada das pessoas, na condução de seus negócios e interesses.

Restringir o direito de propriedade, impedindo de forma plena a sua disposição por testamento, ia contra o modelo liberal que se imaginava, e, diversos questionamentos surgiram a respeito das legítimas e a limitação na liberdade de testar.

Conforme destacamos neste trabalho, os defensores da ampla liberdade de testar sustentam, de forma geral, que não teria nenhum sentido – seria uma incongruência –, para qualquer sistema jurídico, permitir a ampla liberdade de dispor em vida de seu patrimônio, para restringi-la na morte.

Ainda para essa corrente de pensamento, os pais não têm nenhuma obrigação para com os filhos após a morte, de forma que reconhecer herança “obrigatória” a eles, representa uma opção política, que poderia ser alterada a qualquer momento. A única obrigação dos pais consiste em fornecer aos filhos a devida criação, com educação, alimentação e preparo para enfrentar a vida adulta, de modo que, depois disso, caso os pais lhes queiram destinar alguma herança, que o façam por vontade própria, mas não, em razão de uma obrigação imposta pelo Estado, que nunca saberá quais são os melhores interesses para cada pessoa e família.

O confronto de ideias entre proteger e resguardar a família, base do Estado e da sociedade, limitando-se a autonomia testamentária, em relação a ampla liberdade de testar, com o afastamento de qualquer intervenção do Estado, para deixar os indivíduos livres para dispor de sua propriedade como bem entenderem, inspirou e resultou diferentes soluções nos mais variados sistemas jurídicos.

Há países que adotaram a ampla liberdade de testar, e, tanto outros, que instituíram a legítima e limitaram a autonomia testamentária. Para este segundo grupo, o limite desta restrição suscita questões tanto em relação ao seu caráter quantitativo, que entre os sistemas analisados, pode variar entre uma terça parte a duas terças partes de todo

patrimônio, como também em relação a “quem” seriam os herdeiros “protegidos”, de forma que, costumeiramente, são instituídos os descendentes, ascendentes e o cônjuge sobrevivente.

A razão para esta tríplice categoria de herdeiros consiste nos “laços de sangue” e na família. Os descendentes e ascendentes, além de pertencerem a família do testador, sempre terão um vínculo forte, vitalício, “de sangue”, com o autor da herança, motivo pelo qual, se atribui a eles, a qualidade de herdeiros legítimos, para que uma parte da herança sempre fique na família, de geração em geração.

Em relação ao cônjuge, com quem o testador manteve uma “união de vidas” no casamento, de forma que se apoiaram mutuamente durante uma longa jornada, em relação a educação dos filhos, aos cuidados do lar, na carreira profissional, entre outros, reconhece-se a necessidade de se proteger o cônjuge viúvo, impedindo-o que fique desamparado após a morte do outro.

Entretanto, verificou-se que o sistema jurídico brasileiro incluiu o “cônjuge” como herdeiro legítimo, pautado em um modelo social-familiar que não existe mais. A família patriarcal, em que o casamento era indissolúvel (até 1977), sofreu profundas alterações que não foram acompanhadas pelo direito sucessório.

O “cônjuge”, atualmente, não é mais aquele “de uma vida”, de uma longa jornada. As famílias hoje em dia, com a facilitação do divórcio e outros acontecimentos de cunho social, estão em constante mudança. Não é raro nos depararmos com as chamadas “famílias reconstituídas”, que são formadas por pessoas que já se casaram mais de uma vez e formam novos núcleos familiares ao longo de sua existência, em uniões, muitas vezes, com filhos de antigos casamentos já desfeitos.

O rompimento da sociedade conjugal, para a formação de outra, que também poderá ser rompida, demonstra a nova posição que o cônjuge encerra na família, isto é, aquele cônjuge “uma vida inteira” está sendo, em alguns casos, substituído pelo cônjuge “de um dia”, de uma passagem breve pela vida do outro.

A efemeridade do casamento mudou a concepção familiar e a base na qual o direito sucessório brasileiro foi construído. Não há nenhuma graduação ou diferença de tratamento para o cônjuge de “um dia” e o de “uma vida inteira”. Se a pessoa se casa e, no dia seguinte falece, o cônjuge será herdeiro de todo o patrimônio, quando, ainda, não concorrer com os descendentes na sua existência, independentemente de ter contribuído, direta ou indiretamente, para a formação daquele patrimônio.

