

**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS
ESCOLA SUPERIOR DE CIÊNCIAS SOCIAIS
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO**

ESTHEFANINI FERNANDES DE QUEIROZ

**O RECONHECIMENTO JURÍDICO DO TESTAMENTO VITAL NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

MANAUS

2018

ESTHEFANINI FERNANDES DE QUEIROZ

**O RECONHECIMENTO JURÍDICO DO TESTAMENTO VITAL NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão do Curso de Bacharelado em Direito, da Universidade do Estado do Amazonas, objetivando a aprovação no componente curricular Monografia II.

Prof. MSc. Cláudia de Moraes Martins Pereira

MANAUS

2018

Ficha Catalográfica

Ficha catalográfica elaborada automaticamente de acordo com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

Sistema Integrado de Bibliotecas da Universidade do Estado do Amazonas

Q3r Queiroz, Esthefanini Fernandes de

O reconhecimento jurídico do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro / Esthefanini Fernandes de Queiroz. Manaus : [s.n], 2018.

52 f. : ; 30 cm.

TCC - Graduação em Direito - Bacharelado - Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, 2018.

1. Sucessão. 2. Sucessão legítima. 3. Sucessão testamentária. 4. Diretivas antecipadas de vontade. 5. testamento vital. I. Cláudia de Moraes Martins Pereira (Orient.). II. Universidade do Estado do Amazonas. III. O reconhecimento jurídico do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro

Elaborado por Jeane Macelino Galves - CRB-11/463

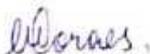


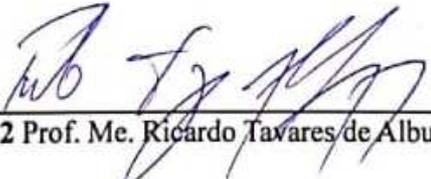
**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS
ESCOLA SUPERIOR DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO
TERMO DE APROVAÇÃO**

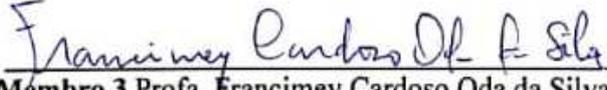
ESTHEFANINI FERNANDES DE QUEIROZ

**O RECONHECIMENTO JURÍDICO DO TESTAMENTO VITAL NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Graduação em Direito, Escola Superior de Ciências Sociais, Universidade do Estado do Amazonas, pela seguinte banca examinadora:


Orientador(a) Prof. Ma. Cláudia de Moraes Martins Pereira


Membro 2 Prof. Me. Ricardo Tavares de Albuquerque


Membro 3 Profa. Francimey Cardoso Oda da Silva

Manaus, 17 de dezembro 2018.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho ao meu Deus para honra e glória de seu nome.

AGRADECIMENTOS

A Deus por ter me ajudado nessa longa caminhada, pois sem Ele nada seria possível.

Aos meus pais, Evander Queiroz e Ana Lucia Queiroz, que sempre me apoiaram nos momentos difíceis, incentivando-me a permanecer no caminho do estudo, com o objetivo de que eu construísse uma história pessoal e profissional fortalecida na fé, humildade e honestidade.

Ao meu irmão, Pablo Queiroz, por todo apoio que me foi dado.

Ao meu namorado, Gustavo Ozga, por todo apoio, atenção, paciência e carinho.

A minha amiga, Meyta Cardoso, que me auxiliou nessa caminhada desde o primeiro dia de aula.

A minha orientadora pelo auxílio no pouco tempo que lhe coube, pelas suas correções, incentivos, paciência e principalmente por acreditar na minha capacidade.

Àqueles que durante a minha caminhada foram meus coordenadores de curso, Alcian Sousa, Jefferson Ortiz, Claudia Moraes e Ricardo Albuquerque.

A Siglia e a Meiry, por toda paciência e atenção.

Aos meus professores e demais amigos que me apoiaram nesta fase.

Aos meus colegas de trabalho por todo apoio que me foi dado.

A todos vocês o meu agradecimento.

RESUMO

Quando se trata de morte, a incerteza de como a vida terminará assusta muitos, pois é terrível pensarmos de que forma nós seres humanos morreremos. O presente trabalho tem por objetivo tratar do Testamento Vital como Diretiva Antecipada de Vontade tendo em vista a importância do tema em nosso ordenamento jurídico brasileiro. Ademais, não existe em nosso sistema jurídico lei que regulamente e discipline acerca das diretivas antecipadas de vontade: testamento vital. Esse instituto cuida em sua essência da escolha consciente da pessoa, antes de estar impossibilitado por doença crônica, em se submeter ou não a tratamentos médicos, que ao invés de amenizar o sofrimento, apenas prolongariam os dias de sofrimento. Posto isso, foi abordado no trabalho ainda, de forma sucinta a sucessão legítima e testamentária, tendo em vista a importância do estudo para entender que o testamento vital não é sinônimo do testamento sucessório.

Palavras-chave: Sucessão, Sucessão legítima, Sucessão Testamentária, Diretivas Antecipadas de Vontade, Testamento Vital.

ABSTRACT

When it comes to death, the uncertainty of how life ends will scare many, for it is terrible to think of how we humans will die. The purpose of this study is to deal with the Vital Testament as an Advance Directive of Will in view of the importance of the topic in our Brazilian legal system. In addition, there is no law in our legal system that regulates and disciplines about the anticipated directives of will: vital will. This institute takes care in its essence of the conscious choice of the person, before being incapacitated by a chronic illness, in whether or not to undergo medical treatments, which, instead of easing suffering, would only prolong the days of suffering. Having said this, the work was succinctly discussed in a succinct way, in a succinct manner, in view of the importance of the study to understand that the living will is not synonymous with the succession will.

Keywords: Succession, Legitimate Succession, Probate Succession, Advance Directives of Will, Living Will.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 SUCESSÃO EM GERAL	11
1.1 LEGITIMIDADE PARA SUCEDER	11
1.2 PRINCÍPIO DE SAISINE	14
1.3 ABERTURA DA SUCESSÃO	15
1.4 ACEITAÇÃO E RENÚNCIA DA HERANÇA	16
1.5 ESPÉCIES DE SUCESSÃO	20
<i>1.5.1 Sucessão legítima</i>	20
<i>1.5.1.1 Dos herdeiros legítimos</i>	22
<i>1.5.1.2 Sucessão do descendente</i>	23
<i>1.5.1.3 Sucessão do ascendente</i>	24
<i>1.5.1.4 Sucessão do cônjuge</i>	25
<i>1.5.2 Sucessão testamentária</i>	27
<i>1.5.2.1 Conceito e características do testamento</i>	28
<i>1.5.2.2 Capacidade testamentária</i>	32
<i>1.5.2.3 Espécies de testamento</i>	33
<i>1.5.2.3.1 Testamento particular</i>	33
<i>1.5.2.4.2 Testamento público</i>	36
<i>1.5.2.5 Revogação do Testamento</i>	38
2 TESTAMENTO VITAL	39
2.1 CONCEITO DE TESTAMENTO VITAL	39
3.1 RESOLUÇÃO Nº 1.805/2006 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA	46
3.2 RESOLUÇÃO Nº 1.995/2012 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA	48
CONCLUSÃO	50
REFERÊNCIAS	51

INTRODUÇÃO

A evolução da medicina nos últimos anos vem permitindo que portadores de doenças crônicas e/ou agudas sobrevivam. Porém, “em doentes terminais o desenvolvimento da medicina, principalmente das técnicas de reanimação, colocou desde logo a questão de se determinar se é ou não adequado utilizar todos os recursos médicos existentes”¹. Pois, em inúmeros casos de pacientes com doenças terminais, a utilização dos tratamentos médicos, apenas prolongam de forma muito sofrida a vida do paciente.

Justamente, em razão do não prolongamento do sofrimento dos pacientes terminais é que surgiram as diretivas antecipadas de vontade.

Efetivamente, no Brasil, as Resoluções nº 1.805/2006 e nº 1.995/2012 foram as primeiras normas do nosso ordenamento jurídico a tratarem acerca das diretivas antecipadas de vontade. Entretanto, ainda não há lei que discipline tal instituto jurídico.

O presente trabalho tem por objeto o estudo do testamento vital como diretiva antecipada de vontade.

Dessa forma, faz-se necessário, inicialmente, abordar no primeiro capítulo o estudo da sucessão em geral em razão da diferença entre o testamento vital e o testamento civil.

Ora, Testamento Vital não se confunde com o Testamento Civil, uma vez que o Testamento Civil trata principalmente de questões patrimoniais e produz efeito *post mortem*, ou seja, os efeitos do instrumento testamentário são gerados somente após o óbito do testador. Enquanto que o Testamento Vital, cuida da manifestação antecipada de vontade do paciente frente à submissão ou não dos tratamentos médicos futuros, gerando efeitos ainda em vida.

No segundo capítulo, o foco do estudo será o testamento vital, onde tal instituto será conceituado, bem como, será tratado sobre a origem das diretivas antecipadas de vontade e o consentimento informado.

Não há em nosso ordenamento jurídico lei específica que trate do instituto em questão, apenas Resoluções elaboradas pelo Conselho Federal de Medicina. À vista disso, o capítulo terceiro discorrerá sobre o reconhecimento jurídico do testamento vital no Brasil, abordando sobre a Resolução nº 1.805/2006 e a Resolução nº 1.995/2012, ambas do Conselho Federal de Medicina. Tais resoluções, simbolizam um marco no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que representa um embrião do tema em meio as normas brasileiras.

¹ Nunes, Rui. Diretivas antecipadas de vontade. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2016. p. 106.

1 SUCESSÃO EM GERAL

A existência da pessoa humana termina com a morte. E como a morte põe fim a todas as coisas (*mors omnia solvit*), produz como efeito conseqüente inexorável a *abertura da sucessão*.²

A palavra Sucessão é conceituada por Carlos Roberto Gonçalves como “ato pelo qual uma pessoa assume o lugar de outra, substituindo-a na titularidade de determinados bens”.

Mauro Antonini, por sua vez, define, em sentido amplo, como “transmissão de uma relação jurídica de uma pessoa a outra”. Quanto ao sentido estrito, ensina que a “sucessão se subdivide em *inter vivos* ou *causa mortis*”.³

A Sucessão *inter vivos* é aquela operada em vida, ou seja, entre pessoas vivas. Por exemplo, a compra e venda de um automóvel. E a *causa mortis* ocorre após a morte ou ausência de uma pessoa, ou seja, é a “transmissão das relações jurídicas transmissíveis de uma pessoa falecida para uma ou mais pessoas vivas”.⁴

Diferencia-se, ainda, a Sucessão *causa mortis* em *sucessão legítima* e *sucessão testamentária*. A primeira é decorrente da lei, onde o patrimônio e as obrigações são transmitidas às pessoas indicadas na legislação.

Quanto à *sucessão testamentária*, é feita por meio de testamento.

1.1 LEGITIMIDADE PARA SUCEDER

No direito sucessório vigora o princípio de que todas as pessoas têm legitimação para suceder, exceto aquelas afastadas por lei.⁵

A legitimidade para suceder é a aptidão para receber a herança, sendo regulada pela lei vigente ao tempo da abertura da sucessão, conforme disposição expressa no Código Civil, no artigo 1.787.

Por essa razão, para as pessoas estarem aptas a receber a herança, é necessário que na data da abertura da sucessão tenham nascidas ou já concebidas, conforme disposto no artigo 1.798 do Código Civil. Trata-se do *princípio da coexistência*, segundo o qual o herdeiro e o

² Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald. Curso de Direito Civil. v. 7, 2018. p. 116.

³ Mauro Antonini. Código Civil comentado. Coord. Cezar Peluso. 6. ed. rev. e atual. Barueri: Manole, 2012. BRASIL. p. 2133.

⁴ José Maria Leoni Lopes de Oliveira. Direito civil: sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 38.

⁵ Carlos Roberto Gonçalves. Direito Civil Brasileiro. v. 7. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 68.

autor da herança devem coexistir no momento da abertura da sucessão quando, em virtude do princípio da *saisine*, a herança é transmitida ao herdeiro.⁶

Tal regra, é aplicada na sucessão legítima e na sucessão testamentária.

A fórmula não é absoluta, já que a lei reconhece, em algumas hipóteses, capacidade sucessória a quem ainda não exista.⁷ É nesse contexto que o Código Civil em seu artigo 2.º põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Nascituro é, por sua vez, segundo a definição do dicionário jurídico Acquaviva, “aquele que há de nascer. Ser humano já concebido e que se encontra, ainda, no ventre materno”.⁸

A legitimação sucessória do nascituro é assegurada, porém, sob condição suspensiva. Se nascer com vida, marco inicial da personalidade, o nascituro receberá a herança. No entanto, se por ventura nascer morto, será considerado como se nunca tivesse existido.

Desse modo, os *nascituros* podem ser, assim, chamados a suceder tanto na sucessão legítima como na testamentária, ficando a eficácia da vocação dependente do seu nascimento. Podem, com efeito, ser indicados para receber a deixa testamentária.⁹

Seguramente, para resguardar os direitos do nascituro, pode ser nomeado um curador – chamado de *curador ao ventre* – para proteger a herança até o nascimento do herdeiro.

