I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES II

JOSÉ SEBASTIÃO DE OLIVEIRA

VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN

Copyright © 2020 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direito de família e das sucessões II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Valéria Silva Galdino Cardin

José Sebastião de Oliveira – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-069-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES II

Apresentação

O I Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (Conpedi), dos dias 23 de junho à 1 de julho de 2020, proporcionou o intercâmbio de conhecimento científico entre os pesquisadores e as instituições de pesquisas na seara jurídica acerca de temas relacionados ao direito de família.

Considerado como um dos mais relevantes eventos de cunho científico na área jurídica, o Conpedi é responsável por viabilizar a discussão, em elevado nível de profundidade, de questões controvertidas e originais que permeiam o ambiente acadêmico e o meio jurídico, além de possibilitar a integração e a divulgação das linhas de pesquisa e dos trabalhos desenvolvidos nos programas de mestrado e doutorado.

O grupo de trabalho direito de família e das sucessões linha II, ao qual honrosamente participamos como coordenadores da mesa, contou com a participação de dedicados e experientes pesquisadores, os quais levantaram inúmeras indagações acerca de temáticas ainda pouco exploradas.

A respeito disso, Susan Naiany Diniz Guedes e Tereza Cristina Monteiro Mafra, apresentaram o trabalho intitulado como: “Uniões poliafetivas: uma análise do provimento do conselho nacional de justiça à luz dos direitos fundamentais.” O artigo teve como escopo analisar o desenvolvimento da família ao longo dos anos, a fim de verificar se a interpretação contemporânea do instituto abrangeria as uniões poliafetivas e se haveria a necessidade de uma regulamentação jurídica de tais uniões. Essa modalidade de relacionamento é uma realidade social e a ausência de proteção legal pode gerar diversos problemas. Pretendeu-se demonstrar, mediante a metodologia dogmática, os impactos e a eficácia da decisão do Conselho Nacional de Justiça que proibiu os Cartórios de Notas de lavrarem escrituras públicas de uniões poliafetivas à luz dos direitos fundamentais.

Em “O abandono digital de incapaz e os impactos nocivos pela falta do dever de vigilância parental”, artigo desenvolvido pelos autores Fábia De Oliveira Rodrigues Maruco e Lino Rampazzo, foi levantada a análise pormenorizada do tema abandono digital, fenômeno recente no ordenamento jurídico brasileiro. O estudo ressalta a importância das medidas de

proteção elencadas nos dispositivos legais e, em especial a Constituição Federal e Estatuto da Criança e do Adolescente além de decisões mais recentes dos Tribunais para a concretização da proteção.

Já as autoras Alessandra Castro Diniz Portela e Gisele Albuquerque Morais, abordaram a temática da prisão civil por débito alimentar, questionando se ela seria um instrumento realmente eficaz. As autoras analisaram ainda a eficácia da prisão civil por débito alimentar, em um estudo comparado, verificando que outros países preveem fundos para o pagamento do débito alimentar e outras políticas públicas para conscientização da população. Assim, concluíram que o cenário brasileiro clama por inovação política e legislativa a fim de conscientização da população e melhor alcance da finalidade dos alimentos.

Posteriormente os autores Miryã Bregonci da Cunha Braz e Augusto Passamani Bufulin apresentaram o artigo: “Aspectos jurídicos sobre a controvertida multa nas ações tardias de inventário.” Demonstraram que segundo as legislações estaduais, o requerimento do inventário após o prazo estabelecido por lei enseja multa aplicável sobre o imposto de transmissão. Entretanto, é possível notar no nosso ordenamento jurídico diversos prazos para a abertura do inventário, inclusive no Código Civil e no de Processo Civil. Examinaram também as disposições legais acerca da abertura do inventário, bem como analisaram se há prazo mínimo a ser observado para que os estados-federativos passem a exigir multa pelo requerimento tardio de inventário.

Na ordem de apresentação, Raphael Rego Borges Ribeiro apresentou o artigo: “O fenômeno de "despatrimonialização e repersonalização" da sucessão testamentária e o testamento ético.” Nesta pesquisa, investigou-se o fenômeno de despatrimonialização e repersonalização da sucessão testamentária. À luz da metodologia civil-constitucional, o autor observou que o testamento deve necessariamente passar por um processo de “filtragem constitucional”, que se manifesta de dois modos: na funcionalização das disposições testamentárias patrimoniais à promoção de interesses existenciais; e na abertura da sucessão testamentária para as cláusulas extrapatrimoniais. Compreendeu-se que ainda há muito a avançar, em âmbito doutrinário e legislativo, no tratamento da matéria. Por fim, o autor concluiu que o testamento ético é um instrumento compatível com o nosso ordenamento e que potencialmente traz interesses existenciais para o centro da sucessão testamentária.

Em seguida, Rodrigo Feracine Alvares, Olavo Figueiredo Cardoso Junior , Francisco José Turra, apresentaram o artigo: “Liquidação de quotas sociais de sociedade simples por morte de sócio: é necessário o inventário e a partilha das quotas ou basta a alteração do contrato social?” O trabalhou visou demonstrar a necessidade de proceder ao inventário e à partilha

das quotas do sócio falecido de sociedade simples, não bastando a mera alteração do contrato social. Com isso, pretendeu-se contribuir com o avanço doutrinário, jurisprudencial e prático do tema em comento, de modo a espancar eventuais dúvidas ainda existentes.

