

## DIREITO FUNDAMENTAL À AUTONOMIA TESTAMENTÁRIA PARA REALIZAR O PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO

*FUNDAMENTAL RIGHT TO TESTAMENTARY AUTONOMY FOR SUCCESSION PLANNING*

**Luciana Cristina Souza**

Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestra em Sociologia pela Universidade Federal de Minas Gerais. Advogada. Pesquisadora com experiência em fomento CNPq e FAPEMIG. Professora de Direito Constitucional do Mestrado em Relações Econômicas e Sociais da Faculdade de Direito Milton Campos. Professora da Faculdade de Políticas Públicas da Universidade do Estado de Minas Gerais.  
E-mail: dralucianacsouza@gmail.com

**Vanuza Maria de Oliveira Carvalho**

Mestranda em Direito nas Relações Econômicas e Sociais pelas Faculdades Milton Campos. Especialista em Função Social e Prática do Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce – FADIVALE.  
E-mail: profalucianacsouza@gmail.com

Recebido em: 02/06/2021  
Aprovado em: 27/10/2022

**RESUMO:** A legislação brasileira hoje vigente acerca da liberdade de testar limita a autonomia individual ao impor a legítima e a figura dos herdeiros necessários. Também enfrenta na atualidade da pandemia de COVID-19 a preocupação de muitas pessoas que gostariam de organizar previamente sua transmissão de bens *post mortem* pela elaboração de testamento por instrumento particular, como prevê o ordenamento jurídico nacional, tendo em vista que futuramente decisões judiciais podem alterar a disposição testamentária que representa a vontade do testador. Com o objetivo de enfrentar esses dois tópicos e propor uma solução, o artigo aplica a metodologia de análise conceitual da doutrina e de descrição categorial dos institutos previstos sobre transmissão de herança na legislação brasileira, por meio do método dedutivo. A hipótese defendida é a de que o direito de testar é uma liberdade fundamental que deve ser respeitada como parte do campo da autonomia privada, não devendo sofrer intervenção estatal que mitigue a livre manifestação da vontade do testador.

**Palavras-chave:** Autonomia testamentária. COVID-19. Direito de legar por testamento. Legislação civil. Planejamento Sucessório.

**ABSTRACT:** The current Brazilian legislation on the freedom to test limits individual autonomy by imposing the legitimate and the figure of the necessary heirs. Also facing the COVID-19 pandemic today, the concern of many people who would like to pre-organize their post-mortem transmission of goods by preparing a will by private instrument, as provided for by the national legal system, given that in the future judicial decisions may the testamentary disposition that

represents the will of the testator. In order to address these two topics and propose a solution, the article applies the methodology of conceptual analysis of the doctrine and categorical description of the institutes foreseen on inheritance transmission in Brazilian legislation, through the deductive method. The hypothesis defended is that the right to test is a fundamental freedom that must be respected as part of the field of private autonomy, and should not undergo state intervention that mitigates the free manifestation of the testator's will.

**Keywords:** Testamentary autonomy. COVID-19. Right to bequeath by will. Civil rules. Succession Planning.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 O direito de legar por testamento. 1.1 Tipos de testamento. 1.2 Vedações legais que limitam o direito de testar. 2 Rito cartorial para testamentos. 3 Testamento particular e Covid-19. 4 Tensão entre autonomia privada e intervenção estatal. 4. 1 Biologismo não é regra lógica para presunção de afetividade. 4.2 A intervenção estatal pode desconstituir relações afetivas e gerar insegurança jurídica. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

Esses tempos de total fragilidade e insegurança sanitária a que temos vivido a partir da declaração de pandemia mundial, em março de 2020, implantou na sociedade a necessidade de isolamento social face ao receio constante de os indivíduos serem infectados e impôs profundas reflexões acerca da possibilidade ainda mais palpável de morrer. O medo da morte tem atuado não só como fator de repulsa às aproximações pessoais, mas, principalmente, de impulso para tomadas de decisões, cuja finalidade dar proteção e segurança aos entes queridos, ou a quem se nutre de sentimentos semelhantes, garantindo-lhes amparo e bens em uma possível ausência. Com isso, veio a necessidade de recorrer ao planejamento sucessório como garantia dessa vontade.

Nesse cenário, pretendemos abordar o direito das sucessões, ramo do direito civil que cuida da transmissão do patrimônio de uma pessoa que morre (FIÚZA, 2003, p. 845) para os herdeiros e do pagamento dos legados (PEREIRA, 1999, P. 3). Mas trataremos especificamente da sucessão testamentária, que se dá em obediência à vontade da pessoa falecida, disposta em testamento válido (FIÚZA, 2003, p. 876). Dita o art. 1.786 do Código Civil que “a sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade.” Está expresso no mesmo diploma (Art. 1.788), que se a pessoa falece sem deixar testamento ou se este for considerado sem valor, por inexistente, nulo, anulável, revogado, rompido ou caduco (CARVALHO, 2019, p. 619), a herança será transmitida aos seus sucessores, legalmente determinados. Assim, caso não haja testamento, todos os bens do falecido serão transmitidos a quem o legislador entendeu ser merecedor de tal benefício.

Muitas questões sucessórias foram levantadas após a chegada do Código Civil de 2002, o que tem servido de luz a uma consciência patrimonial (HIRONAKA, 2019). Entretanto, na cultura brasileira pouco se discute sobre a própria morte (HIRONAKA, 2019, p. 103) o que torna muito tímida a busca por mecanismos de planejamento sucessório, ficando a cargo dos herdeiros a divisão de bens e, em muitos casos, intermináveis disputas pela herança. Vários fatores podem ser responsáveis por esse fenômeno, a exemplo do excesso de burocracia envolvendo os atos de última vontade, a escassez de patrimônio ou até mesmo a convicção de que a ordem de sucessão legalmente estabelecida pelo Código Civil traduz corretamente o destino de bens e direitos dos falecidos.

Inobstante, a busca por planejamento sucessório vem ganhando espaço, e o testamento é uma das formas de resolver não só a questão patrimonial, mas também fazer prevalecer a vontade dos falecidos. Por meio do instituto é possível indicar outras pessoas, não necessariamente os herdeiros legais, para receberem parte da herança, inclusive expressar o desejo do quê e de como certos bens serão tratados, ou até apontar condições para o seu recebimento.

Considerando as características que revestem o testamento e lhe dão existência no mundo jurídico, o fato de ser ele um negócio jurídico solene implica ser também um ato formal, e como tal só terá validade se forem observadas todas as formalidades prescritas na lei (*ad solemnitatem*), sob pena de ser considerado nulo (GONÇALVES, 2012, p. 168; 639). Sílvio de Salvo Venosa (2013, p. 189) considera que: “Tais formalidades têm por escopo dar o máximo de garantia e certeza à vontade do testador, bem como cercar de respeito o ato.”. No ordenamento jurídico brasileiro, os testamentos são classificados quanto às formas, podendo ser ordinários ou comuns, assim abrangendo os testamentos público, cerrado e o particular; e os testamentos especiais: marítimo, aeronáutico e militar. Há, ainda, como formas de se testar, a conversão do negócio jurídico nulo em matéria testamentária e o codicilo.