O fato de o herdeiro não ser nascido não impede nem o inventário e nem a partilha. Os bens ficam na posse do curador. No entanto há a possibilidade de ocorrer o nascimento de gêmeos, o que impõe a renovação da partilha.¹⁰

É importante destacar ainda que no caso da legitimação sucessória por testamento, o artigo 1.799 do Código Civil preceitua que:¹¹

Art. 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.

Tal dispositivo, menciona outras pessoas que podem suceder de forma diferente do artigo 1.798 do Código Civil, a saber:¹²

⁶ José Maria Leoni Lopes de Oliveira, Direito civil: sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 168.

⁷ Schreiber, Anderson. Manual de Direito Civil Contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 937.

⁸ Acquaviva, Marcus Cláudio. Dicionário Jurídico Acquaviva. 5. ed. atual. eampl. São Paulo: Rideel, 2011. p. 582.

⁹ Carlos Roberto Gonçalves, Direito Civil Brasileiro v. 7, 2013, p. 69.

¹⁰ Maria Berenice Dias, Manual das sucessões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 115.

¹¹ VadeMecumJusPodivm. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 285.

Art. 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.

O inciso I trata-se do caso de Prole Eventual, mediante o qual, abre exceção à regra geral ao permitir que os filhos não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, e vivas ao abrir-se a sucessão, venham a recolher a herança.¹³

Entretanto, o artigo 1.800 do Código Civil traz um regramento próprio que deve ser obedecido. Assim, de acordo com o *caput* do referido artigo, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz.

Salvo disposição testamentária em contrário, conforme o § 1.º do artigo 1.800 do Código Civil, a curatela caberá à pessoa cujo filho o testador esperava ter por herdeiro, e, sucessivamente, às pessoas indicadas no artigo 1.775 do Código Civil, a saber:¹⁴

Art. 1.775. O cônjuge ou companheiro, não separado judicialmente ou de fato, é, de direito, curador do outro, quando interdito.

§1º Na falta do cônjuge ou companheiro, é curador legítimo o pai ou a mãe; na falta destes, o descendente que se demonstrar mais apto.

§ 2º Entre os descendentes, os mais próximos precedem aos mais remotos.

§ 3º Na falta das pessoas mencionadas neste artigo, compete ao juiz a escolha do curador.

Ademais, de acordo com o § 2.º do artigo 1.800, os poderes, deveres e responsabilidades do curador, assim nomeado, regem-se pelas disposições concernentes à curatela dos incapazes, no que couber.

O “prazo de espera” estipulado para geração ou concepção do *conceptus*– indivíduo ainda não concebido – é de 2 (dois) anos.

Se, decorridos 2 (dois) anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos, conforme previsto no § 4.º do artigo 1.800 do Código Civil.

O inciso II do artigo 1.799 do Código Civil prevê que as pessoas jurídicas podem ser beneficiárias pela deixa testamentária.

¹²VadeMecumJusPodivm. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 285.

¹³ Carlos Roberto Gonçalves, Direito Civil Brasileiro v. 7, 2013, p. 71.

¹⁴VadeMecumJusPodivm. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 284.

Para Carlos Roberto Gonçalves, qualquer pessoa jurídica pode ser contemplada, seja simples, seja empresária, de direito público ou privado.¹⁵

Quanto ao inciso III do artigo supramencionado, este cogita a possibilidade de beneficiar pessoas jurídicas já constituídas ou que serão criadas, sob a forma de fundação, após a abertura da sucessão.

Nesse caso, para criar uma fundação, o seu instituidor fará, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la, conforme proclama o artigo 62 do Código Civil.

Ademais, o parágrafo único do artigo 62 do Código Civil dispõe acerca da finalidade para a qual a fundação será constituída, a saber:¹⁶

Parágrafo único. A fundação somente poderá constituir-se para fins de:

- I – assistência social;
- II – cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico;
- III – educação;
- IV – saúde;
- V – segurança alimentar e nutricional;
- VI – defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável;
- VII – pesquisa científica, desenvolvimento de tecnologias alternativas, modernização de sistemas de gestão, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos;
- VIII – promoção da ética, da cidadania, da democracia e dos direitos humanos;
- IX – atividades religiosas; e
- X – (VETADO).

Justifica-se a regra pelo fato de o testador efetivar a dotação de bens a instituição da fundação, instituição esta que interessa à sociedade em virtude dos fins nobres que deve ter tal espécie de pessoa jurídica.¹⁷

1.2 PRINCÍPIO DE SAISINE

Acerca da origem do princípio da saisine, ensinam que:¹⁸

O princípio da *saisine* surgiu na Idade Média e foi instituído pelo direito costumeiro francês, como reação ao sistema do regime feudal. Por morte do arrendatário, a terra arrendada devia ser devolvida ao senhor, de modo que os herdeiros do falecido

¹⁵ Carlos Roberto Gonçalves, *Direito Civil Brasileiro v. 7*, 2013, p. 76.

¹⁶ *VadeMecumJusPodivm*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 195.

¹⁷ Carlos Roberto Gonçalves, *Direito Civil Brasileiro v. 7*, 2013, p. 77.

¹⁸ Colin e Capitant apud Carlos Roberto Gonçalves, 2013, p. 38.

teriam de pleitear a imissão na posse, pagando para tal uma contribuição. Para evitar o pagamento desse tributo feudal, adotou-se a ficção de que o defunto havia transmitido ao seu herdeiro, e no momento da sua morte, a posse de todos os seus bens.

A regra de transmissão automática é, assim, uma ficção criada em solo francês, com o fim de impedir que o patrimônio de quem faleceu fosse considerado acéfalo, sem titular.¹⁹

Além do mais, tal princípio foi acolhido pelo direito brasileiro no artigo 1.784 do Código Civil, o qual dispõe que “aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”.

A expressão *desde logo* significa que a transmissão da herança aos herdeiros acontece no instante da morte.²⁰

Desse modo, a transmissão patrimonial automática aos herdeiros é realizada de forma a coibir conflitos de “heranças abertas” – ou seja, heranças sem titular.

Como consequência do princípio da *saisine*, a lei vigente ao tempo de abertura da sucessão será aquela que irá regular a sucessão e a legitimidade para suceder, de acordo com o artigo 1.787 do Código Civil.

Outra consequência do princípio da *saisine* consiste em que o herdeiro que sobrevive ao *de cuius*, ainda que por um instante, herda os bens por este deixados e os transmite aos seus sucessores, se falecer em seguida.²¹

Como visto, a regra geral do sistema jurídico brasileiro é a transmissão automática das relações patrimoniais do falecido, lastreado na regra de *saisine*, com a abertura da sucessão (=morte).²²

Logo, verifica-se que o intuito do instituto é impossibilitar que o patrimônio deixado pelo morto fique sem titular, mesmo que por um curto espaço de tempo.

1.3 ABERTURA DA SUCESSÃO

A abertura da sucessão se inicia após a morte da pessoa natural, pois é com a morte que a pessoa natural deixa de existir, isto é, deixa de ser sujeito de direitos e obrigações.

Por consequência, é a morte de uma pessoa que efetiva a transmissão instantânea da herança aos herdeiros.

¹⁹ Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, Curso de Direito Civil, v. 7, 2018, p. 117.

²⁰ Mauro Antonini. Código Civil comentado. Coord. Cezar Peluso. 6. ed. rev. e atual. Barueri: Manole, 2012. Brasil, p. 2133

²¹ Carlos Roberto Gonçalves, Direito Civil Brasileiro, v. 7, 2013, p.41.

²² Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, Curso de Direito Civil, v. 7, 2018, p. 121.

Essa transmissão automática decorre do *princípio da saisine*, o qual, como já mencionado anteriormente, foi consagrado em nosso ordenamento jurídico brasileiro por meio do artigo 1.784 do Código Civil.

Logo, morto o autor da herança, esta se transfere de pleno direito e imediatamente aos herdeiros legítimos e aos instituídos por meio do testamento.²³

No que se refere ao lugar de abertura da sucessão, o local será do último domicílio do falecido, conforme o artigo 1.785 do Código Civil. Porém, se o *de cujus* possuir diversas residências, onde, alternadamente, viva, será considerada domicílio qualquer uma delas, conforme previsto no artigo 71 do Código Civil.

Quanto à legislação, esta será baseada naquela que estiver vigente no momento de abertura da sucessão.

1.4 ACEITAÇÃO E RENÚNCIA DA HERANÇA

Oliveira define aceitação como:²⁴

Aceitação é o ato unilateral não receptício através do qual o chamado a suceder pela lei ou pelo testamento assume de maneira irrevogável os direitos e obrigações correspondentes à qualidade de herdeiro ou na realização de atos que pressupõem necessariamente sua intenção de aceitar a herança que lhe é deferida.

Doutrina no mesmo sentido, Mauro Antonini quando conceitua a aceitação da herança como:²⁵

[...] ato unilateral pelo qual o herdeiro expressa sua concordância em recebê-la. É ato posterior à abertura da sucessão. Com a morte do autor, a herança se transmite de imediato a seus herdeiros (art. 1.784). A aceitação é a confirmação dessa transmissão, com efeito retroativo ao momento da abertura da sucessão.

De igual modo, Tartuce explica a aceitação de forma bem simples: “ato do herdeiro que *confirma* a transmissão da herança”.²⁶

Pois bem, conforme exposto no artigo 1.804 do Código Civil, “aceita a herança, torna-se definitiva a sua transmissão ao herdeiro, desde a abertura da sucessão”.

²³ Maria Berenice Dias, Manual das sucessões, 2008, p. 99.

²⁴ José Maria Leoni Lopes de Oliveira, Direito civil: sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 192.

²⁵ Mauro Antonini. Código Civil comentado. Coord. Cezar Peluso. 6. ed. rev. e atual. Barueri: Manole, 2012. Brasil, p. 2172

²⁶ Flavio Tartuce. Direito civil: direito das sucessões. 11. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 84.

A referência legal não reclama um agir do herdeiro. Identifica a definitividade da transmissão que, no entanto, não impede a renúncia.²⁷

Quanto às formas de aceitação, são admitidas as seguintes espécies:

- a) *Aceitação expressa*: A aceitação da herança expressa é aquela realizada por meio de declaração escrita, conforme exposto no artigo 1.805, *caput*, primeira parte, do Código Civil.
- b) *Aceitação tácita*: De acordo com a segunda parte do *caput* do artigo 1.805 do Código Civil, a aceitação tácita resulta de atos próprios da qualidade de herdeiros, ou seja, “é aquela que se manifesta através de atos que pressupõem necessariamente sua intenção de aceitar a herança que lhe é deferida”.²⁸

No entanto, o § 1.º do artigo supramencionado estabelece que “não exprimem aceitação de herança os atos ofíciosos, como o funeral do finado, os meramente conservatórios, ou os de administração e guarda provisória”.

- c) *Aceitação presumida*: Dar-se por presumida a aceitação, quando o herdeiro for provocado para se manifestar se aceita ou não a herança, e este não se pronunciar no período estabelecido, conforme disposição expressa no artigo 1.807 do Código Civil, a saber:

Art. 1.807. O interessado em que o herdeiro declare se aceita, ou não, a herança, poderá, vinte dias após aberta a sucessão, requerer ao juiz prazo razoável, não maior de trinta dias, para, nele, se pronunciar o herdeiro, sob pena de se haver a herança por aceita

Por derradeiro, a aceitação presumida será caracterizada quando “o interessado na aceitação de outrem (por exemplo, o credor do herdeiro ou o herdeiro do herdeiro) promove uma demanda, de competência do juízo sucessório, para forçar a manifestação de vontade do sucessor que estiver inerte”.²⁹

- d) *Aceitação direta*: Tem-se por aceitação direta, a vontade manifestada pelo herdeiro.
- e) *Aceitação indireta*: É aquela em que a manifestação de vontade é feita por alguém no lugar do herdeiro chamado a suceder.³⁰

Leoni ainda destaca as hipóteses em que se dá a *aceitação indireta*:³¹

- a) Aceitação manifestada pelos herdeiros do vocacionado que faleceu sem aceitar;
- b) A aceitação feita por mandatário com poderes especiais ou gestor de negócios;
- c) Aceitação pelos representantes;

²⁷ Maria Berenice Dias, Manual das sucessões, 2008, p. 184.

²⁸ José Maria Leoni Lopes de Oliveira, Direito civil: sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 201.

²⁹ Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, Curso de Direito Civil, v. 7, 2018, p. 233.

³⁰ José Maria Leoni Lopes de Oliveira, Direito civil: sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 206.