Em, “A guarda compartilhada sob a ótica do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente”, de autoria de Fernanda Heloisa Macedo Soares, buscou-se estudar a guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro sob ótica do melhor interesse da criança. O objetivo geral da autora foi aprofundar conhecimento acerca da eficácia da guarda compartilhada no que diz respeito aos cuidados que se deve ter com a criança. O trabalho trouxe na sua redação, capítulos que tratam dos sujeitos de direito, relação entre poder familiar, guarda compartilhada e o melhor interesse da criança. Nos resultados obtidos, deixou claro que ao ser aplicada a guarda compartilhada prima-se pelo melhor interesse da criança e do adolescente.

Em seguida, os autores Artenira da Silva e Silva e João Simões Teixeira apresentaram o artigo, “As uniões poliafetivas e a adoção no ordenamento jurídico brasileiro: uma análise dos princípios da afetividade e do melhor interesse da criança e do adolescente.” A pesquisa abordou primeiramente, a evolução do conceito de família no âmbito do ordenamento jurídico pátrio e em seguida, analisou a caracterização e a possibilidade de reconhecimento jurídico das uniões poliafetivas. A possibilidade jurídica de que tais famílias recorram aos métodos adotivos, considerando-se os princípios da afetividade e do melhor interesse da criança e do adolescente, os quais conduzem à aceitação de múltiplas formas de família, incluindo a poliafetiva, com a garantia de todos os direitos inerentes à formação de um agrupamento familiar.

Já em, “Era uma vez um contrato de coparentalidade...”, os autores Laira Carone Rachid Domith e Brener Duque Belozi trataram acerca da interseção entre o Direito Contratual e o Direito de Família, que evidenciou a possibilidade de coexistência ou não de conjugalidade e parentalidade/coparentalidade numa família, discute a eficácia dos contratos de coparentalidade. Os autores concluíram sobre a produção de seus efeitos jurídicos quando, apesar do pactuado, a conjugalidade for apurada entre as partes. Adentraram, portanto, no âmbito do Princípio da Afetividade enquanto norteador do Direito de Família na atualidade.

Seguindo a ordem, Dyhelle Christina Campos Mendes apresentou o trabalho “A utilização da mediação na busca pela guarda compartilhada: uma análise de sua contribuição em prol do melhor interesse dos filhos e na prática da justiça consensual”, cuja pesquisa debruçou-se na mediação de meio alternativo de resolução de conflitos pautado na busca pela redução de litígios impostos ao Poder Judiciário, enquadrando-se como justiça consensual. Assim, a

autora buscou o restabelecimento do diálogo, o protagonismo das partes, bem como a manutenção das relações interpessoais, tornando-se de suma relevância no direito das famílias.

Em, “A família como prática democrática: um diálogo com o pensamento de Karl Popper”, Aldy Mello de Araújo Filho, analisou a dimensão evolutiva do sentido de família ao longo da história, à luz das premissas interpretativas dos conceitos de sociedade fechada e aberta, elaborados por Karl Popper. Foi abordado os diplomas legislativos que precederam a transição democrática da família operada pela Constituição Federal brasileira de 1988. Investigam-se os desafios que o reconhecimento de novas configurações familiares impõe à democratização da família no cenário nacional.

Por fim, a última apresentação foi do trabalho desenvolvido por Denis Carvalho. O autor realizou a pesquisa demonstrando a evolução histórica dos direitos dos indivíduos, focando nas garantias legais direcionadas as crianças começando pelo âmbito internacional até chegar enfim no âmbito nacional, demonstrando as garantias de proteção desses indivíduos vulneráveis. Porém, por meio dos meios legais de proteção das crianças, surge a hipótese de revogação de lei de alienação parental, a qual foi criada para garantir maiores proteções contra aqueles que deviam justamente protegê-las de todo o mal. Mas afinal, revogando referida lei, não seria um retrocesso na legislação?

A partir da seleção dos mais qualificados trabalhos acima elencados, o referido congresso científico demonstrou, assim, a preocupação com as mazelas que acometem o direito de família o espaço ao qual os núcleos familiares então inseridos, especialmente ao que diz respeito a evolução dos fenômenos sociais e do direito, para que se consolide a efetiva proteção, respeito e proteção dos direitos fundamentais e de personalidade.