Neste ponto se estende nosso questionamento acerca do incerto cumprimento da vontade do testador, cuja disposição de última vontade, efetivada em tempos de pandemia, sob o comando do isolamento social, e por óbvio, sem a presença de testemunhas, declarada como circunstância excepcional. Situação que ficará à mercê do entendimento do juiz para ser levada à concretude. Diante disso, o problema que o presente trabalho enfrentará consiste em investigar a tensão entre autonomia privada e interferência estatal com ênfase no planejamento sucessório feito por meio de testamento.

A hipótese principal da pesquisa se justifica pelo fato de que a depender do teor de rigidez aplicado pelo Estado, através juiz, ao avaliar a validade de um testamento particular elaborado em situação de pandemia, sem a presença das testemunhas, a vontade do testador pode ser suprimida, da mesma forma o planejamento sucessório realizado tornar-se sem efeito, constituindo em prejuízo aos que foram contemplados, em real desrespeito ao falecido. Neste sentido, objetivamos defender a liberdade de testar, posto que a interferência estatal nessa seara pode causar problemas familiares e injustiças como se explicará ao longo do texto.

Além disso, a herança consiste em resultado do esforço de um indivíduo o qual, uma vez pago seus tributos, nada mais deveria dever ao Estado quanto ao uso que faz de seus bens. Especialmente quando sua intenção for proteger sua família, mas o grupo por ele reconhecido como tal receber do Poder Público tratamento diferente. As autoridades estatais não devem dizer aos cidadãos quem eles devem considerar sua família, já que tal vínculo é afetivo e ao Estado não compete nos dizer a quem amar: um pai adotivo, uma avó de criação, um companheiro ou companheira, um sobrinho, um padrasto ou uma madrasta. Família é quem ampara. Infelizmente, a Biologia não é suficiente para assegurar isso. Portanto, por que no momento de testar não existe liberdade para dispor do patrimônio e, assim, retribuir a quem cuidou verdadeiramente do *de cuius* em vida? Mesmo querendo exercer a gratidão, o testador está limitado pela legítima, a qual nada mais é do que a imposição de compromisso patrimonial fundado na similaridade genética – que pode ter surgido de um enlace ocasional há muito não mais compartilhado entre genitores e prole, inclusive; se é que algum dia foi.

Para validar a hipótese levantada, foi utilizado o método dedutivo, através de revisão bibliográfica e análise conceitual. No artigo foram traçadas breves considerações sobre o direito de testar, bem como sobre os tipos de testamento e as vedações legais que limitam o direito de testar. Também se discorreu sobre testamento particular e sua procura no contexto da pandemia de COVID-19. Igualmente foram descritas as categorias da legislação aplicáveis ao tema que permitiram delinear o atual cenário da autonomia testamentária no país. Encerra-se com reflexões práticas a respeito da tensão entre autonomia privada e intervenção estatal quanto à liberdade de testar.

## 1 O DIREITO DE LEGAR POR TESTAMENTO

Como anteriormente mencionado, a lei civil diz que a sucessão ocorre mediante o que está na lei ou por disposição de última vontade. Partindo-se desta imposição, eis o direito de testar. Caio Mário ensina que “o princípio da liberdade de testar remonta ao Direito romano, onde era o corolário natural da instituição do *pater familias*.”. Enquanto os filhos estavam sob o poder da família eram naturalmente herdeiros. “Emancipados, perdiam essa qualificação, e já não sucediam

ao pai. Era, então, o testamento que lhes devolvia o direito de herdar, valendo a disposição voluntária como norma jurídica.” (PEREIRA, 1999, p. 89). Entre nós, tal liberdade encontra amparo no Código Civil de 2002:

Art. 1.786. A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade.

Art. 1.787. Regula a sucessão e a legitimação para suceder a lei vigente ao tempo da abertura daquela.

(...)

Art. 1.857. Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte.

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

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

Art. 1.858. O testamento é ato personalíssimo, podendo ser mudado a qualquer tempo.

E como discorre Luiz Paulo Vieira de Carvalho (2019, p. 642) “é conferido ao testador ou ao autor do codicilo dispor dos seus bens como lhes aprouver, segundo as normas consagradas” na lei. Certo é que o direito de testar é a possibilidade/liberdade que toda pessoa capaz (Art. 1.860) tem de dispor, livremente, dos seus bens para depois de sua morte. Essa disposição, se concretiza através do testamento, onde se permite contemplar familiares ou não familiares, porém com observância quanto à quota disponível de sua herança (Art. 1.789).

Não havendo descendente, ascendente ou cônjuge, o testador desfruta de plena liberdade, podendo transmitir todo o seu patrimônio a quem assim lhe aprouver, salvo às pessoas não legitimadas a adquirir por testamento, assim sendo: a pessoa que, a rogo, escreveu o testamento, nem o seu cônjuge ou companheiro, ou os seus ascendentes e irmãos; as testemunhas do testamento; o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos; o tabelião, civil ou militar, ou o comandante ou escrivão, perante quem se fizer, assim como o que fizer ou aprovar o testamento, Conforme estabelecido nos arts. 1.798 e 1.801 do atual Código Civil. Inobstante a força maior do direito de testar seja comumente atribuída ao testamento, o legislador permitiu que a manifestação de vontade para depois da morte da pessoa natural, fosse expressada também pelo codicilo (Art. 1.881) que dotado de todos os requisitos do testamento, excetuando-se apenas a solenidade (CARVALHO, 2019, p. 711) contempla disposições de pequena monta (VENOSA, 2013, p. 247).

## 1.1 Tipos de testamento

Antes de elencarmos os tipos de disposição de última vontade admitidos em nosso ordenamento jurídico, insta registrar que instituto do testamento está consagrado no art. 1.857 e ss. do Código Civil atual e, conforme leciona Luiz Paulo Vieira de Carvalho (2019, p. 620), é:

Um negócio jurídico unilateral, de última vontade, espontâneo, personalíssimo (pessoalíssimo), não receptício, gratuito, solene e essencialmente revogável, tendo por objeto a designação de herdeiros e/ ou legatários, no todo ou em parte, da herança ou disposições outras até mesmo de caráter não patrimonial, com o fito de produzir efeitos após a morte do disponente.

Na atualidade, a lei civil brasileira admite algumas formas de instrumentalizar esse negócio jurídico de última vontade, que são: os testamentos ordinários ou comuns, que abrangem o testamento público, o cerrado e o particular; e os testamentos especiais ou extraordinários, que são formas privilegiadas de dispor, assim compreendidos o testamento marítimo, o aeronáutico e o militar. Diante disso, cabível discorrermos brevemente sobre cada uma das espécies de

testamento existentes, de modo a tornar mais iluminada a compreensão quanto à sua elaboração, finalidade e utilidade no mundo jurídico. Partindo dos testamentos ordinários ou comuns, como antes mencionado, estão eles regulamentados no Código Civil de 2.002, art. 1.862, que traz as espécies dessa forma de testar que são: testamento público, testamento cerrado e testamento particular.