O sistema jurídico privilegia o “*status*” de cônjuge, reconhecendo a ele direitos hereditários pelo simples fato de estar casado, em detrimento dos filhos, com quem o autor da herança tem um “laço de sangue”, forte, duradouro, para “toda a vida”.

Com isso, concluímos que o direito sucessório brasileiro perdeu a sua “*ratio*”. A base da família imaginada, patriarcal, que foi a realidade de outrora, tem demonstrado enfraquecimento, e as consequências não se refletem no direito sucessório, que trata o cônjuge “de um dia” igual àquele de “uma vida”. Há um verdadeiro descompasso do ordenamento jurídico sucessório com a realidade das famílias.

Neste sentido, entendemos como necessária a atualização da legítima e suas limitações no campo da autonomia privada no direito sucessório, a exemplo de outros sistemas jurídicos como o português, que permite ao cônjuge renunciar à sua condição de herdeiro, e, como ocorre no direito norte-americano, para os estados que aderiram ao *Uniform Probate Code*, em que se criou uma tabela progressiva de aquisição de direito sucessório, isto é, de acordo com os anos do casamento, o cônjuge é “recompensado” com uma maior participação obrigatória na herança.

O descompasso que apontamos no direito sucessório não se limita ao “cônjuge”. A transformação dos valores e das relações, com o surgimento de novas tecnologias, também necessitam ser considerados. O patrimônio, a ser herdado, vive a sua “digitalização”. Nossas fotografias e livros estão na “nuvem”, obras de arte são “tokens”, a moeda pode ser um “criptoativo”, e, até mesmo nosso trabalho, pode estar concentrado em uma “rede social”.

Todos esses ativos, digitais, de valor patrimonial inquestionável, precisam ter a adequada regulação no campo do direito sucessório, para conferir a devida segurança jurídica ao testador em poder organizar sua sucessão.

Os animais de companhia, que para muitos se equipara, de forma afetiva, a um “filho”, também fazem parte das considerações e preocupações dos testadores, que muitas vezes desejam salvaguardar a sua subsistência quando não mais estiverem entre nós. Trata-se de uma questão, que não se imaginava no passado, e, hoje, com ressignificação dos animais, para deixarem de serem reconhecidos como uma “coisa” para um “sujeito de direitos”, é uma realidade que precisa ser considerada.

De igual forma, o surgimento de novas pessoas que podem captar a vontade do testador, como é o caso dos cuidadores e profissionais de saúde. O desenvolvimento da medicina, que de certa forma, democratizou o acesso das pessoas a tratamentos e

acompanhamentos de saúde, muitas vezes, com atendimentos em formato “home care”, criou situações que antes não eram tão comuns. A pessoa já mais idosa, vulnerável, em contato diário com profissionais que ganham a sua confiança e lhe conferem a mais dedicada atenção, podem, eventualmente, se valer desta aproximação para serem contemplados com alguma parte da herança.

Repetimos que não estamos a fazer qualquer juízo de valor negativo, generalizado, sobre os profissionais de saúde. No entanto, da mesma forma que o Código Civil (artigo 1.801²⁹⁵) proíbe a nomeação de quem escreveu o testamento (e seus familiares), testemunhas, tabelião e outros, pois estes podem captar e interferir na vontade do testador, de igual forma, a sociedade atual permite o desenvolvimento de certas relações que podem ocasionar na mesma situação que lei busca evitar, como é o caso dos cuidadores, que, ademais, como vimos, em outras legislações, não podem ser beneficiados no testamento.

Portanto, é justamente em razão de todas estas mudanças, na família, na sociedade, nos costumes, nas novas formas de patrimônio, que entendemos que o direito sucessório brasileiro carece de uma devida atualização (perdeu a sua “*ratio*”). As bases do passado mudaram e criaram verdadeiro descompasso com o direito vigente. É necessário repensar a autonomia privada do testador, adaptada às novas relações que se formam, sem descuidar de garantias mínimas já conquistadas. Os novos interesses, que não se amoldam ao texto legal, exprimem elevado grau de complexidade e insegurança jurídica, o que dificulta qualquer organização patrimonial para após a morte, o que tem fundamentação importância na vida da pessoa humana.

²⁹⁵ Artigo 1.801. Não podem ser nomeados herdeiros nem legatários: I - a pessoa que, a rogo, escreveu o testamento, nem o seu cônjuge ou companheiro, ou os seus ascendentes e irmãos; II - as testemunhas do testamento; III - o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos; IV - o tabelião, civil ou militar, ou o comandante ou escrivão, perante quem se fizer, assim como o que fizer ou aprovar o testamento.