Dra. Valéria Silva Galdino Cardin (UNICESUMAR/PR e UEM/PR)

Dr. José Sebastião de Oliveira (UNICESUMAR/PR)

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito de Família e das Sucessões II apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (https://www.indexlaw.org/), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito de Família e Sucessão. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O FENÔMENO DE "DESPATRIMONIALIZAÇÃO E REPERSONALIZAÇÃO" DA SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA E O TESTAMENTO ÉTICO

THE PHENOMENON OF "DE-PATRIMONIZATION & RE-PERSONALIZATION" OF TESTAMENTARY SUCCESSION AND THE ETHICAL WILL

Raphael Rego Borges Ribeiro [1]

Resumo

Neste artigo, investigamos o fenômeno de despatrimonialização e repersonalização da sucessão testamentária. À luz da metodologia civil-constitucional, observamos que o testamento deve necessariamente passar por um processo de "filtragem constitucional", que se manifesta de dois modos: na funcionalização das disposições testamentárias patrimoniais à promoção de interesses existenciais; e na abertura da sucessão testamentária para as cláusulas extrapatrimoniais. Compreendemos que ainda há muito a avançar, em âmbito doutrinário e legislativo, no tratamento da matéria. Por fim, concluímos que o testamento ético é um instrumento compatível com nosso ordenamento e que potencialmente traz interesses existenciais para o centro da sucessão testamentária.

Palavras-chave: Testamento, Direito das sucessões, Direito civil-constitucional, Sucessão testamentária, Testamento ético

Abstract/Resumen/Résumé

In this article, I investigated the phenomenon of "de-patrimonization and re-personalization" of testamentary succession. In the light of the civil-constitutional methodology, I noticed that testaments should necessarily promote compliance with constitutional values, which happens in two different ways: first, giving patrimonial testamentary clauses the function of promoting existential values; secondly, opening testamentary succession to non-patrimonial clauses. I understood that there is still a lot to be done, both doctrinally and legislatively, concerning those matters. Lastly, I concluded that the ethical will is an instrument which potentially brings existential interests to the spotlight of testamentary succession.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Wills, Inheritance law, Civil-constitutional law, Testamentary succession, Ethical will

[1] Bacharel, Mestre e Doutor pela Universidade Federal da Bahia. Professor efetivo de Direito Civil na Universidade Federal do Oeste da Bahia. Graduate student at the University of Ottawa.

1 INTRODUÇÃO

No presente artigo, sustentaremos a necessidade de uma verdadeira transição do *ter* para o *ser* no âmbito da sucessão testamentária. À luz da constitucionalização do Direito Civil, os tradicionais institutos civilistas têm sido reconstruídos criticamente, para que tanto sua estrutura quanto sua função sejam focados notadamente na proteção e na promoção da pessoa humana, e não no patrimônio como um fim em si mesmo. Esse esforço doutrinário tem sido denominado despatrimonialização e repersonalização do Direito Civil; seus efeitos vêm sendo experimentados em diferentes graus de intensidade em ramos historicamente patrimonialistas, como os Direitos Reais e o Direito dos Contratos. Entretanto, no Direito das Sucessões esse fenômeno ainda tem tido repercussões muito tímidas. O problema a ser enfrentado na presente investigação é a aparente (e falsa) inidoneidade do testamento a ser efetivamente despatrimonializado e repersonalizado.

O primeiro objetivo da pesquisa é analisar criticamente o tradicional caráter patrimonialista do Direito das Sucessões, discutindo assim se nesse ramo há espaço para situações jurídicas existenciais. Nesse sentido, avaliaremos o modo como o Código Civil de 2002 atualmente trata tal questão. O segundo objetivo é discutir se a disposição testamentária patrimonial é necessariamente um fim em si mesma ou se, por outro lado, ela pode ser funcionalizada à promoção de interesses extrapatrimoniais tanto do sucedido quanto do sucessor. O terceiro objetivo é verificar se o testamento ético – que potencialmente traz disposições existenciais para o centro do fenômeno hereditário – é instituto compatível com o ordenamento jurídico brasileiro.

Utilizaremos o Direito Civil-Constitucional como metodologia. De maneira especial, focaremos na "filtragem constitucional" do testamento, dando destaque às exigências constitucionais de proteção da personalidade humana. Do mesmo modo, defenderemos a prevalência das situações existenciais em relação às patrimoniais, bem como a prioridade da função dos institutos jurídicos em relação à sua estrutura. As reflexões críticas que faremos serão pautadas no método indutivo-dedutivo, confrontando nossas premissas teóricas com a realidade social e o direito positivo. Adotaremos como marcos teóricos os autores que defendem o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, em especial Pietro Perlingieri e seu *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*, bem como Luiz Edson Fachin e sua *Teoria Crítica do Direito Civil*. Particularmente sobre o testamento ético, teremos de recorrer a fontes de jurisdições de *common law*, nas quais o instituto se encontra em estágio mais consolidado.

A justificativa remota para a presente investigação é uma premissa política muito simples: o Brasil necessita de mais pesquisas em Direito das Sucessões – em especial para que este ramo deixe de ser institucionalmente tratado como mero apêndice do Direito das Famílias. Por outro lado, a justificativa imediata para nosso artigo é a impossibilidade (tanto jurídica, em razão da força normativa da Constituição, quanto epistemológica) de o Direito das Sucessões se manter alheio às consequências da constitucionalização do Direito Civil. O excessivo patrimonialismo do direito sucessório é característica do civilismo oitocentista; a desconstrução desse paradigma é um imperativo do civilista do século XXI.