³¹ José Maria Leoni Lopes de Oliveira, Direito civil: sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 206.

d) A aceitação feita pelos credores do herdeiro: O artigo 1.813 do Código Civil dispõe que, “quando o herdeiro prejudicar os seus credores, renunciando à herança, poderão eles, com autorização do juiz, aceitá-la em nome do renunciante”. O nosso legislador, entre o interesse dos herdeiros beneficiados com a renúncia e o direito dos credores, deu preferência ao direito dos credores, certamente levando em conta que, para os primeiros, a renúncia representaria um lucro, enquanto para os segundos representa um prejuízo.³²

Silvio Rodrigues esclarece que “o êxito do pedido formulado pelos credores não depende de prova de má-fé do herdeiro. [...] A estes [credores] só cabe provar sua condição de credores e que ao herdeiro renunciante não sobravam recursos para pagar”.³³

Dessa forma, o pedido formulado pelos credores deve referir-se à dívida atual e vencida que não foram pagas, visto que a dívida vincenda não justifica a impugnação do credor.³⁴

Ainda sobre a aceitação da sucessão, o Código Civil estabelece que são irrevogáveis os atos da aceitação da herança, não podendo esta, ser feita de forma parcial, sob condição ou a termo, de acordo com os artigos 1.808 e 1.812 do Código Civil.

Aliás, a herança pode ser recusada, pois nenhum herdeiro pode ser obrigado a aceitá-la.

Na esteira das lições de Zeno Veloso, a aceitação é necessária porque ninguém pode ser herdeiro contra a sua vontade, conforme o antigo brocardo: *invito non daturbeneficium* (ao constrangido, ou a quem não quer, não se dá o benefício).³⁵

Realmente, a lei não impõe a obrigatoriedade de receber a herança, podendo o titular do direito hereditário abdicar, declinar, do chamamento que é feito pela lei (ordem de vocação hereditária) ou pelo testamento.³⁶

A manifestação de recusa ao recebimento da sucessão é dada o nome de *renúncia*.

Leoni de Oliveira conceitua *renúncia* como: “*ato jurídico unilateral não receptício e formal, através do qual o chamado a suceder manifesta sua vontade de não ser herdeiro*”.³⁷

³² Jorge H. Alterini apud José Maria Leoni Lopes de Oliveira. Direito civil: sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 219.

³³ Silvio Rodrigues apud José Maria Leoni Lopes de Oliveira. Direito civil: sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 219.

³⁴ Giselda Hironaka apud José Maria Leoni Lopes de Oliveira. Direito civil: sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 220.

³⁵ Zeno Veloso apud Flavio Tartuce. Direito Civil: direito das sucessões. 11. ed. rev., atual. eampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 84.

³⁶ Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal. Curso de Direito Civil. v. 7, 2018, p. 237.

³⁷ José Maria Leoni Lopes de Oliveira. Direito civil: sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 207.

Para Cassetari, renúncia é “a antítese da aceitação, ou seja, um ato de repúdio. Trata-se de um ato unilateral e não receptício (pois não precisa chegar ao conhecimento de ninguém para produzir efeitos)”.³⁸

Pois bem, a renúncia à sucessão deve ser feita de forma expressa por meio de instrumento público ou termo judicial, conforme determina o artigo 1.806 do Código Civil. Essa formalidade é exigida em razão dos efeitos que o afastamento do herdeiro da sucessão pode ocasionar.

Conseqüentemente, o afastamento do herdeiro renunciante resulta na exclusão do mesmo de forma definitiva da herança.

Giselda Hironaka observa que “a lei não preserva sequer os direitos dos filhos do herdeiro renunciante, afastando-os peremptoriamente da sucessão aberta e repudiada”.³⁹

Nesse sentido, o Código Civil preceitua na primeira parte do *caput* do artigo 1.811 que “ninguém pode suceder, representando herdeiro renunciante”. No entanto, se ele for o único herdeiro legítimo de sua classe, ou se todos os outros herdeiros da mesma classe renunciarem a herança, poderão os filhos vir à sucessão, por direito próprio, e por cabeça, conforme disposto na segunda parte do *caput* do artigo mencionado anteriormente.

Mas caso exista na sucessão legítima outros herdeiros além do renunciante, a quota parte daquele que renunciou será acrescida à dos outros herdeiros da mesma classe, e, sendo ele o único desta, devolve-se aos da classe subsequente, conforme previsto no artigo 1.810 do Código Civil.

Quanto à sucessão testamentária, Hironaka esclarece o destino da parte do herdeiro renunciante:⁴⁰

Caso se trate de herdeiro testamentário, três são as possibilidades: se o testador indicou substituto para receber a quota-parte repudiada, será o substituto chamado a deliberar; se não houve previsão desse alcance, mas instituiu o testador o direito de acrescer em benefício dos demais herdeiros testamentários, a este será deferida, proporcionalmente, a quota repelida; por fim, se não houve tais previsões, a quota segue destinação legal, acrescendo-se à legítima e aumentando a quota dos herdeiros legítimos já contemplados, ou ainda, fazendo chamar à sucessão os herdeiros legítimos não necessários eventualmente afastados pelo testamento.

³⁸Cassetari, Christiano. Elementos de Direito Civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 784.

³⁹Giselda Hironaka apud José Maria Leoni de Oliveira Direito civil: sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 212.

⁴⁰Giselda Hironaka apud José Maria Leoni Lopes de Oliveira. Direito civil: sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 214.

Desse modo, entende-se por renúncia ato unilateral, irrevogável, solene, devendo ser manifestado de forma expressa mediante instrumento público ou termo judicial, não podendo ser realizado de modo parcial, sob condição ou a termo.

1.5 ESPÉCIES DE SUCESSÃO

O sistema jurídico brasileiro contemporâneo estabelece diferentes possibilidades sucessórias, procurando conciliar a *autonomia privadae* a *especial proteção da família*.⁴¹ Por consequência, afasta a ideia de que o titular da herança pode por meio do instrumento testamentário dispor livremente de seus bens.

Desse modo, Farias e Rosenvald entendem que tal disposição consagra um sistema dual sucessório:⁴²

[...] consagra-se um sistema dual sucessório: *i*) a sucessão legítima, determinada por força de lei, em favor de pessoas previamente estabelecidas no próprio Código Civil; *ii*) a sucessão testamentária, organizada de acordo com a vontade do autor da herança, expressa em declaração de última vontade, testamento.

Assim, conforme disciplina o Código Civil no artigo 1.786, a sucessão se dá por lei (sucessão legítima) ou por disposição de última vontade (sucessão testamentária).

1.5.1 Sucessão legítima

Farias e Rosenvald ensinam que “a *sucessão* legítima, também chamada de *sucessão intestada* ou *ab intestato*, tem como base a liberdade do autor da herança, exercida por omissão, e uma responsabilidade familiar mínima”.⁴³ Pois, entende-se que o *de cujus* caso desejasse dispor de seus bens de forma diferente da lei, teria manifestado sua intenção por meio do testamento.

A referida sucessão terá lugar, como regra, se o autor da herança falecer sem deixar testamento sobre suas declarações de vontade.

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves, o caráter subsidiário da sucessão legítima é estabelecido no artigo 1.788 do Código Civil ao dispor que, “morrendo a pessoa sem

⁴¹ Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald. Curso de Direito Civil. v. 7. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 272.

⁴² Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald. Curso de Direito Civil. v. 7. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 272.

⁴³ Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald. Curso de Direito Civil. v. 7. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 270.

testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo”.

Assim, define-se como legítima a sucessão concedida pela lei através da ordem de vocação hereditária, a qual corresponde pela escala de preferência dos herdeiros no chamamento à herança.

Pois bem, com a abertura da sucessão, opera-se um verdadeiro controle pessoal no acervo patrimonial do falecido, visto que pelo princípio da saisine a posse e o domínio da herança serão imediatamente transmitidos aos sucessores do *de cujus*.

Precedentemente no critério de convocação dos herdeiros legítimos, importa pautar algumas ponderações sobre as nomenclaturas usuais utilizadas por ocasião do estudo da sucessão legítima.

Cassetari ensina que “o parentesco pode ser *consanguíneo* (em que há vínculo biológico, de sangue) e *por afinidade* (que decorre do vínculo conjugal por unir os parentes de um cônjuge aos de outro)”.⁴⁴

O vínculo de duas pessoas a partir de um ascendente comum denomina-se “linha”. O parentesco por linha divide-se em parentesco em linha reta e em linha colateral. O primeiro se verifica quando as pessoas descendem uma das outras, podendo por isso ser dividido em linha reta ascendente (pais, avós, bisavós, etc.) e linha reta descendente (filhos, netos, bisnetos, etc.). Sobre outra perspectiva, o parentesco em linha colateral se dá quando as pessoas não descendem uma das outras, embora possuam o mesmo tronco ancestral comum (irmãos, tios, sobrinhos, primos).

Considera-se grau o número de gerações que separa os parentes.

Pela ordem de preferência indicada no Código Civil, os descendentes serão os primeiros a serem solicitados para o recebimento da herança, em se tratando de uma mesma classe de parentes o grau mais próximo exclui o mais remoto.

Na sucessão em linha reta, o reconhecimento do herdeiro que sucederá o autor da herança é simples, basta contar o intervalo que distancia uma geração da outra.

Desse modo, na hipótese de filho e neto, o primeiro será contemplado com a herança, dado que é considerado parente em linha reta em primeiro grau do *de cujus*. O neto só será contemplado pela herança em caso de ausência de filhos ou se houver direito de representação de seu ascendente que está pré-morto em relação ao autor da herança.

⁴⁴Cassetari, Christiano. Elementos de Direito Civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 794.

Nos casos em que ocorre a ausência de parentes na classe dos descendentes, a herança será concedida aos ascendentes do autor da herança. Nesta ocasião, também será aplicada a regra de que o grau mais próximo exclui o mais remoto. Assim sendo, a existência de pai e avô do *de cuius* obsta a concessão da herança ao avô, parente em linha reta, ascendente em segundo grau do autor da herança.

Em relação, ao parentesco em linha colateral, o distintivo será o critério para o chamamento dos herdeiros do *de cuius*. Para que se identifique qual será o parente colateral que será favorecido com a herança.

Para fins de direito sucessório, leva-se em conta apenas o parentesco colateral até o quarto grau, conforme prescreve o artigo 1.592 do Código Civil: “são parentes em linha colateral ou transversal, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra”.

Vale ressaltar que o parentesco por afinidade é limitado ao ascendente, descendente e irmãos do cônjuge ou companheiro, não se extinguindo a afinidade, na linha reta, com a dissolução do casamento ou da união estável, conforme disposto nos §§ 1.º e 2.º do artigo 1.595 do Código Civil.

1.5.1.1 Dos herdeiros legítimos

Considera-se herdeiro legítimo o sucessor do *de cuius* que tenha sido indicado pela lei através da ordem de vocação hereditária disposta no artigo 1.829 do Código Civil. A distribuição do acervo patrimonial do falecido é dada por classe de preferência, devendo ser obedecida à ordem hierárquica por grau parentesco. Para a fixação de tal ordem, o ordenamento jurídico utilizou como parâmetro a presunção de que seria esse o desejo do autor da herança, caso tivesse declarado sua vontade em testamento.

O artigo 1.829 do Código Civil estabelece a ordem da vocação hereditária:⁴⁵

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

- I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
- II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
- III - ao cônjuge sobrevivente;
- IV - aos colaterais.

⁴⁵VadeMecumJusPodivm. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 287.

Assim, o artigo citado adotou a seguinte ordem de preferência no chamamento à herança: descendentes, ascendentes, cônjuge e colateral até o quarto grau.

Ressalta-se que com a entrada em vigor do atual Código Civil, o cônjuge não é considerado apenas um herdeiro legítimo, visto que foi elevado à categoria de herdeiro necessário, da mesma maneira que os descendentes e os ascendentes. Consequentemente, a ele deve ser reservada a legítima a qual corresponde à metade do patrimônio do falecido existente no momento da abertura da sucessão, após a subtração, por óbvio, do valor da meação, se houver.

Vale ressaltar ainda que o artigo 1.790 do Código Civil, que tratava de forma específica do direito sucessório do companheiro, foi considerado inconstitucional pelo STF, pois, tratava o companheiro sobrevivente de forma diferenciada dos direitos outorgados ao cônjuge pelo artigo 1.829 do Código Civil. Dessa forma, o companheiro sobrevivente foi equiparado ao cônjuge para fins de direito sucessório.⁴⁶

1.5.1.2 Sucessão do descendente

Os descendentes ocupam posição privilegiada na ordem de vocação hereditária estabelecida pelo Código Civil em vigor. A previsão legal ocorre em benefício de todos os descendentes *ad infinitum*, ou seja, filhos, netos, bisnetos, trinotos, tetranetos, de forma que o descendente de grau mais próximo, como falado, excluirá o de grau mais remoto. Deste modo, primeiro serão chamados a suceder os filhos, na ausência deles, os netos e assim sucessivamente.

No entanto, essa regra geral encontra exceção na segunda parte do *caput* do artigo 1.833 do Código Civil, ao dispor que:⁴⁷

Art. 1.833. Entre os descendentes, os em grau mais próximo excluem os mais remotos, **salvo o direito de representação.**(Grifei)

Assim, na hipótese em que um filho do *de cuius* tenha descendentes vivos, estes por sua vez, herdarão pelo direito de representação.⁴⁸

⁴⁶ STF – RG RE: 878694 MG - Minas Gerais 1037481-72.2009.8.13.0439, Relator Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, Data de Julgamento: 10/05/2017, Data de Publicação: DJe-021 06/02/2018.

⁴⁷ VadeMecumJusPodivm. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 287.

⁴⁸ José Maria Leoni Lopes de Oliveira. Direito civil: sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 313.