REFERÊNCIAS

- ACKEL FILHO, Diomar. *Direitos dos Animais*. São Paulo: Ed. Themis, 2001.
- ANTONINI, Mauro. *Sucessão necessária*. Orientador: Cláudio Luiz Bueno de Godoy. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Código Civil comentado: negócio jurídico. Atos jurídicos lícitos. Atos ilícitos: artigos 104 a 188*. São Paulo: Editora Atlas, 2003. v. 2.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 9, p. 107-125, jan./mar. 2002
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1958. v. 4.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. 5. ed. Rio de Janeiro: F. Alves, 1955.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução [de] Carlos Nelson Coutinho; [apresentação de] Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier: Campus, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BOULANGER, Jean; RIPERT, Georges. *Tratado de derecho civil: segun el tratado de planiol*. Buenos Aires : Ed. La Ley, 1987. t. 10, v. 2, pt. 2: Sucesiones: transmisión sucesoria – Partición, p. 279-280.
- CALLE, Maria del Pilar Torréns; FONDO, Teresa Facal. Cambios sociológicos en la familia con repercusión en el derecho de sucesiones. In: REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis. (coord.). *La familia en el derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*. Madrid: Dykinson, 2010.
- CAPDEVILA, Esteve Bosch. El cálculo de la legítima de los descendientes en los derechos civiles españoles. In: VAQUER ALOY, Antoni; BOSCH CAPDEVILA, María paz Sánches González y Esteve (coord.). *La libertad de testar y sus límites*. Madrid: Ed. Marcial Pons, 2018. p. 147-190.
- CARVALHO, Gabriel Honorato de; GODINHO, Adriano Marteleto. Planejamento sucessório e testamento digital: a proteção dinâmica do patrimônio virtual. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- CIMBALI, Enrico. *A nova phase do direito civil em suas relações economicas e sociaes*. Tradução por Adherbal de Carvalho; com uma introdução de Clovis Bevilacqua. Porto: Editores Classica; Rio de Janeiro: Chardron, 1900
- COING, Helmut. *Derecho de sucesiones*. Traduzido por Theodoro Kipp. 2. ed. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1976. v. 1.
- CONTRERAS, Carlos. Régimen jurídico de los animales en Latinoamérica. In: Basilio Baltasar (coord.). *El derecho de los animales*. Madrid: Ed. Marcial Pons, 2015. p. 185-242.

CORBÍ, Enrique Lozano. *Historia e instituciones de derecho romano*. Zaragoza: Mira Editores, 1999,

CORDEIRO, Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. Coimbra: Almedina, 2004. v. 1, t. 2.

COSTA, Ana Giménez; TRAVÉ, Cristina Villo. Libertad de testar y protección del cónyuge viudo o conviviente supérstite. In: VAQUER ALOY, Antoni; BOSCH CAPDEVILA, María paz Sánches González y Esteve (coord.). *La libertad de testar y sus límites*. Madrid: Ed. Marcial Pons, 2018. p. 221-266.

COSTA, Antônio Pereira da. *Dos animais – o direito e os direitos*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1998.

DARWIN, Charles. *The descent of man and selection in relation to sex*. London: John Murray, 1871. v. 1.

DAVID, René. *O ireito inglês*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000

DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil*. 12 ed. Cidade: Ed. Tecnos, 2017. v. 4, t. 2: Derecho de sucesiones.

DUKEMINIER, Jesse; SITKOFF, Robert H. “*Wills, trusts, and estates*”. 11th ed. New York: Wolters Kluwer, 2022. (Aspen Casebook Series).

ENNECERUS, Ludwig; KIPP Theodor; e WOLF Martin. *Tratado de Derecho Civil*. Traducción del almán por Blas Pérez González y José Alguer, actualizada por Eduardo Valentí Fiol. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1976. t. 5, v. 1: Derecho de sucesiones. 2. ed. al cuidado de Luis Puig Ferriol y Fernando Badosa Coll. Traducción de la decimoprimera revisión de Helmut Coing, Esrtudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Ramón Maria Roca Sastre.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: sucessões*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. v. 7.

FERREIRA, Pinto. *Tratado das heranças e dos testamentos*. São Paulo: Saraiva, 1983.

FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Traducción y notas de Derecho Español por Luis Sancho Mendizábal; Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969.

FLUME, Werner. *El negocio jurídico*. Parte general del Derecho civil. Traducción de José María Miquel Gonzáles y Esther Gómez Calle. 4. ed. Madrid: Fundación Cultural del Notario, 1998. t. 2.

FONSECA, Tito Prates da. *Sucessão testamentária*. São Paulo: Saraiva, 1928.

FRANCIONE, Gary L. *Introdução aos direitos animais*. Campinas Ed. Unicamp, 2013.

FRITZ, Karina Nunes. A garota de Berlim e a herança digital. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira (coord.). *Herança digital: controvérsias e alternativas*. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

FUSARO, Andrea. *Tendenze del Diritto Privato in Prospettiva Comparatistica*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2015. cap. L'espansione dell'autonomia privata in âmbito successorio nei recenti interventi legislativi francesi ed italiani, p. 277-278.

GALLARDO, Aurelio Barrio. *El largo camino hacia la libertad de testar: de la legítima al derecho sucesorio de alimentos*. Madrid: Dykinson, 2012. t. 5: Derecho de sucesiones. (Colección Monografías de Derecho Civil. Dirección de Mariano Yzquierdo Tolsada).

GARBI, Carlos Alberto. *A intervenção judicial no contrato em face do princípio da integridade da prestação e da cláusula geral da boa-fé: uma nova visão do adimplemento contratual*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2014.

GARCÍA, Teodora F. Torres; RUBIO, María Paz García. *La libertad de testar: el principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad em el derecho de sucesiones*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeu, 2014.

GARCÍA, Teodora F. Torres; RUBIO, María Paz García. *La libertad de testar: el principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2014.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GOMES, Orlando. *Sucessões*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de Direito Civil*. São Paulo Max Limonad, 1955. v. 9, t. 2.

GOYTISOLO, Juan Vallet. *Limitaciones de derecho sucesorio a la facultad de disponer*. Madrid: Ed. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1974. v. 58, t. 1: Las legitimas. (Tratado Practico y Critico de Derecho Civil).

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado e Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

KERRIDGE, R. Wills made in suspicious circumstances: the problem of the vulnerable testator. *Cambridge Law Journal*, n. 59, p. 310-334, 2000.

KEYNES, John Maynard. *A teoria geral do emprego, do juro e da moeda*. Tradução de Mário R. da Cruz. São Paulo: Nova Cultural, 1985. (Os economistas).

LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. *Sucessões*. Rio de Janeiro: Ed. Livraria Cruz Coutinho, 1915.

LACERDA, Paulo de. *Manual do código civil*. Rio de Janeiro: Ed. Jacintho Ribeiro dos Santos, 1929. Livro 18: Direito das sucessões.

LACORDAIRE, Jean-Baptiteste-Henri Dominique. *Conférences de Notre-Dame de Paris*. Paris: Sagnier et Bray, 1872, t. 3.

LAGHI, Pasquale. Famiglie “ricomposte” e successione necessaria: problematiche attuale, soluzioni negoziali e prospettive de iure condendo. *Rivista Contratto e Impresa*, n. 4, 2017.

LANGBEIN, J. H., Will contests. *Yale Law Journal*, n. 103, p. 2039-2048, 1994.

LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tradução espanhola de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. t. 1.

LEMONS, Ana Vázquez. *Fundamentos históricos y jurídicos de la libertad de testar*. Barcelona: Bosch Editor, 2019.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil: fontes das obrigações*. 6. ed. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1996. v. 3.

LUPU, Maria. Le disposizioni sanzionatorie. In: In: BONILINI, Giovanni, (coord.). *Trattato di diritto delle successioni e donazioni. La successione testamentaria*. Milano: Giuffrè editore, 2009. v. 2.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MACHADO, Santiago Muñoz. *Los animales y el Derecho*. Madrid: Ed. Civitas: 1999.

MARTÍN, Isabel Zurita. La protección de la libertad de testar de las personas vulnerables. In: VAQUER ALOY, Antoni; SÁNNCHES GONZÁLEZ, María paz; BOSCH CAPDEVILA, Esteve (coord.). *La libertad de testar y sus límites*. Madrid: Marcial Pons, 2018.

MARTINEZ, Ana Diaz. La ordenación de la sucesión testamentaria tras la ruptura matrimonial del causante. Contenido del testamento y contiendas judiciales. In: REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis. (coord.). *La familia en el derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*. Madrid: Dykinson, 2010.