2 O TRADICIONAL CARÁTER PATRIMONIALISTA DO DIREITO DAS SUCESSÕES

Comumente encontramos afirmações no sentido de que o Direito das Sucessões é notadamente composto por situações jurídicas patrimoniais (BORGES; DANTAS, 2017, p.87). O jurista está acostumado com a fórmula, quase silogística, que sucintamente explica o fenômeno sucessório: a pessoa natural deixa de existir com a morte; as suas relações personalíssimas se extinguem, pois intransmissíveis; e, quanto às relações jurídicas transmissíveis, o lugar do morto passa a ser ocupado por aqueles chamados à sua sucessão por força da lei ou, eventualmente, do testamento.

Nesse mesmo sentido, o direito de testar é historicamente associado a um exercício de disposição patrimonial. Segundo o senso comum, quem testa o faz porque quer definir o destino da sua propriedade, ou de parte dela, para depois da sua morte. Essa ideia não é recente. A doutrina é uníssona no sentido de que a instituição de herdeiro era intrínseca ao testamento romano (KASER, 1999, p.385; GILISSEN, 2003, p.690; BEVILAQUA, 1978, p.187). Giselda Hironaka (2014, p.288) ensina que as leis que diziam respeito, direta ou indiretamente, às sucessões foram influenciadas pela tendência romana à proteção do patrimônio. No momento de testar, o testador romano exercia seu último poder sobre o seu patrimônio (HIRONAKA, 2014, p.292).

A doutrina clássica do Direito Civil incorporou a noção romana em sua concepção da patrimonialidade do direito de testar. A título ilustrativo, Baudry-Lacantinerie e Colin (1899, p.12) defendiam que o testamento é um ato de disposição de bens; para eles, um ato que não contenha disposição de bens não será um testamento, ainda que adote a forma testamentária. Planiol e Ripert (1946, p.661) até reconheciam a existência de disposições testamentárias extrapatrimoniais, como diretrizes ou conselhos morais dirigidos às pessoas que o testador

deixa quando morre; todavia, os mencionados autores franceses sustentavam que tais cláusulas carecem de qualquer importância jurídica, exceto quando constituem condição de uma disposição patrimonial.

Tradicionalmente, tanto o legislador quanto a doutrina brasileira adotaram a mesma postura em território nacional. Por exemplo, ainda na época pré-codificação, Lacerda de Almeida (1915, p.199) afirmava que "testamento é a disposição de última vontade em que se institui herdeiro". Seguindo esta tendência, o artigo 1626 do Código Civil de 1916 definia testamento como "o ato revogável pelo qual alguém, de conformidade com a lei, dispõe, no todo ou em parte, do seu patrimônio, para depois de sua morte".

Ocorre que a ideia de que a disposição testamentária necessariamente tem caráter patrimonial foi perdendo a sua correspondência com a realidade. A doutrina foi percebendo que o testador não é obrigado a instituir herdeiro nem a dispor do seu patrimônio, podendo se preocupar apenas em tratar de relações jurídicas outras (RUGGIERO, 1973, p.521; PONTES DE MIRANDA, 2005, v.I, p.35, p.44-45). O próprio Código de 1916 trazia hipóteses de disposições testamentárias não-patrimoniais (como o reconhecimento de filhos[1] ou a nomeação de tutor para descendentes menores[2]). Pontes de Miranda (2005, v.I, p.77), afirmando que "pode haver testamento sem conteúdo econômico", criticava como deficiente a redação do supramencionado artigo 1626 da codificação anterior.

No Código Civil de 2002, por sua vez, o legislador adotou postura distinta. Em primeiro lugar, não reproduziu um conceito de testamento. A finalidade patrimonial do negócio é explicitada no *caput* do artigo 1.857, em que se estabelece que toda pessoa capaz pode fazer disposição *mortis causa* dos seus bens. O parágrafo segundo do mesmo artigo, todavia, reconhece expressamente que não apenas são válidas as disposições testamentárias de caráter extrapatrimonial, como também o testador pode simplesmente a elas se limitar. Em suma: o artigo 1.857, § 2º do Código Civil de 2002 positiva a finalidade extrapatrimonial do testamento. Reconheceu-se, assim, que se pode testar para fins outros que não apenas nomear herdeiros ou legatários. Sem dúvidas devemos admitir que a inovação legislativa se trata de um avanço, na medida em que expressamente se reconheceu a abertura do Direito das Sucessões para situações jurídicas existenciais. Acreditamos, contudo, que os tratamentos legislativo e doutrinário em

1 Art. 357. O reconhecimento voluntário do filho ilegítimo pode fazer-se ou no próprio termo de nascimento, ou mediante escritura pública, ou por testamento (art. 184, parágrafo único.).
2 Art. 384. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: IV. Nomear-lhes tutor, por testamento ou documento autentico, se o outro dos pais lhe não sobreviver, ou o sobrevivo não puder exercitar o pátrio poder.

relação à repersonalização e à despatrimonialização do direito sucessório ainda se encontra em estágio insatisfatório. É o que demonstraremos na seção seguinte.

3 DESPATRIMONIALIZAÇÃO E REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO SUCESSÓRIO

Em uma ordem social, distinguem-se dois perfis: o "ter" e o "ser". O primeiro pertence ao aspecto patrimonial da sociedade, ou seja, à estrutura econômica. Por sua vez, o segundo pertence ao aspecto existencial do ser humano. Cada sistema jurídico, refletindo os valores dominantes na sociedade em determinado momento histórico, privilegia uma dessas categorias contrastantes (PERLINGIERI, 2008, p.177).