O direito de representação ocorre quando a lei chama certos parentes do falecido a suceder em todos os direitos, em que ele sucederia se vivo fosse, de acordo com o artigo 1.851 do Código Civil.

Dessa forma, o direito de representação dá-se na linha reta descendente, mas nunca na ascendente, conforme disposto no artigo 1.852 do Código Civil.

Pois bem, o artigo 1.835 do Código Civil prevê a possibilidade da ocorrência de sucessão em linha reta descendente se houver parentes que se encontrem em graus distintos, isto é, permite que a partilha da herança se dê, ao mesmo tempo, por cabeça (quando os descendentes estiverem no mesmo grau) e por estirpe (quando os descendentes estiverem em graus diferentes).

O artigo 1.835 do Código Civil proclama:

Art. 1.835. Na linha descendente, os filhos sucedem por cabeça, e os outros descendentes, por cabeça ou por estirpe, conforme se achem ou não no mesmo grau.

Haverá partilha por estirpe se o quinhão for atribuído aos descendentes em razão de direito de representação do herdeiro pré-morto, indigno ou deserddado em concorrência com os herdeiros da mesma classe e grau.

Importante frisar que os descendentes são herdeiros necessários. Assim, pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima, conforme previsto no artigo 1.845 e 1.846, ambos do Código Civil.⁴⁹

1.5.1.3 Sucessão do ascendente

Na ausência de descendentes do *de cujus*, os ascendentes receberão a totalidade da herança. Nesse sentido, o artigo 1.836', primeira parte do *caput* do Código Civil dispõe que: "Na falta de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes".⁵⁰

Também, neste caso, não há limitação do grau de parentesco, em virtude de que a sucessão se dará em linha reta infinita, isto é, poderão ser chamados a suceder o autor da herança seus pais, avós, bisavós e assim sucessivamente.

J. M. Leoni ensina que "a partilha por linhas dá-se somente em relação à sucessão dos *ascendentes*. Consiste em dividir a herança em duas partes iguais: uma destinada à linha dos

⁴⁹VadeMecumJusPodivm. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 288.

⁵⁰VadeMecumJusPodivm. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 287.

ascendentes *paternos*, outra entregue para os ascendentes *maternos*, desde que todos sejam do *mesmo grau*”.⁵¹

Como se aplica a regra segundo a qual os parentes de grau mais próximo excluem o de grau mais remoto, se por ocasião da abertura da sucessão os pais do autor da herança estiverem vivos, o patrimônio deixado por ele deverá ser dividido em partes iguais entre seu pai e sua mãe.

Neste caso, descarta-se a possibilidade de concorrência sucessória do cônjuge a qual será doravante examinada. A situação se modifica em caso de ausência de ascendentes em linha reta em primeiro grau, caso em que a herança será distribuída entre os ascendentes do grau subsequente.

Neste caso, será modificado o modo de partilhar, esta, se dará por linha, assim entendida como a linhagem materna e a linhagem paterna quando houver concorrência dos ascendentes do falecido no mesmo grau, conforme disposto no § 2.º do artigo 1.836 do Código Civil. Separa-se referida linha paterna e a linha materna, atribuindo a cada uma delas a metade da herança deixada pelo falecido. Sobrevivendo os quatro avós, cada um vai receber ¼ da herança.⁵²

Porém, havendo ascendentes em graus distintos, não poderá haver direito de representação, por proibição expressa do artigo 1.852 do Código Civil.

1.5.1.4 Sucessão do cônjuge

Na vigência do Código Civil de 1916, o cônjuge situava-se como terceiro na ordem de vocação hereditária, sendo titular dos bens deixados pelo *de cuius* apenas na falta de descendentes e ascendentes.

Durante o vigor do antigo Código Civil, verificava-se a ausência do sistema de concorrência. Conferia-se ao cônjuge sobrevivente o direito ao usufruto sobre os bens inventariados.

Deste modo, durante o tempo enquanto durasse a viuvez do cônjuge e se o regime de bens não era o da comunhão universal, o usufruto incidia sobre a quarta parte dos bens do falecido, se houvesse filhos deste ou do casal, e sobre a metade, no caso de existirem apenas parentes em linha reta ascendente.

⁵¹ José Maria Leoni Lopes de Oliveira. Direito civil: sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 354.

⁵² Maria Berenice Dias, Manual das sucessões, 2008, p. 130.

No Código Civil de 2002 é ampla a proteção conferida ao cônjuge. Ele continua como terceiro na ordem de vocação hereditária. Entretanto, ele passou a concorrer com os herdeiros que o antecedem, podendo ser contemplado com uma cota maior do que for atribuída a seus filhos pela reserva da quarta parte na herança, possui direito real de habitação e ainda foi alçado à categoria de herdeiro necessário.

Porém, se não houver ascendentes e nem descendentes, o cônjuge sobrevivente recolherá a totalidade da herança deixada pelo cônjuge falecido, conforme preceitua o artigo 1.838 do Código Civil: “em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente”.⁵³

J. M. Leoni ensina que:⁵⁴

Tal disposição legal se aplica ao companheiro em virtude do tratamento isonômico atribuído ao companheiro em relação ao cônjuge, consoante posicionamento do STF que reconheceu, por maioria, no RE 878.694/MG a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC, com a tese de que: “*No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002*”.

A única restrição feita ao cônjuge foi determinada pelo artigo 1.830 do Código Civil:⁵⁵

Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

Devem ser feitas algumas ressalvas no que concerne este dispositivo. A primeira diz respeito à referência feita aos cônjuges separados judicialmente, pois, após a entrada em vigor da Lei 11.441/2007, que alterou alguns artigos do antigo Código de Processo Civil e que foi confirmada pelo artigo 733 do atual Código de Processo Civil, a separação consensual e o divórcio consensual, desde que não haja filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, passaram a ser admitidos quanto à possibilidade da realização do feito por meio de escritura pública no Tabelionato de Notas.

A segunda ressalva a ser feita concerne à fixação de excessivo prazo de separação de fato para que o cônjuge não seja considerado herdeiro do autor da herança.

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona discordam do prazo. Vejamos as suas lições:⁵⁶

⁵³VadeMecumJusPodivm. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 287.

⁵⁴José Maria Leoni Lopes de Oliveira. Direito civil: sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 367.

⁵⁵VadeMecumJusPodivm. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 287.

“discordamos, outrossim, da menção ao prazo mínimo de dois anos. Na medida em que, como se sabe, a união estável, pode configurar-se a qualquer tempo, não é razoável estabelecer-se um lapso mínimo de separação de fato – como *conditio sine qua non* que para a legitimidade sucessória – se antes mesmo da consumação do biênio, a parte já pode ter formado outro núcleo familiar”

No mesmo entendimento, Francisco José Cahali critica o prazo de separação de fato de dois anos quando diz que “a menção ao prazo de dois anos está em desarmonia com o art. 1.723 do próprio Código Civil, que não exige qualquer prazo para a união estável”.⁵⁷

Assim, preceitua o artigo 1.723, § 1.º, do Código Civil que a união estável poderá se constituir se a pessoa casada se encontrar separada de fato ou judicialmente.

Diante disso, surge a questão a respeito da titularidade dos bens do *de cuius*. Não obstante as divergências, consolidou-se que apenas o companheiro seria o proprietário dos bens do autor da herança, visto que o Código Civil não estabeleceu qualquer prazo de convivência para que se caracterize união estável, mas apenas que ela seja pública, contínua, duradoura e com objetivo de constituir família.

1.5.2 Sucessão testamentária

A origem da sucessão testamentária está no Direito Romano, mais especificadamente na Lei das XII Tábuas. Em Roma, era motivo de vergonha se alguém da família morresse sem deixar testamento.⁵⁸

Maria Berenice Dias define a *sucessão testamentária* como “transmissão da herança por meio do testamento. Ocorre quando houve manifestação de vontade da pessoa – claro que enquanto viva estava – elegendo quem deseja que fique com seu patrimônio depois de sua morte”.⁵⁹

Carlos Roberto Gonçalves esclarece que “a *sucessão testamentária* dá-se por disposição de última vontade”.⁶⁰

Embora o autor da herança tenha liberdade para dispor de seu patrimônio, a disposição patrimonial transmitida por meio de testamento não poderá ultrapassar ao montante de 50%

⁵⁶ Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona apud Flavio Tartuce. Direito Civil: direito das sucessões. 11. ed. rev., atual. eampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 224.

⁵⁷ Francisco José Cahali apud Flavio Tartuce. Direito Civil: direito das sucessões. 11. ed. rev., atual. eampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 225

⁵⁸ Cassetari, Christiano. Elementos de Direito Civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 834-835.

⁵⁹ Maria Helena Diniz apud Maria Berenice Dias. Manual das sucessões. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2008. p. 108.

⁶⁰ Carlos Roberto Gonçalves. Direito Civil Brasileiro. v. 7. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 43.

(cinquenta por cento) quando houver herdeiros necessários, uma vez que a lei resguarda o direito de sucessão de tais herdeiros.

Assim, aduz o artigo 1.789 do Código Civil que “havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor de metade da herança”.

Entretanto, se as disposições testamentárias ultrapassarem a parte disponível serão reduzidas aos limites dela, em conformidade com o disposto no seguinte artigo do Código Civil:

Art. 1.967. As disposições que excederem a parte disponível reduzir-se-ão aos limites dela, de conformidade com o disposto nos parágrafos seguintes.

§ 1º Em se verificando excederem as disposições testamentárias a porção disponível, serão proporcionalmente reduzidas as quotas do herdeiro ou herdeiros instituídos, até onde baste, e, não bastando, também os legados, na proporção do seu valor.

§ 2º Se o testador, prevenindo o caso, dispuser que se inteirem, de preferência, certos herdeiros e legatários, a redução far-se-á nos outros quinhões ou legados, observando-se a seu respeito a ordem estabelecida no parágrafo antecedente.

Desse modo, entende-se por sucessão testamentária a transmissão de bens e obrigações por meio de um instrumento, chamado de testamento, mediante o qual pode ser disposto pelo autor a totalidade ou parte de sua herança, desde que respeitados os limites pertencentes aos herdeiros legítimos.

1.5.2.1 Conceito e características do testamento

O Testamento é utilizado como instrumento de manifestação de atos de última vontade, a fim de dispor de questões patrimoniais e não patrimoniais.

Schreiber conceitua-o como “negócio jurídico unilateral e gratuito, de caráter personalíssimo, revogável a qualquer tempo, pelo qual uma pessoa dispõe de seus bens para depois de sua morte, o faz outras declarações de última vontade”.⁶¹

Pablo Stolze convalida o conceito ao afirmar que:⁶²

Um testamento, portanto, nada mais é do que um negócio jurídico pelo qual alguém, unilateralmente, declara a sua vontade, segundo pressupostos de existência, validade e eficácia, com o propósito de dispor, no todo ou em parte, dos seus bens, bem como de determinar diligências de caráter não patrimonial para depois da sua morte.

⁶¹Schreiber, Anderson. Manual de Direito Civil Contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 961.

⁶²Gagliano, Pablo Stolze. Pamplona Filho, Rodolfo. Manual de Direito Civil: volume único. 1. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1551.

No conceito de Ulpiano, testamento é o testemunho justo da nossa mente, feito de forma solene, para produzir efeitos depois da morte.⁶³

Já para Ruggiero, o conceito de testamento significa:⁶⁴

“[...] disposição de última vontade, pela qual uma pessoa regula o destino do seu patrimônio depois de sua morte, e regula as relações jurídicas para o tempo, em que já não exista, vontade suprema que vigora quando o sujeito desapareceu e que, precisamente por isso, mais do que qualquer outra declaração, exige respeito e impõe escrupulosa obediência”.

Apesar da finalidade do testamento ser a disposição patrimonial, questões de cunho não patrimonial são válidas, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado, conforme previsão legal do artigo 1.857, § 2.º, do Código Civil.

Nesse sentido, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald ensinam que:⁶⁵

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

A partir de todos esses ensinamentos, entende-se o testamento por um negócio jurídico personalíssimo, unilateral, solene e revogável, por meio do qual, o titular da herança dispõe atos de última vontade, podendo possuir tanto conteúdo patrimonial quanto não patrimonial, para produzir efeitos após sua morte, sendo assim, uma expressão do exercício da autonomia privada.

Pois bem, o negócio jurídico testamentário possui características que devem ser observadas, as quais serão abordadas a seguir:

a) Solenidade: O testamento possui formalidades previstas em lei a serem respeitadas, sob pena de nulidade do instrumento. Isto é, são formalidades *ad solemnitatem*, por serem essenciais à validade do ato negocial, não se restringindo a servir como prova do negócio.⁶⁶

⁶³Ulpiano apud Cassettari, Christiano. Elementos de Direito Civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 835.

⁶⁴ Ruggiero apud Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald. Curso de Direito Civil. v. 7. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 397.

⁶⁵ Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald. Curso de Direito Civil. v. 7. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 398.

⁶⁶ Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald. Curso de Direito Civil. v. 7. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 408.

A rigidez formal do Testamento tem por objetivo aumentar a segurança de sua autenticidade, bem como garantir a liberdade do testador de decidir o destino do seu patrimônio.