MAURO, Nicola di. *La condizione*. In: BONILINI, Giovanni, (coord.). *Trattato di diritto delle successioni e donazioni. La successione testamentaria*. Milano: Giuffrè editore, 2009. v. 2.

MAXIMILIANO, Carlos. *Direitos das sucessões*. 4. ed. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1958. v. 1.

MENKE, Fabiano. Artis. 104 a 185. In: NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Direito privado contemporâneo* São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 181-294.

MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa. *Personalidade Jurídica dos Grandes Primatas*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2012.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2003.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *Do espírito das leis*. Tradução, introdução e notas Edson Bini. Ed. Edipro, São Paulo, 2004. (Série Clássicos).

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

NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária*. Rio de Janeiro: Forense, 1957. v. 1.

NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária*. Rio de Janeiro: Forense, 1957. v. 2.

NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária*. Rio de Janeiro: Forense, 1957. v. 3.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.

OLCESE, Tomás. *Formação histórica da real property law inglesa: tenures, estates, equity & trusts*. São Paulo: Ed. YK, 2016.

OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Tratado de direito das sucessões*. 5. ed. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1986.

OLIVEIRA, Guilherme de. Notas sobre o Projeto de Lei nº 781/XIII (Renúncia recíproca à condição de herdeiro legal). In: _____. Estudos de direito de família: 4 movimentos em direito da família. Coimbra: Almedina, 2020. p. 79-90.

PEISAH, C.; FINKEL, S.; SHULMAN, K.; MELDING, P.; LUXENBERG, J.; HEINIK, J.; JACOBY, R.; REISBERG, B.; STOPPE, G.; BARKER, A.; BENNET, H. The wills of older people: risk factor for undue influence. *International Psychogeriatrics*, n. 21, p. 7-15, 2009.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Atualizado por Giselda Hironaka e Paulo Lôbo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. 55: Direito das Sucessões.

PRETTO, Cristiano. *Autonomia privada e testamento: liberdade e limite no direito de testar no Código Civil de 2022*. Porto Alegre: Ed. Sergio Antônio Fabris, 2015.

REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis. La actualización del derecho sucesorio español ante los cambios sociológicos y jurídicos de la familia: conclusiones de una investigación. In: REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis. (coord.). *La familia en el derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*. Madrid: Dykinson, 2010.

RESCIGNO, Francesca. *I diritti degli animali*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2000.

RIECHMANN, Jorge. *Todos los animales somos eermanos: ensayos sobre el lugar de los animales en las sociedades industrializadas*. Granada: Ed. Universidad de Granada: 2003.

SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1986. v. 23.

SCHMIDT, Jan Peter. Forced Heriship and Family Provision in Latin America. In: REID, Kenneth G. C.; WALL, Marius J. de; ZIMMERMANN, Reinhard (ed.). *Comparative*

Succession Law. Oxford: Oxford University Press, 2020, v. 3: Mandatory Family Protection. cap. 7, p 175-232.

SHULMAN, K.; COHEN, C. A.; KIRSH, F. C.; HULL, I. M.; CHAMPINE, P. R. Assessment of testamentary capacity and vulnerability to undue influence. *American Journal of Psychiatry*, n. 164, 722-727, 2007.

SINGER, Peter. *Libertação Animal*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

SMITH, Adam. *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. Londres: Penguin Uk, 1776, reprint, 1970.

SOTTOMAYOR, Maria Clara; RIBEIRO, Ana Teresa. In: FERNANDES, Luís Carvalho; PROENÇA, José Brandão (coord.). *Comentário ao Código Civil: parte geral*. Lisboa: Ed. Universidade Católica, 2014, p. 454-455.

SURGIK, Aloísio. A sucessão testamentária no direito romano tardio e seu papel na gênese da pessoa jurídica. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Coimbra, n. 88, 2006, p. 1055-1080.

TEIXEIRA, João Francisco Gonçalves Barroso. *As indisponibilidades relativas de testar dos artigos 2194º e 2196º do Código Civil: problemas e respostas atuais para um instituto cristalizado*. Orientadora: Cristina Manuela Araújo Dias. 2018. Dissertação (Mestrado) - Universidade do Minho, 2018.