Nosso ordenamento jurídico vem experimentando o fenômeno da despatrimonialização. Como Pietro Perlingieri (2008, p.121) explica, trata-se da "superação da patrimonialidade fim a si mesma, do produtivismo, antes, e do consumismo, depois, como valores". Não se reduz nem elimina o conteúdo patrimonial do Direito Civil. O que se busca é a valoração qualitativa do momento econômico, dando-lhe uma tutela qualitativamente diversa. Funcionalizam-se as situações patrimoniais às existenciais, atribuindo-se-lhes a "justificativa institucional de suporte ao livre desenvolvimento da pessoa" (PERLINGIERI, 2008, p.122).

Pietro Perlingieri (2002, p.33) ressalta ainda que os institutos patrimoniais de Direito Privado não são imutáveis; ao contrário, eles estão sempre inclinados a se adaptar (tanto em relação à sua função quanto à sua natureza) aos valores existenciais. Como vimos, historicamente o testamento foi tratado pela dogmática civilista como pertencente exclusivamente à esfera do "ter", ainda que há muito já se admitissem cláusulas testamentárias referentes ao "ser", como no caso do reconhecimento de filhos. Ocorre que, como sublinhado por Pietro Perlingieri (2008, p.760), a concepção exclusivamente patrimonialista das relações privadas é incompatível com os valores inspiradores do ordenamento vigente; nesse sentido, tanto os interesses extrapatrimoniais são juridicamente relevantes e tutelados, quanto as situações patrimoniais passam também a assumir uma relevância existencial. O autor italiano se referia ao Direito Civil de modo geral, mas aqui estendemos o comentário ao Direito das Sucessões em especial. A força expansiva da tábua axiológica constitucional, com sua cláusula geral de promoção da personalidade humana, penetra inclusive em um dos mais tradicionalmente patrimonialistas ramos jurídicos, a sucessão testamentária. Devemos, portanto, definitivamente deixar de enxergar a autonomia privada testamentária como

exclusivamente direcionada à repartição direta ou indireta[3] de patrimônio, tida como um fim em si mesma.

Identificamos duas possibilidades de se reconhecer o fenômeno da despatrimonialização e repersonalização da sucessão testamentária. Em primeiro lugar, a funcionalização das disposições patrimoniais à promoção de interesses extrapatrimoniais legítimos (à luz da Constituição Federal). Em segundo lugar, as cláusulas testamentárias de natureza existencial expressamente previstas no Código Civil de 2002. Ocorre que, como demonstraremos nas seções a seguir, compreendemos que tanto a doutrina quanto a legislação ainda falham na tentativa de uma efetiva revisitação da função existencial do testamento.

3.1 DISPOSIÇÕES PATRIMONIAIS FUNCIONALIZADAS À TUTELA DE INTERESSES EXISTENCIAIS CONSTITUCIONALMENTE LEGÍTIMOS

A doutrina de modo geral trata da autonomia privada testamentária com antipatia, como se houvesse uma presunção de que o testador é inexoravelmente movido por interesses egoísticos e antissociais. Acreditamos que decorre daí o senso comum, muito reiterado nos manuais, de se dizer que os interesses sociais são melhor atendidos pela sucessão legítima, na medida em que esta beneficia a família. Parece-nos que há uma tendência doutrinária de imaginar que ainda hoje predomina a figura do testador romano, que, como ilustrado por Giselda Hironaka (2014, p.292), utilizava-se do seu poder de disposição patrimonial por testamento para se vingar dos seus familiares. É claro que pode haver abusos na liberdade de testar, e por isso mesmo ela deve sofrer limitações – tanto quantitativas quanto qualitativas, o que foge ao escopo da presente investigação. Entretanto, não podemos ignorar que também muitas vezes as disposições testamentárias patrimoniais são precipuamente funcionalizadas à promoção de situações existenciais – ora do beneficiado, ora do próprio disponente – plenamente compatíveis com os valores constitucionais.

Em primeiro lugar, o testador pode distribuir patrimônio com a finalidade de promover a proteção e o desenvolvimento da personalidade dos beneficiados com quem ele se importa e que não seriam adequadamente contemplados pela sucessão intestada. Notemos aqui que a ordem de vocação hereditária legal nem sempre será suficiente para proteger satisfatoriamente

3 E aqui devemos igualmente rechaçar a tendência a acreditar que o reconhecimento de filhos por via sucessória só é juridicamente relevante porque tem repercussão patrimonial na distribuição dos quinhões hereditários; ou a tendência semelhante de que a nomeação de tutor para os filhos menores é notadamente focada na aptidão de administrar os bens que estes receberão.

pessoas em situação de vulnerabilidade dependentes do autor da herança – a título ilustrativo, um irmão com deficiência ou um genitor idoso, que não serão chamados a suceder caso o sucedido deixar descendentes. Se o testador dispõe *post mortem* de patrimônio preocupado com, por exemplo, a subsistência do herdeiro testamentário ou do legatário, temos uma clara situação em que a situação patrimonial não é um fim em si mesma, porém na realidade funcionalizada à promoção da situação existencial dos envolvidos. Essa função é claramente evidenciada no legado de alimentos, cujo escopo é assegurar a subsistência digna do legatário. Contudo, qualquer disposição patrimonial pode ser movida por um interesse existencial constitucionalmente tutelado; a título de exemplo, o legado de um imóvel pode ser movido pela intenção de garantir uma moradia – direito fundamental social expressamente positivado – ao beneficiado.