O testamento “Público” ou aberto, também chamado de autêntico, é negócio jurídico unilateral de última vontade, lavrado por tabelião ou seu substituto em seu livro de notas, de forma manual ou mecânica, de acordo com as declarações do testador, podendo valer-se para tanto, de minuta, notas ou apontamentos. Como leciona PEREIRA (1999, p. 109), “não só pela participação direta e imediata do notário que o escreve, como porque não se resguarda a declaração de nenhum sigilo. Luiz Paulo Vieira de Carvalho escreve que: “Deve o subscritor do testamento permanecer intelectualmente inativo, isto é, o notário só pode questionar o testador acerca do conteúdo do que se quer testar para eventual esclarecimento ou para a perfeita complementação.” (CARVALHO, 2019, p. 671). O contexto é conhecido das testemunhas (obrigatoriamente), como de toda pessoa que o queira (facultativamente).” Após a lavratura do instrumento, este será, obrigatoriamente, lido pelo tabelião ao testador e às duas testemunhas, seguidamente assinado pelos quatro atores do ato. Esses requisitos legalmente atribuídos ao testamento público e imprescindíveis à sua validade, o tornam mais seguro em relação às outras espécies, malgrado presente o inconveniente de permitir a qualquer pessoa conhecer o seu teor.

O testamento “Cerrado” está regulamentado no art.1.868 ss. do Código Civil brasileiro (CCB). Também conhecido como testamento secreto ou místico, é escrito pelo testador, capaz, que saiba ler e escrever, ou por outra pessoa, a seu rogo, tendo que ser aprovado por um tabelião ou por seu substituto legal. Esta forma de testamento é duplamente solene, pois contempla a cédula, o escrito expressando as disposições de última vontade do testador e o auto de aprovação e autenticação pelo tabelião notário. Entretanto, para a sua validade, necessário que se cumpram todos os requisitos elencados na lei objetiva.

Art. 1.868, CCB: O testamento escrito pelo testador, ou por outra pessoa, a seu rogo, e por aquele assinado, será válido se aprovado pelo tabelião ou seu substituto legal, observadas as seguintes formalidades:

I - que o testador o entregue ao tabelião em presença de duas testemunhas;

II - que o testador declare que aquele é o seu testamento e quer que seja aprovado;

III - que o tabelião lavre, desde logo, o auto de aprovação, na presença de duas testemunhas, e o leia, em seguida, ao testador e testemunhas;

IV - que o auto de aprovação seja assinado pelo tabelião, pelas testemunhas e pelo testador. Parágrafo único. O testamento cerrado pode ser escrito mecanicamente, desde que seu subscritor numere e autentique, com a sua assinatura, todas as páginas.

Nesta seara, tem-se como vantajosa tal modalidade testamentária por manter em segredo a declaração de vontade do testador, único conhecedor do seu teor. Nem ao oficial nem às testemunhas foi dado saber de tais disposições, que só se tornam conhecidas quando o instrumento é aberto, após o falecimento do testador.

A terceira modalidade de testamento ordinário ou comum, é o “Particular”, também chamado aberto ou privado, hológrafo ou com escrita por meio mecânico. Sobre o tema, no âmbito do Código Civil de 1916, Caio Mário da Silva Pereira (1999, p. 115) escreveu que “é a mais acessível forma de dispor, embora não seja entre nós a mais usual, pelos riscos que suscita” seguindo a afirmar que “é a forma de testar franqueada aos que podem ler e escrever.” Requisito mantido pelo atual diploma civil. Regulado nos artigos 1.876 a 1.880 do Código Civil de 2002, o testamento particular, é instrumento elaborado pelo próprio testador, ou seja, por ele escrito, assinado e lido perante três testemunhas subscritoras (Art. 1876, CCB). Porém, morto o testador,

será o juiz quem lhe atribuirá eficácia, mediante a presença de ao menos uma das testemunhas nele arroladas, a fim de que confirme a autenticidade dos fatos.

Contudo, o Código Civil, no artigo 1.879, ao dispor sobre as particularidades do testamento privado, permite ao juiz, a partir de sua convicção, a confirmação do testamento particular escrito de próprio punho e assinado pelo testador, sem testemunhas, desde que “em circunstâncias excepcionais declaradas na cédula”.

Para Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 202): “a vantagem desse meio de testar consiste na desnecessidade da presença do tabelião, tornando-se, assim, simples, cômodo e econômico para o testador.” Todavia, menos usual pelos riscos que suscita. Ainda há nesta seara, o “Codicilo”, regulado em capítulo próprio no Código Civil de 2.002 (Artigos 1.881 a 1.885), também como disposição unilateral de última vontade, gratuito, não solene e revogável e versa sobre disposições de pequeno valor ou recomendações a serem atendidas e cumpridas após a morte.

Do entendimento de Paulo Nader, “Codicilo não é modalidade, nem ato complementar ao testamento. É negócio jurídico autônomo, que possui finalidade apenas semelhante àquele.” (NADER, 2016, p. 349). Por ele, quem é capaz de testar pode, mediante escrito particular, datado e assinado, e sem a presença de testemunhas, dispor sobre o seu enterro, esmolas de pouca monta a pessoas certas e determinadas, ou, indeterminadamente, aos pobres de certo lugar, bem como legar móveis, roupas ou joias, de pouco valor, de seu uso pessoal. A doutrina entende que pelo codicilo é possível dispor sobre o enterro do subscritor, reabilitar o indigno, discriminar verbas destinadas a cultos fúnebres em memória do falecido e reconhecer filho havido fora do casamento, sendo nesse ponto irrevogável, a teor do arts. 1.609, II e 1.610 do CCB.

Seguindo ao nosso estudo, passamos às formas especiais de negócio jurídico unilateral de última vontade, taxativamente enumerados pela lei, os testamentos: Marítimo, Aeronáutico e Militar, assim compreendidos nos artigos 1.886 a 1.896 do Código Civil em vigor, destinados a atender às circunstâncias extraordinárias. Do “Testamento Marítimo” pode se valer quem estiver em viagem, a bordo de navio nacional, de guerra ou mercante, cujo ato de testar será feito perante o comandante, em presença de duas testemunhas, nos moldes do testamento público ou do cerrado, sendo o feito registrado no diário de bordo (Art. 1.888, CCB). A doutrina entende que esta espécie testamentária pode também ser realizada em navio de guerra ou mercante, nos comerciais e de passageiros; em qualquer viagem marítima, fluvial ou lacustre, até mesmo em cruzeiros, pois o que se pretende é assegurar o direito de testar.

Conforme reza o art. 1.889 do Código Civil, o testamento aeronáutico é disposição de última vontade feita por quem está em viagem aérea, a bordo de aeronave militar ou comercial, perante pessoa designada pelo comandante, diante de duas testemunhas, na forma do testamento público ou cerrado, com registro no diário de bordo. Para a doutrina de Carlos Roberto Gonçalves,

Nada impede, também, que o testador se utilize do testamento particular, que terá, todavia, de ser por ele redigido (forma hológrafa), ou elaborado em microcomputador, que muitos passageiros carregam durante as viagens de longo percurso. Poderá valer-se, neste caso, do testamento particular elaborado em “circunstâncias excepcionais”, sem testemunhas, se houver dificuldade para conseguir a sua participação, por estarem preocupadas, por exemplo, com os problemas do voo.