TEPEDINO, Gustavo; OLIVEIRA, Camila Helena Melchior Baptista de. Streaming e herança digital. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Lívia Teixeira (coord.). *Herança digital: controvérsias e alternativas*. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na américa: leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático*. Tradução: Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VAQUER ALOY, Antoni. Derecho a la legítima e intereses subyacentes. In: _____; SÁNNCHES GONZÁLEZ, María paz; BOSCH CAPDEVILA, Esteve (coord.). *La libertad de testar y sus límites*. Madrid: Marcial Pons, 2018. p. 63-81.

VAQUER ALOY, Antonio. *Libertad de testar y libertad para testar*. Santiago: Ediciones Olejnik, 2018.

VELOSO, Zeno. *Testamentos de acordo com a constituição de 1988*. Belém: Ed. CEJUP, 1993.

VENUTI, Maria Carmela. I diritti successori della persona unita civilmente e del convivente di fatto: un confronto con il sistema tedesco. *Europa e Diritto Privato*, Milano, n. 4, p. 1241-1263, 2017.

VILLELA, João Baptista. Bichos: uma outra revolução possível. *Revista Del Rey Jurídica*, v. 8, n. 16, p. 12-13, 2006.

Endereços Eletrônicos

A PEDIDO da dona, cachorro saudável é morto nos EUA para ser sepultado junto a ela. *GI*, [Rio de Janeiro], 22 maio 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/05/22/a-pedido-da-dona-cachorro-saudavel-e-morto-nos-eua-para-ser-sepultado-junto-a-ela.ghtml>. Acesso em: 9 jul. 2019.

ARGENTINA. Poder Judicial Mendoza. Tercer Juzgado de Garantías. *Habeas corpus P-72.254/15*. Maria Alejandra Mauricio. Mendonza, 3 nov. 2016. <https://www.nonhumanrightsproject.org/content/uploads/Sentencia-de-Habeas-Corpus-de-Cecilia.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2022.

BERG, Madeline; BROWN, Abram. 10 YouTubers mais bem pagos de 2020. *Forbes*, [S. l.], 18 dez. 2020. Disponível em: <https://forbes.com.br/listas/2020/12/10-youtubers-mais-bem-pagos-de-2020/FORBES>. Disponível em: <https://forbes.com.br/listas/2020/12/10-youtubers-mais-bem-pagos-de-2020/>. Acesso em: 6 de nov. 2022.

BILIONÁRIO que comprou quadro por R\$ 635 milhões pagou no crédito para conseguir milhas. *Época*, 15 nov. 2015. Negócios. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Dinheiro/noticia/2015/11/bilionario-que-comprou-modigliani-por-us-170-mi-pagou-no-credito-para-conseguir-milhas.html>. Acesso: 22 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública. Direito ao Esquecimento na Esfera Cível. RE 1.010.060. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/AUDINCIAPUBLICASOBREODIREITOAOESQUECIMENTO_Transcries.pdf. Acesso em: 11 abr. 2022.

BUCAR, Daniel. Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 3, jul./set. 2013, p. 9. Disponível em: <http://civilistica.com/controle-temporal-de-dados-o-direito-ao-esquecimento/>. Acesso em? 11 abr. 22.

CARVALHO, Lucas. Veja quais são as 10 skins de CS:GO mais caras do mundo. *E.SPORTS.NET*, [S. l.], 23 ago. 2022. Disponível em: <https://www.esports.net/br/noticias/vejas-quais-sao-as-10-skins-de-csgo-mais-caras-do-mundo/>. Acesso em: 15 nov. 2022.

CBS NEWS. *Robin Williams restricted use of his image for 25 years after his death*. Disponível em: <https://www.cbsnews.com/news/robin-williams-restricted-use-of-his-image-for-25-years-after-his-death/>. Acesso em: 15 nov. 2022.

CHUN, So Yeon; BOER, Evert de. How loyalty programs are saving airlines. *Harvard Business Review*, 2 abr. 2021. Disponível em: <https://hbr.org/2021/04/how-loyalty-programs-are-saving-airlines>. Acesso: 22 nov. 2022.

DE CICCIO, Maria Cristina. *O direito ao esquecimento existe*. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, 2020. Disponível em: <http://civilistica.com/o-direito-ao-esquecimento-existe/>. Data de acesso em 25/03/2022. Acesso em: 11 abr. 2022.

ENUNCIADO n. 641. In: JORNADAS DE DIREITO CIVIL: enunciados aprovados, 8., 2018, Brasília, DF. Enunciados aprovados [...]. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2018. p. 13. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej>. Acesso em 30 dez. 2022, às 12:51.