O que queremos deixar claro com o parágrafo acima é que a distribuição de riquezas por testamento não deve ser necessariamente enxergada como um fim em si mesmo nem como tendo finalidades essencialmente egoísticas da parte do disponente. Uma disposição testamentária patrimonial funcionalizada à promoção de interesses existenciais constitucionalmente legítimos dos sucessores testamentários se trata de uma evidente hipótese de repersonalização do testamento – a proteção e a promoção da personalidade humana se colocam no centro da sucessão hereditária, em conformidade com as exigências constitucionais. Por sinal, esse é um dos fundamentos pelos quais entendemos inadequada a vedação absoluta de deixa testamentária em favor do concubino do testador casado, notadamente nos casos em que a morte do provedor significa um risco à subsistência digna do concubino sobrevivente – como a temática exige tratamento em investigação própria, deixamos apenas o incentivo à reflexão sobre a matéria.

Em segundo lugar, a cláusula patrimonial pode ser movida também pela promoção de interesses extrapatrimoniais do testador, como por exemplo o seu senso de dever para com algumas pessoas (familiares, amigos) ou instituições (de ensino, filantrópicas). Lidar com a própria mortalidade ainda é problemático para a maioria das pessoas; a sensação de cumprir os mencionados deveres, por meio da disposição testamentária, é um meio de o testador alcançar certo conforto e consolo. Identificamos aqui mais um momento em que a disposição patrimonial é funcionalizada à promoção de interesses existenciais legítimos do autor da herança. O próprio renascimento do testamento, no século XI, deve-se à uma funcionalização das disposições patrimoniais aos interesses existenciais do testador (entretanto, obviamente, num sentido muito diverso daquele empregado atualmente). Conforme relatado por Pontes de Miranda (2005, p.38), a Igreja, através dos seus tribunais eclesiásticos, fiscalizava a morte, buscando esmolas,

dádivas, legados a corporações religiosas, entre outras assim chamadas "disposições piedosas"; caso o sujeito não as instituísse, sofreria a pena de privação de sepultura[4]. Para evitar esta sanção, que lhes atingiria espiritualmente, os indivíduos passaram a adotar o costume de instituir legados para prover necessidades piedosas.

3.2 DISPOSIÇÕES TESTAMENTÁRIAS EXISTENCIAIS

Além da funcionalização das disposições patrimoniais à promoção de interesses não-patrimoniais, a despatrimonialização e a repersonalização do testamento podem ser notadas nas cláusulas testamentárias extrapatrimoniais, finalmente expressamente reconhecidas na legislação brasileira pelo artigo 1.857, § 2º do Código Civil de 2002.

Ocorre que, apesar do evidente e elogiável avanço em relação ao Código Civil de 1916, o legislador essencialmente não se preocupou em dar atenção especial às disposições testamentárias de natureza eminentemente extrapatrimonial. O Livro de Direito das Sucessões trata superficialmente de quatro dessas cláusulas: perdão ao indigno (artigo 1818)[5], disposições especiais sobre o enterro (artigo 1881)[6], nomeação de testamenteiro (artigos 1883 e 1976)[7] e sufrágios pela alma do morto (artigo 1998)[8]. No Livro de Direito de Família encontramos ainda as possibilidades de reconhecimento de filhos (artigo 1609, III e artigo 1610) e nomeação de tutor por via testamentária (artigo 1729, parágrafo único). Entendemos em primeiro lugar que o tratamento legislativo dado às referidas matérias tem se mostrado insuficiente para as demandas que elas envolvem. Ademais, a codificação deixou de tratar de diversas outras cláusulas testamentárias existenciais.

---

4 No mesmo sentido, John Gilissen (2003, p.691).

5 Enxergamos no perdão ao indigno uma natureza extrapatrimonial. A reabilitação tem o potencial de promover a conciliação e a pacificação social, em especial no contexto em questão. Contudo, também reconhecemos que o tratamento dado pela legislação ao perdão é exclusivamente direcionado às suas consequências patrimoniais.

6 Não existe, porém, qualquer regulamentação legal que vise a assegurar o respeito à manifestação de última vontade do falecido em relação ao seu próprio enterro.

7 A nomeação de testamenteiro, por si só, não tem caráter patrimonial. Entretanto, o *múnus* desempenhado por ele consiste justamente em dar cumprimento às disposições de última vontade, notadamente patrimoniais; inclusive por isso o Código regulamenta as hipóteses em que o testamenteiro tem a posse e a administração da herança, bem como determina a sua prestação de contas e lhe confere, em certas circunstâncias, direito à remuneração por seus serviços.