Tanto o testamento marítimo quanto o aeronáutico, pelo disposto nos arts. 1.890 e 1.891 do Código Civil de 2002, ficará sob a guarda do comandante, da embarcação ou da aeronave, que o entregará às autoridades administrativas do primeiro porto ou aeroporto nacional, mediante protocolo no diário de bordo. Tais testamentos perdem a eficácia se o testador permanecer noventa dias seguidos onde lhe seja possível fazer outro testamento, na forma ordinária. A terceira modalidade especial de testamento é o militar. Como os demais, trata-se de negócio jurídico

unilateral *mortis causa*, permitido aos militares e demais pessoas a serviço das Forças Armadas, em campanha, dentro do país ou fora dele, assim como em praça sitiada, ou que esteja incomunicável (Art. 1.893, CCB).

Para a doutrina o termo “militares” recebe interpretação extensiva, alcançando não só os integrantes das Forças Armadas, mas também as Polícias e outras forças auxiliares (GONÇALVES, p. 2012, 229; CARVALHO, 2019, p. 706). É possível legar nesse formato aos civis, a exemplo dos médicos, enfermeiros, engenheiros, operadores de comunicações, desde que a serviço das forças armadas, em campanha militar. Frise-se que a validade do testamento militar está atrelada ao requisito de ser construído em situação de real impossibilidade pela forma ordinária. O ato deve ocorrer perante o comandante ou autoridade equivalente, conforme o estabelecimento onde esteja o testador, na presença de duas testemunhas, datado e assinado. Entretanto, perderá sua eficácia se, sobrevivendo o testador e passados noventa dias em local que o possibilite testar na forma ordinária, não o fizer. Nesta esteira, integra o testamento nuncupativo, admitido em situações extremas. Aqui a disposição de última vontade é expressada sob iminente risco de morte, quando pessoas em combate são feridas e sem tempo para testar na formalidade do testamento militar.

## 1.2 Vedações legais que limitam o direito de testar

Falecendo alguém que em vida tenha colecionado patrimônio, logo surgem indagações variadas, especialmente sobre quem poderá se habilitar ao recebimento da herança; se há cônjuge ou companheiro em concorrência aos herdeiros; se há testamento e quais as suas implicações sobre os bens a serem transmitidos. Ocorrendo falecimento *ab intestato*, supre a lei tal omissão e determina a vocação legítima (GONÇALVES, 2012, p. 164). Porém, existindo disposição testamentária, como ato jurídico perfeito e acabado, dotado de eficácia temporal, não revogado nem caduco, será ele levado a efeito e interpretação para que se cumpra a real e derradeira vontade do morto.

Todavia, a vontade do falecido, a quem a lei assegura a liberdade de testar, é limitada pelos direitos dos herdeiros necessários, também devendo ser contida no limite do lícito, da moral e dos bons costumes, sob pena de nulidade (CARVALHO, 2019 p. 729). Nesse passo, o legislador cuidou de traçar limites ao direito de testar. Ao que se vê do artigo 1.857, caput, do Diploma Civil em vigor, “toda pessoa capaz pode dispor, por testamento (...)”. Aqui se referido à incapacidade ativa, o direito de testar é conferido a quem tem capacidade para o ato. A regra é a capacidade, mas o nosso código civil regula a incapacidade ativa para o testamento no artigo 1.860 assim estabelecendo que “além dos incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento”, e autoriza, por seu parágrafo único que “podem testar os maiores de dezesseis anos.”

O direito de testar não é conferido aos incapazes, assim alcançados pela regra geral; também não o é aos que não possuem pleno discernimento para o ato e aos menores de dezesseis anos. Diante disso, estando a pessoa capacitada a testar, resta-lhe a observância da limitação legal para tal ato. Isso porque o diploma civil vigente assegura que a legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento, o que quer dizer que o direito de testar está adstrito à parte disponível de bens do testador. A lei civil faz vedações à manifestação de última vontade quanto aos bens patrimoniais, mas não tem o mesmo alcance quanto aos bens não patrimoniais (Art. 1.857, CCB), eis que é sabido que a vontade do testador pode ser externada para reconhecer filhos havidos fora do casamento (Art. 1.609, III,), nomear tutor para filho menor (Art. 1.729, parágrafo único), reabilitar o indigno (Art. 1.818), instituir fundação (Art. 62), impor cláusulas restritivas, caso haja justa causa (Art. 1.848).

Além das limitações mencionadas, determina o artigo 1.863 do Código Civil que ao testador não é possível testar na forma conjuntiva (de comum acordo) ou seja, simultânea (por

disposição conjunta em favor de outra pessoa), recíproca (mediante troca de benefícios) ou correspectiva (para retribuir disposições correspondentes). E Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 168) ensina que “justifica-se a proibição porque tais disposições constituem espécies de pacto sucessório e contrariam uma característica essencial do testamento, que é a revogabilidade”.

## 2 RITO CARTORIAL PARA TESTAMENTOS

O testamento público está previsto no inciso I, do art. 1.862 do Código Civil de 2002, A partir dessa previsão, os dispositivos seguintes tratam dos requisitos necessários para a realização dessa modalidade testamentária, tais quais: a obrigatoriedade de ser escrito pelo tabelião, ou por seu substituto legal, no livro de notas, conforme as declarações do testador; a leitura do instrumento lavrado, em voz alta pelo tabelião, para o testador e duas testemunhas; e, após a leitura, a obrigatoriedade de ser o instrumento assinado pelo testador, testemunhas e pelo tabelião.

Além disso, com base no que dispõe o artigo 228 do Código Civil de 2002 e art. 447 do Código de Processo Civil de 2015, não podem ser testemunha os ascendentes, descendentes, irmãos, cônjuge do testador ou quaisquer dos herdeiros instituídos ou legatários. O Conselho Federal do Colégio Notarial do Brasil orienta que seja procedido o preenchimento de formulário oficial contendo: telefone e endereço para contato do testador, seu advogado ou outro por ele indicado; os dados do testador, do testamenteiro e das testemunhas; bem assim os desejos do testador. Dessa forma, após o recebimento do referido formulário pelo Tabelionato de Notas será feita a minuta do ato e remetido ao testador para verificação e correção de eventuais inconsistências.

Aprovada a minuta, será agendada pelo tabelião uma data e horário para leitura e assinatura do instrumento lavrado, sendo necessário, então, o comparecimento do testador e das testemunhas, todos munidos com documentos pessoais originais e respectivas cópias simples. Compete com exclusividade aos tabeliões de notas a lavratura de testamentos públicos e a aprovação dos testamentos cerrados, como dispõe o art. 7º, II, da Lei 8.935, de 18 de novembro de 1994. Dessa forma, para a feitura do testamento público não se exige o acompanhamento do ato por advogado, haja vista ser a diplomação em curso superior de direito um dos requisitos para o exercício da atividade notarial e de registro (Art. 3º, Lei 8.935/1994), o que faz do tabelião profissional qualificado para trabalhar o direito sucessório e notarial. Porém não há impedimento algum ao testador se fazer assessorado por um causídico.