FORBES. *How Airlines make billions from monetizing frequent flyer programs*. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/advisor/2020/07/15/how-airlines-make-billions-from-monetizing-frequent-flyer-programs/?sh=36e2e63014e9>. Acesso: 22 nov. 2022.

FORBES. *Why Robin Williams won't be making millions beyond your grave*. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/natalierobehmed/2015/10/27/why-robin-williams-wont-be-making-millions-beyond-the-grave/?sh=189e1bab435f>; Acesso em 15 nov. 2022

GUIMARÃES, Fernanda. Herança digital, como o Instagram e o YouTube de Marília Mendonça, vira alvo de disputa judicial. *Estadão*, São Paulo, 3 nov. 2022. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/economia/negocios/heranca-digital-disputa-marilia-mendonca/>. Acesso em: 6 nov. 2022.

HANKIN, Susan J. Making Decisions About Our Animals's Health Care: Does It Matter Whether We Are Owners or Guardians? *Journal of Animal Law and Policy*, v. 1, n. 2009. Disponível em: <https://law.stanford.edu/publications/making-decisions-about-our-animals-health-care-does-it-matter-whether-we-are-owners-or-guardians/>. Acesso em: 22 nov. 2022.

HERDEIROS de Jim Morrison e Jimi Hendrix trabalham em hologramas dos músicos. O Globo, [Rio de Janeiro], 13 jun. 2012. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/cultura/herdeiros-de-jim-morrison-jimi-hendrix-trabalham-em-hologramas-dos-musicos-5188732>. Acesso em: 15 nov. 2022.

INDEPENDENT. *Robin Williams restricted use of his image for next 25 years, legal document shows*. Disponível em: <https://www.independent.co.uk/news/people/robin-williams-restricted-use-of-his-image-for-next-25-years-legal-document-shows-a115701.html>. Acesso em: 15 dez. 2022

LEI vai regular guarda de bichos de estimação. *Estadão*, São Paulo, 29 jul. 2007. Disponível em: <http://vida-estilo.estadao.com.br/noticias/geral,lei-vai-regular-guarda-de-bichos-de-estimacao,26628>. Acesso em: 31 dez. 2022, às 15h10.

MULHER deixa herança de R\$ 21 milhões para cachorros. *G1*, [Rio de Janeiro], 18 jun. 2010. Disponível em: <http://g1.globo.com/planeta-bizarro/noticia/2010/06/mulher-deixa-heranca-de-r-21-milhoes-para-cachorros.html>. Acesso em: 9 jul. 2019.

RODOTÀ, Stefano. *Esiste ancora la privacy? Vivere in rete. Il mondo a portata di click*. Genova, 2013. Disponível em: <https://youtu.be/rpGIO1vogOE>. Acesso em: 11 abr. 2022.

SIMÃO, José Fernando. O testamento magistral: uma nova figura criada em Guaxupé (parte 1). *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 12 ago. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-12/processo-familiar-testamento-magistral-figura-criada-guaxupe-parte>. Acesso em: 9 jul. 2019.

SOCIAL Blade. Estatísticas do canal do Felipe Neto. Disponível em: <https://socialblade.com/youtube/channel/UCV306eHqgo0LvBf3Mh36AHg>. Acesso em: 6 nov. de 2022.

STANFORD LAW SCHOOL. *Director*: organization. California, 2022. Disponível em: <https://journals.law.stanford.edu/sites/default/files/print/issues/hankin.pdf>.

THE GUARDIAN. *Robin Williams went above and beyond to stop his image being used*. Disponível em: <https://www.theguardian.com/film/2015/mar/31/robin-williams-restricted-use-image-despite-existing-us-laws>. Acesso em? 15 nov. 2022.

VAZAMENTO na twitch revela pagamentos milionários a streamers. Tecmundo, [S. l.], 6, out. 2021. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/voxel/226442-vazamento-twitch-revela-pagamentos-milionarios-streamers.htm>. Acesso em: 14 nov. 2022.

WATANABE, Phillippe. Chimpanzé argentina ganha habeas corpus e vai para santuário em SP. Folha de São Paulo, São Paulo, 5 abr. 2017. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ambiente/2017/04/1873048-chimpanze-argentina-ganha-habeas-corpus-e-vai-para-santuario-em-sp.shtml>. Acesso em: 31 dez. 2022, às 15h12.