Contudo, a rigidez deve ser apreciada de forma atenuada, a fim de que o testamento seja invalidado pela não observância de algum requisito formal.

A jurisprudência do STJ entende que:⁶⁷

“O testamento é um ato solene que deve submeter-se a numerosas formalidades que não podem ser descuradas ou postergadas, sob pena de nulidade.
Mas todas essas formalidades não podem ser consagradas de modo exacerbado, pois a sua exigibilidade deve ser acentuada ou minorada em razão da preservação dos dois valores a que elas se destinam – razão mesma de ser do *testamento* –, na seguinte ordem de importância: o primeiro, para assegurar a vontade do testador, que já não poderá mais, após o seu falecimento, por óbvio, confirmar a sua vontade ou corrigir distorções, nem explicitar o seu querer que possa ter sido expresso de forma obscura ou confusa; o segundo. Para proteger o direito dos herdeiros do testador, sobretudo dos seus filhos.”(STJ, Ac. Unân. 4ª T., REsp. 302.767/PR, Rel. Min. César Asfor Rocha, j. 5.6.01, DJU 24.9.01, p. 313)

Portanto, é necessário conciliar a rigidez da forma da com o respeito e o atendimento às manifestações de vontade do testador.

b) Personalíssimo: É um ato personalíssimo, privativo do autor da herança², ou seja, apenas o testador pode manifestar a sua vontade, sendo vedado que a declaração seja realizada por representação ou sofra influência alheia.

Sem dúvida, somente o próprio titular do patrimônio pode deliberar sobre o seu destino, para além de seu falecimento. Ninguém mais. É a chamada *autofeiturado testamento*.⁶⁸

Proclama, a propósito, o artigo 1.858 do Código Civil que “o testamento é ato personalíssimo, podendo ser mudado a qualquer tempo”.⁶⁹

Tal característica, não impede que o testador solicite que um terceiro redija o testamento, desde que siga suas orientações e sejam observadas as formalidades dispostas no *caput* e incisos do artigo 1.868 do Código Civil, a saber:⁷⁰

Art. 1.868. 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:

⁶⁷ STJ, Ac. Unân. 4ª T., REsp. 302.767/PR, Rel. Min. César Asfor Rocha, j. 5.6.01, DJU 24.9.01, p. 313. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7927730/recurso-especial-resp-302767-pr-2001-0013413-0-stj>>. Acesso em 20 de novembro de 2018.

⁶⁸ Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal. Curso de Direito Civil. v. 7. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 406.

⁶⁹ VadeMecumJusPodivm. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 288.

⁷⁰ VadeMecumJusPodivm. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 289.

- 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.

Assim, o titular do patrimônio é quem tem o direito de definir como seus bens serão herdados.

c) Revogável: Segundo o Código Civil Brasileiro de 2002, o testamento pode ser revogado a qualquer momento pelo mesmo modo e forma como pode ser feito.⁷¹

A revogação do instrumento pode ser total ou parcial.⁷² Se parcial, ou se o testamento posterior não contiver cláusula revogatória expressa, o anterior subsiste em tudo o que não for contrário ao posterior.⁷³

Além disso, quanto aos efeitos da revogação do testamento, o Código Civil em seu artigo 1.971 dispõe que:⁷⁴

Art. 1.971. A revogação produzirá efeitos, ainda quando o testamento, que a encerra, vier a caducar por exclusão, incapacidade ou renúncia do herdeiro nele nomeado; não valerá, se o testamento revogatório for anulado por omissão ou infração de solenidades essenciais ou por vícios intrínsecos.

Farias e Rosenvaldorientam: “sobre a revogação do testamento, inclusive, vale o destaque de não se exigir qualquer formalidade essencial. Basta a clara manifestação de vontade do titular, consubstanciando a sua autonomia privada”.⁷⁵

Por outro, no que se refere a revogabilidade do ato de última vontade, há exceção. Por exemplo, o reconhecimento de filhos havidos fora do casamento é irrevogável, ainda que incidentalmente manifestado no testamento, conforme previsto no artigo 1.609, inciso III e artigo 1.610 do Código Civil.

d) Unilateral: É um negócio jurídico unilateral, pois não há possibilidade de duas ou mais pessoas manifestarem no mesmo testamento declarações de última vontade; “basta a vontade de uma só parte”.⁷⁶

⁷¹ Artigo 1.969 do Código Civil. VadeMecumJusPodivm. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 293.

⁷² Artigo 1.970 do Código Civil. VadeMecumJusPodivm. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 293.

⁷³ Artigo 1.970, parágrafo único do Código Civil. VadeMecumJusPodivm. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 293.

⁷⁴ VadeMecumJusPodivm. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 293.

⁷⁵ Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald. Curso de Direito Civil. v. 7. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 410.

⁷⁶ José Maria Leoni Lopes de Oliveira, Direito civil: sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 459.

Pontes de Miranda descreve muito bem tal característica do testamento:⁷⁷

“Trata-se de declaração *unilateral* de vontade, não receptícia (não existe qualquer aceitante ou recebedor da declaração de última vontade). Ninguém é comparsa, ou destinatário. No testamento público ou no testamento cerrado, o tabelião recebe o que se lhe dita, sem participar do negócio jurídico em si: inscreve, quiçá escreva pelo testador. Mero instrumento, com funções acauteladoras. Tanto assim que poderia o disponente escrever o testamento particular: seria válido. A sombra que se vê, o outro polo da relação jurídica, é a mesma dos outros negócios jurídicos unilaterais, nos direitos reais, nas aquisições não consensuais da propriedade. A voz social, que obriga ao prometido, ou faculta a disposição, ou reconhece o nascer do direito de propriedade. Por isso mesmo, para ser válido o testamento, não é de mister que dele se saiba: opera os seus efeitos, à abertura da sucessão, ainda que os herdeiros e legatários nada saibam. Mas ainda: não é preciso, para sua perfeição, que faleça o testador, menos ainda que nas cláusulas consintam os beneficiados, o que importa é que o testador tenha capacidade para fazê-lo e o faça dentro da lei. Tanto ele independe da morte, ou de qualquer ato de outrem, que se lhe há de aplicar, e só se lhe pode exigir, a lei do tempo em que foi feito. Enlouqueça o testador, mude-se a legislação, nada importa: estava *perfeito* quando se fez”

e) Gratuito: o testador não pode visar vantagens, mas pode condicioná-lo a eventos futuros.

1.5.2.2 Capacidade testamentária

De acordo com o atual Código Civil, podem testar os maiores de 16 (dezesesseis) anos. Além da idade, o testador deverá no ato de fazê-lo ter pleno discernimento.

A legitimidade testamentária ativa (capacidade para testar) conferida pela lei àqueles que possui idade entre 16 e 18 anos não deve ser confundida com a capacidade para praticar os demais atos da vida civil, visto que se trata de uma capacidade especial.

Assim, não se faz necessário ao maior de 16 e menor de 18 anos a assistência de seus representantes legais para realizar a declaração dos atos de última vontade por meio do testamento.

Pablo Stolze salienta que “o reconhecimento legal da capacidade de testar do maior de 16 anos implica, sem dúvida, a desnecessidade da assistência para a sua realização, já que juridicamente, isso seria um contrassenso, dado o caráter personalíssimo do testamento”.⁷⁸

No que diz respeito a incapacidade testamentária, não podem testar os incapazes e as pessoas que no ato de fazê-lo, não estarem em pleno gozo de suas faculdades mentais.

⁷⁷ Pontes de Miranda apud Flavio Tartuce. Direito civil: direito das sucessões. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p 368-369.

⁷⁸ Gagliano, Pablo Stolze. Pamplona Filho, Rodolfo. Manual de Direito Civil: volume único. 1. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1556.

Ademais, cumpre ressaltar que a regra aplicável é a do momento em que está sendo celebrado o negócio jurídico testamentário.

Tartuce justifica ao pontificar:⁷⁹

[...] a incapacidade superveniente do testador, manifestada após a sua elaboração, não invalida o testamento (art. 1.861 do CC/2002). Isso porque, quanto ao plano da validade, deve ser analisada a realidade existente quando da constituição ou celebração do negócio. Além disso, pelo mesmo comando, o testamento do incapaz não se valida com a superveniência da capacidade. Nesse *último* caso, será necessário fazer outro testamento para que a disposição de *última vontade* tenha concreção de eficácia.

Em razão disso, o artigo 1.861 do Código Civil estabelece que a incapacidade superveniente do testador não invalida o testamento, nem o testamento do incapaz se valida com a superveniência da capacidade.

1.5.2.3 Espécies de testamento

1.5.2.3.1 Testamento particular

Denominado pela grande maioria dos ordenamentos que o disciplinam de *hológrafo* (*olographe*, em língua francesa, ou *eigenhändiges*, em alemão), o testamento particular é o mais simplificado de todos os tipos de testamento previstos em nosso sistema.⁸⁰

Para Flávio Tartuce, é “a forma mais acessível de testamento, pois é a que apresenta a menor quantidade de formalidades, não sendo essencial a presença do notário ou tabelião para que seja elaborado”.⁸¹

O testamento particular pode ser escrito de próprio punho ou mediante processo mecânico conforme previsto no artigo 1.876 do Código Civil.

Em qualquer das duas hipóteses, deverão ser cumpridos os requisitos essenciais à validade do testamento particular. Se o testamento for escrito de próprio punho, deverá ser realizada a leitura do instrumento testamentário pelo próprio autor na presença de pelo menos três testemunhas, e ao final, ser assinado pelo testador e subscrito pelas testemunhas, conforme disposição expressa do §1.º, do artigo 1.876, do Código Civil.⁸²

⁷⁹ Flávio Tartuce. Direito civil: direito das sucessões. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 375.

⁸⁰ Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, 2018, p. 438

⁸¹ Flávio Tartuce. Direito civil: direito das sucessões. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 408.

⁸² Vade Mecum JusPodivm. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 289.

Art. 1.876. O testamento particular pode ser escrito de próprio punho ou mediante processo mecânico.

§ 1º Se escrito de próprio punho, são requisitos essenciais à sua validade **seja lido e assinado por quem o escreveu, na presença de pelo menos três testemunhas, que o devem subscrever. (grifei)**

Porém, se o testamento for redigido por meio mecânico, “não pode conter rasuras ou espaços em branco, devendo ser assinado pelo testador, depois de o ter lido na presença de pelo menos três testemunhas, que o subscreverão”, conforme §2.º, do artigo 1.876, do Código Civil.

No que diz respeito às testemunhas, de acordo com o artigo 228 do Código Civil, não podem ser admitidos:

- a) Os menores de 16 (dezesesseis) anos;
- b) O interessado no litígio, o amigo íntimo ou o inimigo capital das partes;
- c) Os cônjuges, os ascendentes, os descendentes e os colaterais, até o terceiro grau de alguma das partes, por consanguinidade, ou afinidade.

Quanto à pessoa com deficiência, o §2.º do artigo 228 do Código Civil dispõe que “poderá testemunhar em igualdade de condições com as demais pessoas, sendo-lhe assegurados todos os recursos de tecnologia assistiva”.

O artigo 228 do Código Civil aduz, ainda, em seu §1.º que o juiz pode admitir o depoimento das testemunhas para a prova de fatos que somente elas conheçam.

Pois bem, após a morte do testador, de acordo com o artigo 1.877 do Código Civil, será publicado em juízo o instrumento testamentário com citação dos herdeiros legítimos.

O requerimento da publicação do testamento particular pode ser feito pelos legitimados descritos no *caput* do artigo 737 do Código de Processo Civil.⁸³

Art. 737. A publicação do testamento particular poderá ser requerida, depois da morte do testador, pelo **herdeiro**, pelo **legatário** ou pelo **testamenteiro**, bem como pelo **terceiro detentor do testamento**, se impossibilitado de entregá-lo a algum dos outros legitimados para requerê-la. **Grifei**

Disciplina ainda o artigo 737 do Código de Processo Civil em seu § 1.º que os herdeiros que não tiverem requerido a publicação do testamento serão intimados.

Leoni leciona que a intimação que se refere no artigo anterior, “é para a *audiência de inquirição das testemunhas* que firmaram o testamento particular”.⁸⁴

⁸³VadeMecumJusPodivm. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 418.

⁸⁴ José Maria Leoni Lopes de Oliveira. Direito civil: sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 526.

Dessa forma, de acordo com o artigo 1.878, *caput*, do Código Civil, para que o testamento seja confirmado, é necessário que as testemunhas perante o juiz, confirmem que a leitura do testamento foi feita de forma simultânea às três testemunhas, reconheçam as suas próprias assinaturas, bem como a do testador.

No entanto, segundo o parágrafo único do artigo 1.878 do Código Civil, “se faltarem testemunhas, por morte ou ausência, e se pelo menos uma delas o reconhecer, o testamento poderá ser confirmado, se, a critério do juiz, houver prova suficiente de veracidade”.

No entanto, se em circunstâncias excepcionais o testamento for elaborado e assinado sem a presença de testemunhas, desde que tais situações sejam especificadas na cédula, poderá o juiz, confirmar o testamento, conforme previsto no artigo 1.879 do Código Civil:

Art. 1.879. Em circunstâncias excepcionais declaradas na cédula, o testamento particular de próprio punho e assinado pelo testador, sem testemunhas, poderá ser confirmado, a critério do juiz.