Não se exige a apresentação de comprovante de propriedade dos bens indicados no testamento, conforme autoriza o §6º, do art. 187 do Provimento Conjunto nº 93/2020 do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Contudo, o exercício privado da atividade notarial não afasta a incidência do princípio da legalidade, já que a função dos notários está legalmente disciplinada, e dentre outras regulações, estabelece como um dos deveres do notário a observação das normas técnicas estabelecidas por juízo competente, que abarcam, dentre outras, as normas editadas por Corregedorias de Justiça e atos da Administração com caráter normativo.

Noutro passo, os ritos cartoriais para feitura de testamentos podem ser mais específicos quando da realização do testamento cerrado. Isso porque não bastassem os procedimentos já inerentes ao testamento público, o Código Civil acrescentou, como formalidades do tipo, que para validação do testamento cerrado o testador entregue ao tabelião, na presença de duas testemunhas, o testamento que tiver escrito pessoalmente ou por outra pessoa a seu rogo e que declare ser aquele o seu testamento, solicitando que seja aprovado. Então, deve o tabelião lavrar o auto de aprovação na presença de duas testemunhas, qual será lido aos presentes e assinado pelo testador, tabelião e testemunhas (Art. 1.868, CCB). Ato contínuo, o tabelião deverá cerrá-lo e costura-lo. Assim, o testamento cerrado não ficará arquivado nos livros do tabelião, mas somente ocorrerá o lançamento do lugar, dia, mês e ano em que o testamento aprovado foi entregue (Art. 1.874, CCB).



Dentre outras minúcias, o testamento cerrado poderá ser feito pelo surdo-mudo, desde que o tenha escrito completamente de próprio punho e, no momento da entrega ao tabelião, perante duas testemunhas escreva na face externa do instrumento que aquele é seu testamento, cuja aprovação solicita, conforme determina o Art. 1.874, do CCB. Ao portador de deficiência visual, porém, só será permitido fazer uso do testamento público.

### 3 TESTAMENTO PARTICULAR E COVID-19

Há pouco mais de um ano, o mundo foi surpreendido pela notícia da propagação do novo coronavírus, um agente microbiológico da família *coronaviridae* (SARS-CoV-2) COVID-19<sup>1</sup>, noticiada pela primeira vez na província de Wuhan, China, em dezembro de 2019, caracterizada como pandemia, aos 11 de março de 2020, pela Organização Mundial da Saúde (OMS). A alta capacidade de contágio viral contribuiu para a acelerada infecção e morte de muitas pessoas em todo mundo. Segundo a OMS (2021) já somam mais de cem milhões os casos de infecção, sendo que as mortes provocadas pela doença ultrapassam a casa dos dois milhões e trezentas mil. No Brasil, número superior a nove milhões de pessoas foram infectadas e cerca de 245 mil foram a óbito. Em âmbito mundial, medidas sanitárias, políticas, econômicas e sociais foram implementadas com fim de conter a propagação viral e tratar indivíduos contaminados pela doença. No Brasil tais medidas também foram adotadas, como forma de combate à calamidade pública instalada, destacando-se o distanciamento social, na forma de confinamento e medidas de prevenção, atraindo mudanças expressivas e variadas ao cotidiano dos brasileiros, bem como ao universo jurídico.

É fato que os últimos tempos, e aqui nos referimos à instalada pandemia, trouxeram muitas reflexões acerca da tênue linha divisória entre a vida e a morte, o que tem influenciado no desejo de as pessoas darem uma solução antecipatória ao que poderia ocorrer após sua abrupta inexistência, como forma de proteção e amparo a quem julgar merecer e necessitar. À vista disso, o testamento tem se revelado um mecanismo com possibilidades de grande eficácia para esse fim, considerando suas características e peculiaridades, bem como a conjuntura sanitária atual.

Citamos em linhas anteriores, as formas de disposição de última vontade admitidas pelo ordenamento jurídico brasileiro. Dentre elas a que melhor se amolda ao exigido comportamento social atual é o testamento particular, ante a sua simplicidade e praticidade, o que não afasta as formalidades que a lei lhe impõe, de ser feito pelo próprio testador, de próprio punho ou mecanicamente, lido a três testemunhas e por elas assinado. Neste prisma, aberta a sucessão do testador o instrumento será levado a efeito no inventário e deverá ser confirmado, voluntariamente, aos menos por uma das testemunhas subscritoras ao tempo da disposição. De outra banda, como leciona Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 328), há em nosso direito “a possibilidade excepcional de se admitir como testamento válido um simples escrito particular pelo qual o declarante dispõe de seus bens para depois de sua morte, sem observância das formalidades e tipos legais” (Art. 1.879, CCB).

No caso de pandemia causada por COVID-19, o testador poderá fundamentar a sua opção pela modalidade no isolamento social (domiciliar ou hospitalar), ou em outro motivo relacionado ao problema, que impossibilite a presença de testemunhas para o ato. Tal formato de testamento se mostra mais adequado ao momento, porém de resultados irresolutos, ante a incerteza de confirmação judicial. É de se salientar, contudo, que a sociedade tem estado diante de uma situação não prevista pelo legislador no momento da construção da norma atual, o que leva a crer na possibilidade de um entendimento judicial a dar maior credibilidade ao testamento excepcional, feito mediante a justificativa de pandemia por COVID-19. Esse raciocínio encontra ancoradouro

---

<sup>1</sup> O novo coronavírus, denominado SARS-CoV-2, causador da doença COVID-19, foi detectado em 31 de dezembro de 2019 em Wuhan, na China. Em 9 de janeiro de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) confirmou a circulação do novo coronavírus.

no citado Provimento de n.º 100 da CNJ, de 26 de maio de 2020, que estabelece normas gerais sobre a prática de atos notariais.

Art. 2º. Para fins deste provimento, considera-se:

(...)

V - videoconferência notarial: ato realizado pelo notário para verificação da livre manifestação da vontade das partes em relação ao ato notarial lavrado eletronicamente;

VI - ato notarial eletrônico: conjunto de metadados, gravações de declarações de anuência das partes por videoconferência notarial e documento eletrônico, correspondentes a um ato notarial;

VII - documento físico: qualquer peça escrita ou impressa em qualquer suporte que ofereça prova ou informação sobre um ato, fato ou negócio, assinada ou não, e emitida na forma que lhe for própria.

E o art. 3º que especifica os requisitos da prática do ato notarial eletrônico, pelo qual é possível concluir que a inovação tecnológica, que há muito vem se mostrando necessária em diversas áreas, inclusive no âmbito dos serviços extrajudiciais, avançou quanto ao Tabelionato de Notas, impulsionado pelo contexto de pandemia, com a promessa de facilitar a vida dos usuários, sem deixar de garantir a segurança jurídica através da fé pública.

Art. 3º. São requisitos da prática do ato notarial eletrônico:

I - videoconferência notarial para captação do consentimento das partes sobre os termos do ato jurídico;

II - concordância expressada pelas partes com os termos do ato notarial eletrônico;

III - assinatura digital pelas partes, exclusivamente através do e-Notariado;

IV - assinatura do Tabelião de Notas com a utilização de certificado digital ICP-Brasil;

IV - uso de formatos de documentos de longa duração com assinatura digital;

Parágrafo único: A gravação da videoconferência notarial deverá conter, no mínimo:

a) a identificação, a demonstração da capacidade e a livre manifestação das partes atestadas pelo tabelião de notas;

b) o consentimento das partes e a concordância com a escritura pública;

c) o objeto e o preço do negócio pactuado;

d) a declaração da data e horário da prática do ato notarial;

e) a declaração acerca da indicação do livro, da página e do tabelionato onde será lavrado o ato notarial.