8 O mencionado dispositivo, todavia, apenas se refere aos sufrágios pela alma do falecido no que diz respeito ao seu aspecto meramente patrimonial, ou seja, em que circunstâncias eles serão descontados da herança. Assim como no tocante ao funeral, não há qualquer regulamentação sobre o respeito a estas disposições, que evidentemente consubstanciam manifestação da liberdade de crença do falecido.

O Código de 2002 dispõe sobre o perdão nos casos de indignidade no seu artigo 1818[9]. Acreditamos que a reabilitação do indigno é um importante instrumento de pacificação social e familiar; é a declaração solene de que um ato socialmente gravíssimo foi perdoado e deixado para trás. No ato de reconciliação entre ofendido e ofensor existe um evidente valor existencial que diz respeito intimamente a ambos. Ocorre que o assunto só é interessante à codificação no que diz respeito aos seus aspectos patrimoniais, ou seja, no fato de o perdoado ser admitido à sucessão. Esse exacerbado patrimonialismo é ressaltado na hipótese de perdão implícito[10], caso em que o ofensor somente á autorizado a suceder no limite da disposição testamentária. Percebemos assim que a lei pouco se importa com a natureza existencial do perdão; contrário fosse, daria mais prestígio ao ato de perdoar, ainda que praticado de forma implícita.

A atual codificação civil cita as disposições de última vontade sobre o enterro como uma das matérias suscetíveis de tratamento por codicilo[11]. Consideramos que se trata da positivação do princípio da liberdade dos funerais, segundo o qual, na doutrina de Marcel Planiol e Georges Ripert (1946, p.662), o indivíduo tem o direito de escolher o lugar em que será sepultado, a ocorrência ou não de celebrações religiosas, entre outros detalhes. Acreditamos que outras disposições podem ser feitas, como por exemplo a requisição de cremação[12] ou o pedido específico para que alguém compareça ou deixe de comparecer ao enterro. Verificamos aqui diversos elementos existenciais, como o direito à sepultura, à disposição do próprio corpo, à intimidade, bem como à liberdade religiosa. Ocorre que o legislador não dedicou qualquer esforço para assegurar o cumprimento dessas disposições. Não aceitamos o possível argumento de que, na medida em que morto não tem mais personalidade, não há obrigatoriedade de cumprir o quanto solicitado pelo testador. Nosso ordenamento jurídico tutela penalmente não apenas a sepultura e a integridade física do cadáver[13], mas a própria cerimônia funerária[14]; portanto, seria um contrassenso rejeitar a obrigatoriedade civil

---

9 Art. 1.818. Aquele que incorreu em atos que determinem a exclusão da herança será admitido a suceder, se o ofendido o tiver expressamente reabilitado em testamento, ou em outro ato autêntico.

10 Art. 1.818. *Omissis.* Parágrafo único. Não havendo reabilitação expressa, o indigno, contemplado em testamento do ofendido, quando o testador, ao testar, já conhecia a causa da indignidade, pode suceder no limite da disposição testamentária.

11 Art. 1.881. Toda pessoa capaz de testar poderá, mediante escrito particular seu, datado e assinado, fazer disposições especiais sobre o seu enterro, sobre esmolas de pouca monta a certas e determinadas pessoas, ou, indeterminadamente, aos pobres de certo lugar, assim como legar móveis, roupas ou jóias, de pouco valor, de seu uso pessoal.

12 Lei de Registros Públicos, art. 77, § 2º A cremação de cadáver somente será feita daquele que houver manifestado a vontade de ser incinerado ou no interesse da saúde pública e se o atestado de óbito houver sido firmado por 2 (dois) médicos ou por 1 (um) médico legista e, no caso de morte violenta, depois de autorizada pela autoridade judiciária.

13 Crimes de violação de sepultura; destruição, subtração ou ocultação de cadáver; vilipêndio a cadáver. Artigos 210 a 212 do Código Penal.

14 Crime de impedimento ou perturbação de cerimônia funerária, artigo 209 do Código Penal.

de atender ao quanto solicitado pelo testador para a celebração da sua última despedida. Apesar disso, a legislação não oferece nenhum mecanismo para tanto[15].

Também associadas à liberdade religiosa são as cláusulas testamentárias ou codicilares em que se pedem sufrágios pela alma do falecido. Entretanto, o legislador apenas delas tratou quanto ao aspecto patrimonial: as despesas para o seu cumprimento sairão do monte da herança[16]. Apesar de o dispositivo legal dizer que o testador *ordenou* esses sufrágios, não há qualquer mecanismo que vincule algum sucessor ou o testamenteiro a cumprir tais disposições (salvo se forem impostas como condição a alguma disposição patrimonial). Novamente, não há qualquer preocupação legislativa em assegurar o respeito à cláusula com fins existenciais.

Ana Luiza Maia Nevares (2009, p.299), confiando na diligência do testamenteiro, acredita que a imputação do custeio das despesas ao patrimônio hereditário é potencialmente adequada para afastar a dificuldade de cumprimento das disposições de cunho não patrimonial. Não compartilhamos dessa visão otimista, na medida em que consideramos tal previsão legal não assegura suficientemente a coercibilidade das cláusulas existenciais. Ana Nevares (2009, p.307) defende ainda a atuação do Ministério Público como *custus juris* para assegurar a concretização das cláusulas testamentárias extrapatrimoniais, ponderando-as com os fins sociais a que o caso concreto disser respeito. Aderimos a tal posicionamento, todavia permanecemos lamentando a inexistência de outros mecanismos legais que garantam a execução dessas cláusulas[17].