Ademais, a jurisprudência superior promoveu importante flexibilização no tocante às testemunhas:

"RECURSO ESPECIAL. TESTAMENTO PARTICULAR. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. ARTIGOS 458 E 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. ATO JURÍDICO PERFEITO. OFENSA NÃO CONFIGURADA. ASSINATURA DO TESTADOR. REQUISITO ESSENCIAL DE VALIDADE. ABRANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Cuida-se de procedimento especial de jurisdição voluntária consubstanciado em pedido de abertura e registro de testamento particular.

2. Cinge-se a controvérsia a determinar se pode subsistir o testamento particular formalizado sem todos os requisitos exigidos pela legislação de regência, no caso, a assinatura do testador e a leitura perante as testemunhas.

3. **A jurisprudência desta Corte tem flexibilizado as formalidades prescritas em lei no tocante às testemunhas do testamento particular quando o documento tiver sido escrito e assinado pelo testador e as demais circunstâncias do autos indicarem que o ato reflete a vontade do testador.**

4. No caso dos autos, o testamento é apócrifo, não sendo, portanto, possível concluir, de modo seguro, que o testamento redigido de próprio punho exprime a real vontade do testador.

5. Recurso especial provido."

(REsp n. 1.444.867/DF, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe de 31/10/2014.) **Grifei**

Por fim, importante ressaltar que o testamento particular pode ser escrito em língua estrangeira, contanto que as testemunhas a compreendam, é o que dispõe o artigo 1.880 do Código Civil. Entretanto, depois de publicado, o que só ocorre depois da morte do testador, precisa ser traduzido por tradutor juramentado.⁸⁵

⁸⁵ Maria Berenice Dias, Manual das sucessões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 352.

Desse modo, verifica-se que o mecanismo de elaboração do testamento particular é realizado de forma simplificada, garantindo ao testador uma forma de testar mais acessível e econômica.

1.5.2.4.2 Testamento público

Schreiber conceitua testamento público como: “também chamado de testamento aberto ou testamento autêntico, é aquele em que as declarações do testador são tomadas por oficial público em livro de notas, perante duas testemunhas”.⁸⁶

O testamento público, para Tartuce, “é aquele que traz maior segurança para as partes envolvidas, pois lavrado pelo Tabelião de Notas ou por seu substituto, que recebe as declarações do testador ou autor da herança”.⁸⁷

A elaboração dessa modalidade de testamento exige o cumprimento de alguns requisitos. Tais requisitos estão previstos no artigo 1.864 do Código Civil, a saber:

- a) Ser escrito por tabelião ou por seu substituto legal em seu livro de notas, de acordo com as declarações do testador, podendo este servir-se de minuta, notas ou apontamentos, conforme disposto no inciso I do artigo 1.864 do Código Civil;
- b) Lavrado o instrumento, ser lido em voz alta pelo tabelião ao testador e a duas testemunhas, a um só tempo; ou pelo testador, se o quiser, na presença destas e do oficial, de acordo com o que está disposto no inciso II do artigo 1.864 do Código Civil;
- c) Ser o instrumento, em seguida à leitura, assinado pelo testador, pelas testemunhas e pelo tabelião, assim dispõe o inciso III do artigo 1.864 do Código Civil.

Preliminarmente, vale ressaltar que os requisitos do testamento público são essenciais para sua validade.

O primeiro requisito cuida da pessoa especializada que irá redigir o testamento público no livro de notas. Tal competência está prevista no inciso II, do artigo 7.º da Lei nº 8.935/1994 (Lei dos Cartórios):

Art. 7º Aos tabeliães de notas compete com exclusividade:

- I - lavrar escrituras e procurações, públicas;
- II - lavrar testamentos públicos e aprovar os cerrados;**
- III - lavrar atas notariais;
- IV - reconhecer firmas;

⁸⁶Schreiber, Anderson. Manual de Direito Civil Contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 966.

⁸⁷ Flavio Tartuce. Direito civil: direito das sucessões. 11. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 384.

V - autenticar cópias. **Grifei**

Além do mais, a Lei dos Cartórios dispõe ainda, em seu artigo 20, § 4.º, que “os substitutos poderão, simultaneamente com o notário ou o oficial de registro, praticar todos os atos que lhe sejam próprios exceto, nos tabelionatos de notas, lavrar testamentos”.

Apesar da Lei nº 8.935/1994 estabelecer a competência exclusiva do Tabelião de Notas para lavrar testamentos públicos, bem como a proibição da prática de tais atos por seus substitutos legais, o Código Civil de 2002 em seu artigo 1.864, inciso I, permite que o substituto legal do tabelião também tenha competência para a prática da lavratura do testamento público.

Acerca do conflito entre a lei especial e o Código Civil, doutrina Zeno Veloso:⁸⁸

“com a entrada em vigor deste Código Civil, admitindo que o substituto escreva o testamento público, fica revogada, nesta parte, a Lei n. 8.935/1994, pois a norma que ela exprime é incompatível com a posterior (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – antiga Lei de Introdução ao Código Civil, art. 2.º, § 1.º)”

Dessa maneira, vislumbra-se que o dispositivo que trata da competência exclusiva para lavrar testamentos públicos ficou tacitamente revogado pelo atual Código Civil.

No que diz respeito ainda das autoridades competentes para lavratura do instrumento testamentário público, Leoni de Oliveira ensina que:⁸⁹

O testamento público também pode ser lavrado pelas autoridades consulares brasileiras, a teor do disposto no art. 18 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Trata-se de testamento público que, portanto, deve obedecer aos mesmos requisitos previstos para o testamento público no CC.

Continuando os estudos dos requisitos do testamento público, sobre o segundo requisito, Leoni de Oliveira explica:⁹⁰

O segundo requisito legal para validade do testamento público exige que, após escrever o testamento, ele seja lido em voz alta pelo tabelião. Essa leitura será simultaneamente, *a um só tempo*, no dizer da lei, na presença do testador e de duas testemunhas. A presença das duas testemunhas também serve para dar garantia de que o testamento foi celebrado atendendo-se à livre manifestação de vontade do testador. Mas a lei faculta que a leitura do testamento seja feita pelo próprio testador, na presença de duas testemunhas e do oficial de notas.

⁸⁸ Zeno Veloso apud Flavio Tartuce. Direito civil: direito das sucessões. 11. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 387.

⁸⁹ José Maria Leoni Lopes de Oliveira, Direito civil: sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 508.

⁹⁰ José Maria Leoni Lopes de Oliveira, Direito civil: sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 508.

Assim, percebe-se que a leitura em voz alta tem por finalidade averiguar se o que foi escrito no livro de notas pelo tabelião (ou seu substituto) corresponde com a vontade do testador.

Por fim, o terceiro requisito trata da aprovação e confirmação do conteúdo do instrumento testamentário lançado no livro de notas, a qual será realizada por meio da assinatura do testador, das testemunhas e do tabelião.

Todavia, se o testador não souber, ou não puder assinar, o tabelião ou seu substituto legal assim o declarará, assinando, neste caso, pelo testador, e, a seu rogo, uma das testemunhas instrumentárias, conforme determina o artigo 1.865 do Código Civil.

Nos casos em que o indivíduo for inteiramente surdo, sabendo ler, lerá o seu testamento, e, se não o souber, designará quem o leia em seu lugar, presentes as testemunhas, de acordo com o artigo 1.866 do Código Civil.

Quanto ao cego, que somente à ele é permitido o testamento público, será lido, em voz alta, duas vezes, uma pelo tabelião ou por seu substituto legal, e a outra por uma das testemunhas, designada pelo testador, fazendo-se de tudo circunstanciada menção no testamento, de acordo com o artigo 1.867 do Código Civil.

Importante frisar que o testamento público pode ser escrito manualmente ou mecanicamente, bem como ser feito pela inserção da declaração de vontade em partes impressas de livro de notas, desde que rubricadas todas as páginas pelo testador, se mais de uma, de acordo com o parágrafo único do artigo 1.864 do Código Civil.

1.5.2.5 Revogação do Testamento

Segundo Leoni Lopes de Oliveira, “*revogação do testamento é o ato pelo qual o testador manifesta, expressa ou tacitamente, a vontade de torná-lo sem efeito, total ou parcialmente*”.⁹¹

Clóvis Beviláquacorrobora com o conceito quando ensina que: “a revogação testamentária é o ato pelo qual se manifesta uma vontade contrária a que se acha expressa no testamento, o qual por isso, se torna ineficaz”.⁹²

Em outras palavras, a revogação de um testamento invalida a manifestação do próprio testador emitida anteriormente à nova declaração de vontade.

⁹¹ José Maria Leoni Lopes de Oliveira, *Direito civil: sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 699.

⁹² Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, 2018, p. 525.

Dessa maneira, o artigo 1.868 do Código Civil diz de forma expressa que “o testamento é ato personalíssimo, podendo ser mudado a qualquer tempo”.⁹³

O testamento pode ser revogado pelo mesmo modo e forma como pode ser feito, conforme está disposto no artigo 1.969 do Código Civil.

Nesse sentido, Fábio Ulhoa Coelho ensina:⁹⁴

“a revogação do testamento veicula-se por qualquer uma das formas pelas quais o ato pode ser praticado. Um testamento público pode ser revogado por um cerrado e vice-versa. Para ter o feito revogatório, contudo, o documento deve ser elaborado com a forma e formalidades da lei. Caso contrário, será inválido e, portanto, não terá o efeito desconstitutivo pretendido”.

Além do mais, de acordo com o artigo 1.970 do Código Civil, a revogação do testamento pode ser total ou parcial. Na primeira, o novo testamento revoga totalmente as disposições testamentárias do antigo testamento. Enquanto que na parcial, a revogação é feita apenas em partes do instrumento testamentário.

O Código Civil ainda estabelece no artigo 1.970, parágrafo único, que: “se parcial, ou se o testamento posterior não contiver cláusula revogatória expressa, o anterior subsiste em tudo que não for contrário ao posterior”.

Além disso, “a revogação produzirá seus efeitos, ainda quando o testamento, que a encerra, vier a caducar por exclusão, incapacidade ou renúncia do herdeiro nele nomeado; não valerá, se o testamento revogatório for anulado por omissão ou infração de solenidades essenciais ou por vícios intrínsecos, de acordo com o artigo 1.971 do Código Civil.

2 TESTAMENTO VITAL

2.1 CONCEITO DE TESTAMENTO VITAL

Antes de adentrar no tema, cabe esclarecer que o Testamento Vital não se confunde com o Testamento Civil, uma vez que o Testamento Civil trata principalmente de questões patrimoniais e produz efeito *post mortem*, ou seja, os efeitos do instrumento testamentário são gerados somente após o óbito do testador. Enquanto que o Testamento Vital, cuida da manifestação antecipada de vontade do paciente frente à submissão ou não dos tratamentos médicos futuros, gerando efeitos ainda em vida.

⁹³VadeMecumJusPodivm. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 289.

⁹⁴Fabio Ulhoa apud Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald. 2018, p.525.

Luiz Paulo Vieira de Carvalho pontua que:⁹⁵

“o testamento vital ou biológico não traduz uma disposição de última vontade, e sim em um negócio jurídico *inter vivos* de conteúdo não patrimonial, pelo qual a pessoa natural, alicerçada na autonomia privada, no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, inciso III, da CRFB) e nas autorizações normativas acerca da liberdade que tem para se decidir sobre a própria saúde e o tratamento a que se deseja submeter ou não (arts. 1.º, inciso II, 5.º, II, III, IV, VIII e X, ambos da CRFB, arts. 13, 14 e 15 do CC e Lei 9.434/1997), antecipa manifestação de vontade nesse campo, de molde a evitar eventual impossibilidade física de fazê-lo ulteriormente”

Pois bem, esclarecida tal questão, vamos ao estudo em questão.

Inicialmente vale ressaltar que Testamento Vital não é sinônimo de diretivas antecipadas e nem de mandato duradouro.

Dadalto ensina que “as diretivas antecipadas (*advanced care documents*), tradicionalmente, têm sido entendidas como gênero do qual são espécies o testamento vital (*living will*) e o mandato duradouro (*durable power attorney*)”.⁹⁶

Nesse sentido, Dadalto conceitua mandato duradouro como:⁹⁷

O mandato duradouro é um documento no qual o paciente nomeia um ou mais “procuradores” que deverão ser consultados pelos médicos em caso de incapacidade do paciente – definitiva ou não, quando estes tiverem que tomar alguma decisão sobre recusa de tratamento. O Procurador de saúde decidirá tendo como base a vontade do paciente.

Quanto ao testamento vital, Luciana Dadalto conceitua-o da seguinte forma:⁹⁸

[...] um documento de manifestação de vontades pelo qual uma pessoa capaz manifesta seus desejos sobre suspensão de tratamentos, a ser utilizado quando o outorgante estiver em estado terminal, em EVP ou com uma doença crônica incurável, impossibilitado de manifestar livre e conscientemente sua vontade.