Estas inovações, trazem conforto ao pensamento de que será possível que o judiciário agasalhe de crédito o testamento particular caracterizado de circunstância excepcional, feito nesses tempos de pandemia.

#### **4 TENSÃO ENTRE AUTONOMIA PRIVADA E INTERVENÇÃO ESTATAL**

Para melhor compreender o porquê de o ordenamento jurídico brasileiro ainda ser resistente à autonomia privada aplicada ao planejamento sucessório é mister descrever o conflito existente entre defensores do biologismo e aqueles que acreditam ser igualmente importante o vínculo socioafetivo como, por exemplo, o que se desenvolve na adoção e em relações de enteado e padrasto ou madrastra.

##### **4.1 Biologismo não é regra lógica para presunção de afetividade**

A crença na Biologia como fator determinante de relações respeitadas entre *de cuius*, enquanto estava vivo, e herdeiros carece de fundamento lógico. Não há gene ou cromossomo ao qual se possa, de modo comprovado pela ciência, atribuir alguma capacidade de influenciar um indivíduo à maior afetividade para com os que lhe são geneticamente similares. Não há respaldo para supor a relação afetiva como derivativo "natural" da vinculação biológica – há o instinto de preservação de cada espécie, mas é diferente de laços de afetividade. Uma pessoa criada longe de pais biológicos pode apresentar valores humanos independente do DNA que haja recebido na concepção, pois a área de formação desses princípios no cérebro humano voltada ao desenvolvimento social atua ao longo do crescimento da criança e do adolescente, em grande parte, a partir dos estímulos que recebe do meio em que vive. Afirmar que a genética e a biologia seriam determinantes – fora de um estudo adequado – significaria dizer que traços genéticos de comportamento nunca poderiam ser modificados ou que novos valores não poderiam ser aprendidos pelas pessoas na vida em sociedade.

Casos como os de filhos que assassinaram pais biológicos ou avós para receberem herança, assim como genitores que foram negligentes com bebês os abandonando ou tratando com agressividade evidenciam que o parentesco biológico não é fator de segurança ao bem estar de um ser humano. Porque casos de violência doméstica são frequentes é que o Ministério Público precisa tantas vezes intervir em favor das vítimas. Por isso, com muita propriedade o Supremo Tribunal Federal decidiu que os vínculos biológico e afetivo são equiprimordiais (STF, Repercussão Geral 622, 2016). Portanto, cabe aos magistrados analisar cada caso em separado e não a partir de uma falaciosa premissa de senso comum de que a Biologia seria o suficiente para gerar laços respeitosos e de generosidade entre os geneticamente similares.

Outro tópico que se destaca é a perda do vínculo do núcleo familiar, o que altera a intenção da Constituição da República promulgada em 1988 (Art. 227, Constituição da República de 1988), já que a norma fundamental do país não especifica que "família" e "pais" sejam exclusivamente os que com o menor tiverem vínculos biológicos. Essa adição de sentido é feita por alguns intérpretes infraconstitucionais alterando o compromisso da Constituição em não discriminar nenhuma forma de formação familiar. Privilegiar interpretações biologistas é uma inconstitucionalidade material e prejudica direitos fundamentais nas relações de suporte socioafetivo.

Se um ou ambos dos genitores deixam de amparar a prole, ficando esse encargo por conta dos esforços de outro parente ou pessoa com quem o menor tenha relação afetiva e lhe tenha o Poder Judiciário atribuído a guarda e amparo, ilógico seria permitir-se que, apenas para efeitos de herança, aparecessem os genitores e usufríssem de bens cuja fruição o *de cuius* gostaria que favorecessem aqueles que efetivamente dele cuidaram, como a atual legislação de direito de família impôs devido ao seu biologismo. A disposição de testar deve ser completamente livre, e não apenas os 50% além da legítima que atualmente permite o Código Civil (Art. 1.789, CCB).

Exemplifique-se com a esdrúxula situação de um genitor, afastado do lar por agressão, o qual, somente seria excluído da partilha da herança pós sentença judicial transitado em julgado – o que levaria anos – que pudesse provar sua conduta de violência segundo os termos vigentes atualmente no Código Civil (Art. 1.814). Nesse ínterim, outras pessoas que poderiam se beneficiar da herança e que tiveram melhor relação de respeito e afetividade com o *de cuius* ficariam alijadas da real intenção deste de ampará-las. Em um país no qual tantos pais matam os filhos para se vingarem de suas ex-mulheres, ou deixam mais de 2000 órfãos do feminicídio anualmente (LIMA, 2020) e permanecem impunes, é crucial rever a autonomia da vontade quanto à liberdade de testar e retirar do direito de família brasileiro a figura jurídica dos herdeiros "necessários". Ao testador deve ser concedida ampla liberdade, visto que os organismos governamentais e judiciais não possuem estrutura suficiente para avaliar e sentenciar cada caso e evitar, assim, o "retorno em razão de herança" de herdeiros legítimos (?) e necessários (?) cujo vínculo de respeito e generosidade com o *de cuius* nem exista.

Ademais, a Constituição de 1988 é clara em seu texto ao afirmar:

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

Em nenhum momento o texto indica ou determina que "pais", "idosos" ou "filhos" são somente as pessoas pertencentes ao um mesmo grupo genético. O critério da consanguinidade é resquício de um ordenamento jurídico no qual outras relações de afeto e de formação familiar eram negadas, o que foi extinto pela vigente norma fundamental. O que se vê, infelizmente, é um problema sociológico: culturalmente, muitos tribunais ainda são formados por uma geração formada antes da Carta de 1988 e que vê tais famílias como contrárias aos valores de sua época.

Fica evidente que a legislação infraconstitucional precisa ainda de muitos ajustes para ser realmente digna da Constituição da República. Por exemplo, nos dispositivos a seguir, a quem são aplicáveis: a) aos pais/ascendentes biológicos; b) ou aos idosos que criaram e educaram esses jovens, independentemente de o vínculo ser consanguíneo ou socioafetivo?

#### CÓDIGO PENAL

Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo

#### CÓDIGO CIVIL

Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

#### ESTATUTO DO IDOSO

Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

[...]

V – priorização do atendimento do idoso por sua própria família, em detrimento do atendimento asilar, exceto dos que não a possuam ou careçam de condições de manutenção da própria sobrevivência

A resposta se encontra no Estatuto do Idoso (grifo nosso):

Art. 37. O idoso tem direito a moradia digna, **no seio da família natural ou substituta**, ou desacompanhado de seus familiares, quando assim o desejar, ou, ainda, em instituição pública ou privada.