Roxana Cardoso Brasileiro Borges corrobora ao conceituar o instituto como:⁹⁹

O documento em que a pessoa determina, de forma escrita, que tipo de tratamento ou não tratamento deseja para a ocasião em que se encontrar doente, em estado incurável ou terminal, e incapaz de manifestar sua vontade.

⁹⁵Flavio Tartuce. Direito civil: direito das sucessões. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 430.

⁹⁶Dadalto, Luciana. Testamento vital. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 88.

⁹⁷Dadalto, Luciana. Testamento vital. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 91.

⁹⁸Dadalto, Luciana. Testamento vital. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 97.

⁹⁹Roxana Cardoso Brasileiro Borges apud Flavio Tartuce. Direito civil: direito das sucessões. 11. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 424.

Para Lippmann, o testamento vital “é uma **declaração escrita** da vontade de um paciente quanto aos tratamentos aos quais ele não deseja ser submetido caso esteja impossibilitado de se manifestar”.¹⁰⁰

Por fim, o Enunciado 528 da V Jornada do Conselho da Justiça Federal dispõe que:¹⁰¹

[...] a declaração de vontade expressa em documento autêntico, também chamado de “testamento vital” [...] estabelece acerca de disposições sobre o tipo de tratamento de saúde, ou não tratamento, que deseja no caso de se encontrar sem condições de manifestar a sua vontade.

Quanto à Resolução do Conselho Federal de Medicina de nº 1995/2012, esta por sua vez define em seu artigo 1.º as diretivas antecipadas de vontade como: “o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade”.

Dadalto disserta ainda que a nomenclatura testamento vital é fruto de errôneas e sucessivas traduções de *living will*, sendo a tradução mais adequada a *disposição de vontade de vida*, ou ainda, *desejos de vida*.¹⁰²

Dessa forma, entende-se por Testamento Vitalum documento utilizado para manifestar antecipadamente a vontade da pessoa acerca da submissão ou não a tratamentos médicos futuros, nos casos em que esteja impossibilitada de manifestar livremente a sua vontade.

2.2 ORIGEM DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

A origem das diretivas antecipada de vontade tem a sua gênese nos Estados Unidos, num período anterior a 1976 e consistia em um documento de cuidados antecipados, onde os indivíduos poderiam especificar sua vontade de suspender as intervenções médicas de manutenção de vida.

Nesse momento, a função do documento era abrangente, pois, permitia uma menor penalização do médico que auxiliasse um paciente em que fossem tomadas ações para o

¹⁰⁰Lippmann, Ernesto. Testamento vital: o direito à dignidade. São Paulo: Matrix, 2013. p. 17.

¹⁰¹ Enunciado 528 da V Jornada de Conselho da Justiça Federal. Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/597>>. Acesso em 15 de novembro de 2018.

¹⁰²Dadalto, Luciana Penalva. Revista Bioética: Declaração prévia de vontade do paciente terminal, 2009. p 526. Disponível em <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&ved=2ahUKEwiDnJeshcbgAhWkGLkGHXOeBxoQFjADegQICRAC&url=http%3A%2F%2Frevistabioetica.cfm.org.br%2Findex.php%2Frevista_bioetica%2Farticle%2Fdownload%2F515%2F516&usg=AOvVaw0Kmk6_V5E6LiASrFKhI-2w>. Acesso em 18 de novembro de 2018.

processo da morte, assegurar o paciente em sua decisão de morrer assim como ser um instrumento para a manifestação de vontade do próprio paciente.

Após algumas iniciativas frustradas de legalização, surge em 1991 uma lei federal que amparou a vontade do paciente, que ficou conhecida como Patient Self Determination Act. Impelida por alguns casos representativos, como o de Karen Ann Quittan, que permaneceu em coma por mais de nove anos, a normativa assemelhava-se mais do que hoje se entende por diretiva antecipada de vontade, no sentido de auxiliar as pessoas na obtenção de uma autorização para a retirada de tratamento médico.

Ainda nesse período, no início da década de 1990, o cerne foi a disseminação de conceitos sobre as diretivas antecipadas de vontade, posteriormente a aprovação de uma legislação favorável em vários estados norte-americanos.

O primeiro estado dos Estados Unidos a regular o tema havia sido a Califórnia, em 1976. A partir desse momento, outros estados americanos, territórios como Ilhas Virgens, Guam e Porto Rico passaram a legislar sobre o assunto, cada um deles adequaram a legislação as suas próprias necessidades legislativas.

Na Europa, foi na década de 90 foi que as diretivas antecipadas de vontade começaram a se delinear.

O encorajamento jurídico para a sua implementação foi a “Convenção para proteção dos direitos dos homens e da dignidade do ser humano face as aplicações da biologia e da medicina”, ou meramente “Convenção Europeia de Bioética”. A convenção ocorreu e foi assinada na cidade espanhola de Oviedo, em abril de 1997, passando a vigorar na Europa em dezembro de 1997.

A convenção foi reconhecida pelos quarenta estados-membros do Conselho e referendada por 21 países.

O texto aprovado regula questões pertinentes a varias áreas da Bioética, mas para fins deste estudo, o enfoque será no artigo 9.º da Convenção Europeia de Bioética:¹⁰³

Art.9º “A vontade anteriormente manifestada - A vontade anteriormente manifestada no tocante a uma intervenção médica por um paciente que, no momento da intervenção, não se encontra em condições de expressar a sua vontade, será tomada em conta.”

A importância deste artigo ocorre porque ele respalda a vontade do paciente em face de tratamentos médicos posteriores, desde que esta vontade seja previamente informada no

¹⁰³Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina. 1997. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/euro/principaisinstrumentos/16.htm>>. Acesso em 05 de dezembro de 2018.

momento da assistência médica. Desta forma, ao assegurar que a vontade do paciente prevaleça ele pavimentou o caminho normativo para a consubstanciação das diretivas antecipadas de vontade para o fim da vida, o que de fato ocorreu em países como Portugal e Espanha.

2.3 O CONSENTIMENTO INFORMADO E AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

O consentimento informado tem sido um dos temas mais discutidos da Bioética, porém sempre no campo da moral e dos seus aspectos legais, restringindo a sua complexidade ao enfoque puramente formal do direito da personalidade que estão esculpidas no artigo 15 do Código Civil:¹⁰⁴

Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

O consentimento informado, não é apenas uma regra legal, é, no entanto, um direito moral, personalíssimo dos pacientes que gera obrigações morais para os médicos envolvidos na relação de assistência ao paciente.

Ainda que nos casos em que o prognóstico do paciente seja irreversível, é inconcesso o ato de disposição do próprio corpo que viole a sua integridade física. Nesse sentido, o processo de consentimento informado deve ser satisfatório às circunstâncias associadas às situações de assistência médica.

No âmbito da assistência médica, o paciente procura o médico, com uma queixa que necessita de cuidados de saúde, mas em todas as situações, salvo as de contingência, o consentimento informado é inerente ao próprio ato de assistir.

Em função disso, o médico deverá informar e esclarecer ao paciente, todos os procedimentos e ações que foram realizadas durante o estágio de assistência médica, conforme assim dispõe o Código de Ética Médica:

XXII - Nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados.

¹⁰⁴VadeMecumJusPodivm. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 192.

Dessa maneira, o consentimento informado decorre da relação médico-paciente estabelecendo as diretrizes de conduta para o compartilhamento de informações, estabelecendo assim uma relação de confiança recíproca.

As diretivas antecipadas de vontade rompem na esteira da concretização do consentimento informado, pois é deste que decorre a liberdade do querer, do agir independentemente e que representam os elementos basilares do negócio jurídico: capacidade do agente, objeto lícito e possível, consentimento, assim como formas e solenidades previstas em lei.

Nesse sentido, observa-se que a capacidade do agente se relaciona diretamente com a sua declaração de vontade, com a manifestação do consentimento informado e com a personalidade do paciente.

Com relação a essa capacidade, essência inequívoca da personalidade, Marcos Bernardes de Mello afirma que “as pessoas em geral possuem capacidade, porém nem todas podem exercê-las em razão de limitações orgânicas, psicológicas, idade e até mesmo interdição legal”.

No mesmo entendimento, Orlando Gomes reitera que:

“A capacidade de direito confunde-se, hoje, com a personalidade, porque toda pessoa é capaz de direitos. Ninguém pode ser totalmente privado dessa espécie de capacidade. E mais adiante: A capacidade de fato condiciona-se à capacidade de direito. Não se pode exercer um direito sem ser capaz de adquiri-lo. Uma não se concebe, portanto, sem a outra. Mas a recíproca não é verdadeira. Pode-se ter capacidade de direito, sem capacidade de fato; adquirir o direito e não poder exercê-lo por si. A impossibilidade do exercício é, tecnicamente, incapacidade”.

Em virtude de um interesse que se pretende conservar, o titular da capacidade de direito é aquele que pode usufruir de um bem ou um direito e ainda transmiti-lo a outrem, podendo ainda renunciá-lo ou até mesmo abandoná-lo.

Particularmente, o usufruto de direitos e sua transmissibilidade a terceiros, são aspectos relevantes quando se trata de expectativa de saúde no fim da vida e intimamente relacionada às diretivas antecipadas de vontade.

Nessa perspectiva, a norma será admitida no sentido de auferir legitimidade a um terceiro que não é o titular do atributo de capacidade, quando uma contingência ocorrer como nos casos em que o titular desse direito venha ser considerado judicialmente incapaz.

Para efeito legal ou negocial, os absolutamente incapazes são, atualmente, apenas os menores de 16 anos de acordo com o artigo 3.º do Código Civil, estes devem ser

representados por outra pessoa nos atos da vida civil, sendo nulos os atos por ele praticados sem representação:¹⁰⁵

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

Para Schreiber, neste caso, “a proteção à dignidade da pessoa humana, que reflete a garantia de autodeterminação da pessoa natural, impõe a flexibilização do regime codificado das incapacidades”, pois como os direitos de personalidade são considerados indisponíveis, é preciso observar o direito em concreto para que se possa garantir a transmissibilidade levando as peculiaridades do motivo da incapacidade, seja esta transitória ou não.¹⁰⁶

As alternativas do paciente como uma particularidade de condição da sua própria saúde se revestem de singularidades especiais. Eventualmente, o paciente não está apto para tomar decisões racionais por conta do seu próprio estado físico-psíquico, e neste grupo estão incluídos os doentes mentais e os pacientes emergenciais, assim como a própria patologia pode ser um fator determinante no estado emocional de dependência em relação à assistência médica.

Nesse contexto, o estado emocional do paciente fica alijado e faz com que ele perca a sua autonomia, afetando desta forma a sua capacidade de discernimento e escolha.

Por certo, à autonomia de escolha, importa dentro da Bioética e do meio jurídico, um dos quatro pilares: integram, junto com a beneficência, não maleficência e justiça, a orientação em todas as decisões que cingem os parâmetros éticos da relação paciente-médico.

A capacidade de um paciente se baseia em atos cognitivos necessários para tomadas de decisão, tais como: a possibilidade de envolver com o assunto, de compreender ou avaliar o tipo de alternativas e a possibilidade de comunicar a sua preferência.

Jecé ensina que:¹⁰⁷

[...] todo paciente em idade adulta e com capacidade mental normal tem o direito de determinar o que será feito no seu próprio corpo, de proteger a inviolabilidade de sua pessoa, podendo escolher o tipo de tratamento entre aqueles disponíveis. É o direito à autodeterminação e o exercício da autonomia

¹⁰⁵VadeMecumJusPodivm. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 191.

¹⁰⁶Schreiber, Anderson. Manual de Direito Civil Contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2018.

¹⁰⁷Jecé Freitas Brandã. Consentimento informado na prática médica. 1999. Disponível em <http://www.portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20356>. Acesso em 20 de novembro de 2018.

A validade moral e legal do processo de consentimento informado depende da capacidade do indivíduo.

Para que se tenha capacidade de determinar o seu próprio destino, o paciente deverá preencher requisitos morais e legais tais como: agir de forma intencional, para atingir um determinado fim, conhecer o que faz e as consequências dos seus atos, isentos de influências externas, estar apto para adquirir direitos e exercê-los por si ou por outrem. Nesse nível, a liberdade de escolha, paradigma da autonomia da vontade, pressupõe, de forma crucial, os arquétipos do que hoje se entende como deve ser a ligação da relação médico-paciente.

A consolidação do conceito bioético de autonomia, de capacidade é o consentimento informado estatuído no art. 15 do Código Civil:¹⁰⁸

Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

A voluntariedade para poder decidir livremente, sem que decorra de coerção, a condição do estado emocional para entender as informações que são fornecidas são precondições para o consentimento informado cuja a finalidade é mostrar o dever de informação anexo à boa-fé foi efetivado.

A informação, nesse contexto, deve ser clara e realizada com neutralidade, devidamente explanado e justificado na proposição de um plano terapêutico e o entendimento por parte do paciente deve ser conferido por parte do profissional de saúde.

Por fim, a legalidade deve ser o pilar dos elementos de autorização de que a decisão do paciente na vertente de uma proposta terapêutica previamente informada não tenha sido pressionado e que esta autorização seja lícita para concluir o processo.