Logo, deve ser atribuída total liberdade para testar, visto que a legislação atual, biológica, beneficia patrimonialmente pessoas que já desrespeitaram esses indivíduos em seus direitos fundamentais e deixa de prover os familiares socioafetivos, o que fere os princípios da equidade e da justiça que devem reger o ordenamento jurídico. A liberdade de testar como um direito primordial do uso da autonomia dos indivíduos também solucionaria problemas decorrentes da

multiparentalidade, reconhecida pelo Recurso Extraordinário 898.060 (STF, Repercussão Geral 622, 2016) julgado pelo Supremo Tribunal Federal. Compreende-se que ao direito de pensão deva ser imposta uma regra para amparo mútuo, mas a distribuição do patrimônio obtido pelo esforço pessoal ao longo da vida por meio da herança deve ser livre manifestação da vontade do testador, posto que seus laços de convivência e de proximidade podem não ser aqueles indicados biologicamente pela legislação.

A obrigatoriedade da legítima não é, principiologicamente, um direito exigível em face da liberdade individual de dispor de propriedades privadas. Pessoas que em nada se apoiaram ao longo da vida podem comparecer à partilha e adquirir por esse meio bens que o testador, se pudesse usufruir de sua liberdade para testar, poderia conceder a outros que o amparam e cuidaram ao longo de seus dias, seja da infância ou da idade mais madura. É o mal direcionamento da vontade do *de cujus* provocada por uma injusta intervenção do Estado na autonomia privada.

#### **4.2 A intervenção estatal pode desconstituir relações afetivas e gerar insegurança jurídica**

Outro ponto muito relevante a ser considerado no sopesamento entre os vínculos biológico e afetivo é o fato de que as relações afetivas podem padecer de insegurança jurídica perante o sistema se justiça brasileiro se a tese do biologismo continuar a prosperar. Veja a seguir caso recente na seara do direito de família:

O julgamento que vai decidir o destino de uma criança de 9 anos, adotada há quase seis, em Belo Horizonte, foi remarcado para o dia 25 de fevereiro. Como o G1 revelou em dezembro, a Justiça determinou que a menina seja devolvida à avó paterna. A decisão, já em segunda instância, é do dia 20 de novembro. A família adotiva entrou com recurso, que inicialmente seria julgado nesta quinta-feira (11).

Foi a mãe adotiva da criança que pediu para que o recurso fosse remarcado. Ela contou que fez o pedido para poder acompanhá-lo, por videochamada, e intervir durante o processo. Na data marcada anteriormente, os desembargadores apenas iriam inserir o voto no sistema, sem interferência das partes. Enquanto a data não chega, os pais adotivos dizem estar "preocupados e angustiados".

No ano passado, a presidente da Comissão da Adoção do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), advogada Silvana do Monte Moreira, criticou a decisão do Tribunal de Justiça porque, segundo ela, não teria seguido as orientações do Sistema Nacional de Adoção, vinculado ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

"Precisamos que o judiciário deixe de privilegiar laços de sangue e passe a cumprir o artigo 227 da Constituição Federal. A revogação da guarda e retirada imediata da criança da família adotiva, a única que conhece e onde é cuidada, para ser entregue à avó paterna após seis anos, a desconsidera como sujeito de direito e a trata como objeto do biologismo", disse Silvana. (GONTIJO, 2021 – documento eletrônico)

A situação real apresentada mostra quanta insegurança pode ocasionar a prevalência da tese biológica sobre a socioafetiva. Em sua defesa os pais adotivos apresentaram a documentação exigida pelo SNA e cumpriram todos os requisitos. Sendo o cerne da proteção o bem estar da criança, não dos adultos a ela correlacionados, e tendo sido cumpridos os requisitos legais, uma decisão negativa de reversão do processo de adoção em favor da restauração de laços biológicos que já existiram desrespeita as relações afetivas que foram construídas dentro do novo núcleo

familiar. Também produz uma severa consequência social: desestimular futuros processos de adoções em nosso país devido à insegurança jurídica em que se encontrarão os pais socioafetivos.

Um outro caso diferente deve ser, ainda, refletido. Sendo desconstituídos esses vínculos socioafetivos será alterada, igualmente, a situação dos herdeiros do adotado. Por exemplo, se os pais adotivos já houverem adquirido bens para a criança, desfeita a adoção, a herança desses iria para parentes biológicos que com ela não convivem unicamente devido ao biologismo e à desconstituição da relação de paternidade dos adotantes. A decisão judicial, então, precisaria cuidar para que o pedido de retorno do menor aos parentes biológicos não tivesse por intenção beneficiá-los com o patrimônio já constituído em favor dele pelos adotantes.

## CONCLUSÃO

Portanto, conclui-se que a autonomia testamentária ainda não é plenamente respeitada em nosso país, como se explicou ao longo dessa análise. Reforça-se o argumento apresentado *ab initio* de que a forte prevalência da tese biologista nega o reconhecimento de liberdades fundamentais e autonomia do direito de propriedade quando da disposição final sobre os seus bens que serão transmitidos após a morte. Também se recorda a reflexão feita sobre a existência de diferentes formas de família para além da similaridade genética e a importância de se preservar os vínculos afetivos e amparar as pessoas com quem efetivamente se manteve laço de amparo e conforto ao longo da vida. Se a Constituição da República de 1988 visa proteger à família sem indicar a necessidade de semelhança afirmada por DNA como requisito obrigatório para a existência dessa, o legislador e o intérpretes infraconstitucionais confrontam a norma máxima do país ao submeter os novos núcleos familiares à concepção estrita da Biologia.

Considerando-se o difícil cenário causado pela pandemia de COVID-19, em que diversas pessoas passaram a ter maior preocupação com a morte e com a distribuição de seu patrimônio pessoal entre aqueles por quem têm estima e gratidão, a limitação constante no Código Civil ofende a liberdade fundamental de organizar o próprio planejamento sucessório. Se a legislação tem evoluído para permitir formas inovadoras e digitais de testar, como foi dito, os avanços também precisam ser observados na hermenêutica constitucional aplicada à norma civilista, que à Carta Maior do Estado deve se submeter e não restringir o significado de família quando a Constituição de 1988 não o fez. A imposição biologista prejudica o testamento particular na pandemia e outras relações relativas ao direito de legar, o que nos faz defender a retirada das categorias jurídicas de "herdeiro necessário" e de "legítima" da Lei 10.406/2010.

O núcleo familiar é formado pelas pessoas cujos afeto e a generosidade os unem, sejam esses fundados também em laços biológicos ou apenas na relação solidária e fraterna entre os membros desse grupo. É o amparo mútuo e a união que os tornam uma "família"; a Biologia os torna "parentes consanguíneos". Às vezes, esses agem como família, mas em outras ocasiões as famílias que os substituem são o verdadeiro núcleo familiar de amparo mútuo como espera o texto constitucional. Por isso a Constituição de 1988 não especificou família biológica, mas expressou tão somente "família" e vislumbrou-o como um grupo amparo e carinho mútuos. As estatísticas de abuso sexual de crianças por parentes, de feminicídios e idosos agredidos por descendentes que desejam viver de suas aposentadorias são fortes o suficiente para corroborar a Constituição no sentido de fortalecer outras formas de família que substituam o núcleo defeituoso por um que efetivamente sirva de amparo e cuidado recíprocos.

Se genuinamente esse núcleo familiar existir e mantiver vínculos de amparo e cuidado, que são os requisitos constitucionais para definir família, os familiares deverão ter plena liberdade de organizar a distribuição de seu patrimônio visando se preparar para o infortúnio da morte. Pesaroso é observar-se que, ante os desafios da pandemia, além da preocupação com a preservação da vida, os testadores ainda devem temer o fato de que seu patrimônio pode vir a ser transmitido a outros que não aqueles a quem visavam deixar protegidos em caso de falecimento. É crucial que essa

distorção e desrespeito à autonomia dos indivíduos para decidirem sobre si mesmos seja corrigida na legislação infraconstitucional para se garantir a plena densificação dos valores e dos dispositivos inscritos na Constituição.

Reconhece-se o desafio do tema que foi apresentado nesse artigo, tendo em vista que a jurisprudência das cortes tem sido provocada a debater apenas o percentual da legítima e não sua constitucionalidade, tendo em vista a longa tradição civilista de invocar-se primeiramente o direito privado e somente depois a Constituição da República. No entanto, nossa conclusão defende que a hierarquia da norma constitucional deve prevalecer e que o instituto privatista da legítima nos testamentos deve ser revisto diante do princípio da recepção constitucional e dos direitos fundamentais.

No primeiro caso, porque a Constituição de 1988 não colocou o direito de herança na parte da Ordem Social, junto ao direito de família, optando o legislador constituinte originário por inseri-la dentre os direitos e liberdades individuais junto à propriedade privada, logo, os bens deixados pelo *de cuius* são, antes de tudo, de livre autonomia para distribuição por aquela pessoa que os arrecadou ao longo da vida. Não existe direito de propriedade sobre o patrimônio obtido por esforço pessoal alheio no Art. 5º do texto constitucional pátrio, mas, sim, a proteção ao direito de propriedade exercido pelo próprio titular dos bens, o que justifica a defesa de maior liberdade testamentária e a inconstitucionalidade das limitações impostas pela legítima.

No segundo caso, porque os direitos fundamentais consignados pelo Art. 5º são normas constitucionais e cláusulas pétreas, o que impede a modificação de seu sentido pela interpretação civilista, por ser esta infraconstitucional e oriunda de norma elaborada após a égide da Constituição de 1988, mas seguindo a orientação do ordenamento jurídico pregresso a essa Carta Magna. Mesmo no âmbito da sistemática constitucional, os dispositivos sobre direito de família estão elencados ao final, sendo passíveis de modificação pelo constituinte derivado, o que não poder ser feito quanto aos incisos do Art. 5º, norma originária e pétrea. Defende-se, portanto, que seja declarada a inconstitucionalidade do instituto da legítima por ser contrário à liberdade de dispor da propriedade privada garantida pelos direitos e liberdades fundamentais individuais da vigente Constituição. Assim será possível que seja assegurada a autonomia de testar sobre a própria herança que se irá deixar consoante os vínculos de solidariedade e convivência desenvolvidos e firmados ao longo da vida, ao invés de o sujeito de direito ser forçado contra a sua liberdade a prover com seus bens outro indivíduo com o qual não mantém nenhum laço real de convivência apenas por similaridade genética. Somente desse modo a liberdade essencial erigida pelo Art.5º da Constituição de 1988 será usufruída pelos seus titulares.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em 12 de março de 2021.

BRASIL. Estatuto do Idoso. Lei 10.741 de 01 de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/110.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm). Acesso em: 16 fev. 2021.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm). Acesso em: 16 fev. 2021.

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 16 fev. 2021.

BRASIL. Código Civil. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 16 fev. 2021.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 22 fev. 2021.

BRASIL. Colégio Notarial do Brasil – Conselho Federal. Disponível em: <https://www.notariado.org.br/familia/testamento-publico/>. Acesso em: 22 fev. 2021.

BRASIL. Colégio Notarial do Brasil – Seção Minas Gerais, 2018. Disponível em: <http://cnbmg.org.br/legislacao/atos-notariais/testamento/>. Acesso em: 22 fev. 2021.

BRASIL. Lei 8.935, de 18 de novembro de 1994. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispendo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18935.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18935.htm). Acesso em 22 fev. 2021.

BRASIL. Provimento Conjunto nº 93/2020, de 23 de junho de 2020. Institui o Código de Normas da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, que regulamenta os procedimentos e complementa os atos legislativos e normativos referentes aos serviços notariais e de registro do Estado de Minas Gerais. Disponível em: <http://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/vc00932020.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2021.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. Direito das Sucessões. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Provimento Nº. 100, de 26/05/2020. Estabelece normas gerais sobre a prática de atos notariais eletrônicos em todos os tabelionatos de notas do País. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3334>. Acesso em: 22 fev. 2021.  
FIUZA, César. Direito Civil: curso completo. 6. ed. ver. atual. e ampl. de acordo com o Código Civil de 2002. – Belo Horizonte: Del Rey, 2003. 944p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. V. 7: direito das Sucessões. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONTIJO, Maria Lúcia. Justiça remarca julgamento de recurso para que criança continue com família adotiva, em BH; 'Vivemos um terror', diz mãe. G1, Minas Gerais, Belo Horizonte, 09 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2021/02/09/justica-remarca-julgamento-de-recurso-para-que-crianca-continue-com-familia-adotiva-em-bh-vivemos-um-terror-diz-mae.ghtml>. Acesso em 12 de março de 2021.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. Planejamento sucessório: conceito, mecanismos e limitações. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil. Belo Horizonte, v. 21, p. 87-109, jul./set. 2019. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/466>. Acesso em: 15 jan. 2021.



INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA- IPEA. Notícias. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_alphacontent&ordering=3&limit=10&limitstart=11160](https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_alphacontent&ordering=3&limit=10&limitstart=11160). Acesso em 12 de março de 2021.

LIMA, Mariana. Por ano, feminicídio deixa mais de dois mil órfãos pelo país. Observatório do Terceiro Setor, Redação, Direitos Humanos, 19 de março de 2020. Disponível em: <https://observatorio3setor.org.br/noticias/por-ano-femicidio-deixa-mais-de-dois-mil-orfaos-pelo-pais/>. Acesso em 12 de março de 2021.

NADER, Paulo. Curso de direito civil. v. 6.: direito das sucessões. 7ª ed. Rio de Janeiro. Forense, 2016.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE - OPAS. Folha Informativa COVID-19. Escritório da OPAS e da OMS no Brasil. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/COVID19>. Acesso em: 12 fev. 2021

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. V. 6. Direito das Sucessões. 12ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1999. 236p.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Repercussão Geral 622. Recurso Extraordinário 898.060, Santa Catarina. Relator: Ministro Luiz Fux. Tese fixada em 22 de setembro de 2016 - A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4803092&numeroProcesso=898060&classeProcesso=RE&numeroTema=622>. Acesso em 12 de março de 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: direito das sucessões. 13ª. ed. - São Paulo: Atlas, 2013.

WHO. [Painel do WHO Coronavirus Disease \(COVID-19\)](https://COVID19.who.int/table). Disponível em: <https://COVID19.who.int/table>. Acesso em: 22 fev. 2021.