3 O RECONHECIMENTO JURÍDICO DO TESTAMENTO VITAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

3.1 RESOLUÇÃO Nº 1.805/2006 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

Não há em nosso ordenamento jurídico lei específica que trate do instituto em questão, apenas Resoluções elaboradas pelo Conselho Federal de Medicina.

¹⁰⁸VadeMecumJusPodivm. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 192.

Em 2006, O Conselho Federal de Medicina editou a Resolução nº 1.805, a fim de tratar da permissão ao médico quanto à limitação ou suspensão de procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do paciente na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis, de forma que seja garantido os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam o paciente ao sofrimento.

Assim dispõe a Resolução nº 1.805/2006:¹⁰⁹

Art. 1º É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal.

§ 1º O médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação.

§ 2º A decisão referida no *caput* deve ser fundamentada e registrada no prontuário

§ 3º É assegurado ao doente ou a seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica.

Art. 2º O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se as disposições em contrário.

Entretanto, a norma foi alvo de uma Ação Civil Pública com antecipação de tutela proposta pelo Ministério Público Federal, a qual tinha por objeto o reconhecimento a nulidade da Resolução.

O Ministério Público Federal entendeu que os limites de competência do Conselho Profissional foram ultrapassados, e que a conduta ética prevista na Resolução era definida pelo Código Penal Brasileiro como crime.

O Crime a que se refere o Ministério Público é o homicídio, previsto no artigo 121 do Código Penal Brasileiro.

Os efeitos da Resolução foram suspensos em razão do deferimento do pedido de antecipação de tutela.

Após, a propositura da Ação Civil Pública, o Conselho Profissional aprovou em 2009 o novo Código de Ética Médica 25 Princípios Fundamentais, dentre eles o XXII que estabelece que:

XXII – Nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados.

¹⁰⁹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.805 de 09 de novembro de 2006. Disponível em <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>. Acesso em 10 de novembro de 2018.

Posterior a aprovação do Código de Ética, em sede de Memoriais, o Ministério Público apresentou alegações favoráveis a legitimidade da Resolução objeto da Ação.

Ao final da Ação, a antecipação de tutela foi revogada e o pedido de reconhecimento da nulidade da Resolução foi rejeitada, não sendo vislumbrada pelo Douto Juízo julgador a ilegitimidade da Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.805/2006.

3.2 RESOLUÇÃO Nº 1.995/2012 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

Seguindo a linha de raciocínio da Resolução nº 1.805/2006, em 2012 o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução nº 1.995/2012, a qual passou a dispor sobre as diretivas antecipadas de vontade:¹¹⁰

Art. 1º Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade.

Art. 2º Nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade.

§ 1º Caso o paciente tenha designado um representante para tal fim, suas informações serão levadas em consideração pelo médico.

§ 2º O médico deixará de levar em consideração as diretivas antecipadas de vontade do paciente ou representante que, em sua análise, estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica.

§ 3º As diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares.

§ 4º O médico registrará, no prontuário, as diretivas antecipadas de vontade que lhes foram diretamente comunicadas pelo paciente.

§ 5º Não sendo conhecidas as diretivas antecipadas de vontade do paciente, nem havendo representante designado, familiares disponíveis ou falta de consenso entre estes, o médico recorrerá ao Comitê de Bioética da instituição, caso exista, ou, na falta deste, à Comissão de Ética Médica do hospital ou ao Conselho Regional e Federal de Medicina para fundamentar sua decisão sobre conflitos éticos, quando entender esta medida necessária e conveniente.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Tartuce ensina que “pela nova norma, a vontade do paciente deve prevalecer sobre a dos seus representantes, o que representa uma notável valorização da autonomia privada”.¹¹¹

¹¹⁰ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1995 de 09 de agosto de 2012. Disponível em <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em 10 de novembro de 2018.

Acerca da Resolução nº 1.995/2012, Dadalto afirma que “esta Resolução não legalizou as DAV no país, vez que não possui força de lei, vez que o CFM não tem competência para legislar”.¹¹²

Entretanto, essa norma representa um marco no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que representa um embrião do tema em meio as normas brasileiras.

Porém, o Ministério Público Federal promoveu Ação Civil Pública com pedido de antecipação de tutela em face do Conselho Federal de Medicina com objetivo de que a Resolução CFM nº 1.995 de 09 de agosto de 2012 fosse declarada inconstitucional e ilegal.

Para o Ministério Público, o Conselho Federal de Medicina editou a resolução sobre o “pretexto de normatizar a atuação de profissionais da medicina frente à terminalidade da vida de seus pacientes”, além do mais, “extravasa os limites do poder regulamentar, impõe riscos à segurança jurídica, alija a família de decisões que lhe são de direito e estabelece instrumento inidôneo para o registro de ‘diretivas antecipadas de pacientes’”.

Apesar da tutela antecipada ter sido concedida suspendendo os efeitos da Resolução, o Juiz ao final entendeu que a referida Resolução não previu nenhuma forma especial para manifestação de vontade, apenas determinou que a vontade no prontuário fosse registrada.

¹¹¹ Flavio Tartuce. Direito civil: direito das sucessões. 11. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p 428.

¹¹² Dadalto, Luciana. Testamento Vital. 3ª ed. - São Paulo: Atlas, 2015. p. 164.

CONCLUSÃO

A utilização da nomenclatura *testamento vital* não é a mais adequada, uma vez que Testamento Civil trata principalmente de questões patrimoniais e produz efeito *post mortem*, enquanto que o Testamento Vital, cuida da manifestação antecipada de vontade do paciente frente à submissão ou não dos tratamentos médicos futuros, gerando efeitos ainda em vida.

O conteúdo do testamento vital tem como objetivo a proteção da dignidade do paciente em estágio terminal, bem como da autonomia privada, dentro da ideia do *termobeneficência (não maleficência)*, tendo como fundamento legal o artigo 15 do Código Civil.

Assim, o artigo 15 do Código Civil preceitua que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”.

Nesse sentido, percebe-se que o testamento vital é apenas um instrumento utilizado para garantir que seja evitado a submissão constrangedora do paciente a tratamentos médicos irrelevantes, ou seja, sem importância, o que apenas prolongaria a vida de forma dolorosa do paciente em terminalidade de vida.

As diretivas antecipadas de vontade rompem na esteira da concretização do consentimento informado, pois é deste que decorre a liberdade do querer, do agir independentemente.

Nesse sentido, observa-se que a capacidade do agente se relaciona diretamente com a sua declaração de vontade, com a manifestação do consentimento informado e com a personalidade do paciente.

A ausência de norma jurídica que trate de forma específica do testamento vital como diretiva antecipada de vontade não invalida a utilização de tal instituto em nosso ordenamento jurídico, uma vez que os princípios constitucionais são fundamentos suficientes para tornar possível a utilização do testamento vital como forma de dispor se o paciente, aceita ou não, a se submeter aos tratamentos médicos no estágio terminal de uma doença.

Entretanto, as disposições que versem acerca da aceitação ou da recusa a tais tratamentos serão possíveis se forem relacionados aos tratamentos fúteis, ou seja, não se trata de cuidados paliativos e sim àqueles que não trarão benefícios ao paciente.

Dessa forma, verifica-se que há possibilidade a adição do testamento vital como diretiva antecipada de vontade no ordenamento jurídico brasileiro, bem como a sua utilização mesmo com a ausência de norma específica.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Lei nº 8.935/1994. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8935.htm>. Acesso em 10 de novembro de 2018.
- BRASIL. VadeMecumJusPodivm. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.
- BRANDÃO, Jecé Freitas. Consentimento informado na prática médica. 1999. Disponível em <http://www.portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20356>. Acesso em 20 de novembro de 2018.
- CASSETTARI, Christiano. Elementos do Direito Civil. 5ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.
- CASSETTARI, Christiano. Elementos do Direito Civil. 6ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2018.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.805 de 09 de novembro de 2006. Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>. Acesso em 10 de novembro de 2018.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1995 de 09 de agosto de 2012. Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em 10 de novembro de 2018.
- CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciado 528 da V Jornada. Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/597>>. Acesso em 15 de novembro de 2018.
- OVIDEO. Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina. 1997. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/euro/principaisinstrumentos/16.htm>>. Acesso em 05 de dezembro de 2018.
- DADALTO, Luciana. Testamento Vital. 3ª ed. - São Paulo: Atlas, 2015.
- DADALTO, Luciana Penalva. Declaração prévia de vontade do paciente terminal. Brasília: Revista Bioética, 2009. Disponível em <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&ved=2ahUKEwiDnJeshcbgAhWkGLkGHXOeBxoQFjADegQICRAC&url=http%3A%2F%2Frevistabioetica.cfm.org.br%2Findex.php%2Frevista_bioetica%2Farticle%2Fdownload%2F515%2F516&usg=AOvVaw0Kmk6_V5E6LiASrFKhI-2w>. Acesso em 18 de novembro de 2018.
- DE OLIVEIRA, José Maria Leoni Lopes. Direito das sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- DIAS, Maria Berenice. Manual das Sucessões. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2008.
- DIAS, Suelen Sousa. Diretivas antecipadas de vontade e a resolução nº 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina: um estudo sobre sua constitucionalidade e a inserção do testamento vital no direito brasileiro, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. 4^a ed., rev., ampl. e atual. Salvador:JusPodivm, 2018.

FURIAN, Rodrigo Rosolen. Testamento Vital. 2014. Disponível em <<http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2467/-TESTAMENTO%20VITAL.pdf?sequence=1>> Acesso em 11 de outubro de 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Manual de Direito Civil: volume único. 1. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, v.7: direito das sucessões. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

JUSTIÇA FEDERAL. Primeira Vara da Seção Judiciária do Estado de Goiás. Ação civil pública com pedido de antecipação de tutela liminar. Processo 1039-86.2013.4.01.3500/classe:7100. Disponível em <<https://testamentovital.com.br/wp-content/uploads/2018/05/inicial-ACP-testamento-vital.pdf>>. Acesso em 20 de outubro de 2018.

JUSTIÇA FEDERAL. Primeira Vara da Seção Judiciária do Estado de Goiás. Decisão Liminar. Processo 1039-86.2013.4.01.3500/classe:7100. Disponível em <<https://testamentovital.com.br/wp-content/uploads/2018/05/decisao-liminar.pdf>> Acesso em 20 de outubro de 2018.

JUSTIÇA FEDERAL. Seção Judiciária do Estado de Goiás. Agravo de Instrumento. Processo 1039-86.2013.4.01.3500/classe:7100. Disponível em <<https://testamentovital.com.br/wp-content/uploads/2018/05/agravo-de-instrumento-resolucao-CFM-1995.pdf>>. Acesso em 20 de outubro de 2018.

JUSTIÇA FEDERAL. Primeira Vara da Seção Judiciária do Estado de Goiás. Sentença. Processo 1039-86.2013.4.01.3500/classe:7100. Disponível em <<https://testamentovital.com.br/wp-content/uploads/2018/05/senten%C3%A7a-ACP-testamento-vital.pdf>>. Acesso em 20 de outubro de 2018.

LIPPMANN, Ernesto. Testamento Vital: o direito à dignidade. São Paulo: Matrix, 2013.

MARTINS, Carlos Moraes. Testamento vital: desafios em torno da (in)constitucionalidade da Resolução nº 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina. 2015. Disponível em <<https://repositorio.ufsm.br/handle/1/11480>>. Acesso em 3 de dezembro de 2018.

REsp n. 1.444.867/DF, relator Ministro Ricardo Villas BôasCueva, Terceira Turma, DJe de 31/10/2014. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153485180/recurso-especial-resp-1444867-df-2013-0344880-0/relatorio-e-voto-153485187?ref=juris-tabs>>. Acesso em 20 de novembro de 2018.

SACCOL, Maria Luiza Colvero. Testamento vital: em busca de uma aplicabilidade prática coerente com a ideologia do instituto. 2016. Disponível em <<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwiPwueZncjgAhWoe7kGHcFaBgcQFjAAegQIBRAC&url=https%3A%2F%2Fonline.unisc>>.

br%2Facadnet%2Fanais%2Findex.php%2Fsidsp%2Farticle%2Fdownload%2F15758%2F3656&usg=AOvVaw2FSBhalqKsFOLbz4yzjtOD>. Acesso em 9 de outubro de 2018.

SCHREIBER, Anderson. Manual de Direito Civil Contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2018. STF, RG RE: 878694 MG - Minas Gerais 1037481-72.2009.8.13.0439, Relator Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, Data de Julgamento: 10/05/2017, Data de Publicação: DJe-021 06/02/2018. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313622639&ext=.pdf>>. Acesso em 10 de novembro de 2018.

STJ, Ac. Unân. 4ª T., REsp. 302.767/PR, Rel. Min. César Asfor Rocha, j. 5.6.01, DJU 24.9.01, p. 313. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7927730/recurso-especial-resp-302767-pr-2001-0013413-0-stj>>. Acesso em 20 de novembro de 2018.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil, v. 6: direito das sucessões. 11. ed. ver., atual. ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2018.

VERONEZE, Fernanda. O testamento vital no ordenamento jurídico: o direito de morrer com dignidade na perspectiva da autonomia do paciente. 2016. Disponível em <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/171311>>. Acesso em 10 de outubro de 2018.