Acreditamos que é prejudicial não haver tratamento específico no âmbito do direito sucessório para matérias existenciais, na medida em que identificamos lacunas daí decorrentes que precisam ser preenchidas. A título ilustrativo, o Código Civil de 2002 ao tratar do rompimento do testamento fala que *todas* as disposições de última vontade serão ineficazes

15 Um caso recente ilustra o quanto problemático pode ser a definição do enterro de alguém. No final de 2018, o local de velório e sepultamento de Mãe Stella de Oxóssi teve de ser determinado pela Justiça do Estado da Bahia. https://g1.globo.com/ba/bahia/noticia/2018/12/28/apos-impasse-entre-integrantes-do-terreiro-ile-axe-opo-afonja-e-a-companheira-de-mae-stella-justica-determina-que-corpo-da-ialorixa-seja-enterrado-em-salvador.ghtml.

16 Código Civil de 2002, Art. 1.998. As despesas funerárias, haja ou não herdeiros legítimos, sairão do monte da herança; mas as de sufrágios por alma do falecido só obrigarão a herança quando ordenadas em testamento ou codicilo.

17 Um possível mecanismo assecuratório do respeito às disposições do testador sobre o próprio enterro ou sobre sufrágios para a própria alma seria a possibilidade de sanção ao sucessor que dolosamente as descumprisse ou contribuísse para o seu descumprimento, tendo conhecimento da sua existência. Tal sanção seria uma eventual redução de quinhão – funcionalizando, assim, o interesse patrimonial do sucessor ao interesse existencial expresso pelo *de cujus* (RIBEIRO, 2019, p.274). Ainda assim, não vislumbramos meios para resguardar tais cláusulas existenciais contra ação de sujeitos não diretamente relacionados à sucessão *causa mortis*.

caso, após a elaboração do testamento, o disponente venha a ter algum herdeiro necessário[18]. Ora, a justificativa de ser da referida norma é a proteção patrimonial desses sucessores forçados; portanto, não faz sentido afetar as disposições de cunho extrapatrimonial nesses casos. Por essa razão, apresentamos à VIII Jornada de Direito Civil proposta de enunciado, aprovada como Enunciado 643: "O rompimento do testamento (art. 1.973 do Código Civil) se refere exclusivamente às disposições de caráter patrimonial, mantendo-se válidas e eficazes as de caráter extrapatrimonial, como o reconhecimento de filho e o perdão ao indigno". Como visto, a pouca preocupação do legislador com as disposições testamentárias de caráter existencial precisa ser suprida com trabalho doutrinário e jurisprudencial.

Existem ainda outras possíveis cláusulas testamentárias de natureza existencial que não são sequer mencionadas pelo Código Civil. Por exemplo, em Ana Luiza Maia Nevares (2009, p.255) encontramos referências a "orientações quanto à publicação de obras inéditas, quanto à utilização de seu nome, imagem e voz em programas ou propagandas, entre outras". A referida autora (2009, p.258, p.277) menciona ainda disposições relativas à doação póstuma de órgãos e tecidos, bem como que vedem a divulgação de informações relativas à saúde do morto, além do consentimento para a realização de reprodução assistida *post mortem*.

Acreditamos que a falta de regulamentação específica das supramencionadas cláusulas pela codificação civil enseja diversas controvérsias que poderiam ter sido evitadas com um maior cuidado legislativo. Por exemplo, havendo disposição testamentária autorizando a retirada de órgãos e tecidos para transplantes, ainda será necessária a autorização do cônjuge, companheiro ou parente[19]? Havendo cláusula no testamento requerendo o descarte de embriões criopreservados, o outro genitor dos referidos embriões poderá exercer algum direito sobre eles, inclusive no sentido de autorizar o seu uso para fins de pesquisa e terapia[20]?

Por fim, encontramos entre as hipóteses de exclusão por indignidade um exemplo do excessivo patrimonialismo presente no Código de 2002 como um todo, com especial projeção

---

18 Art. 1.973. Sobrevindo descendente sucessível ao testador, que não o tinha ou não o conhecia quando testou, rompe-se o testamento em todas as suas disposições, se esse descendente sobreviver ao testador. Art. 1.974. Rompe-se também o testamento feito na ignorância de existirem outros herdeiros necessários.

19 Lei 9434/1997, Art. 4o A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte. (Redação dada pela Lei nº 10.211, de 23.3.2001)

20 Ao contrário do caso de apenas sêmen ou óvulos congelados, os embriões criopreservados carregam em si material genético dos dois genitores, portanto ambos têm interesse na sua utilização ou descarte. O caso do testador requerendo o descarte é potencialmente problemático porque a Lei de Biossegurança (Art. 5º, § 1º) requer o consentimento de ambos os genitores para a utilização dos embriões para fins de pesquisa e terapia. Contudo, seria possível alegar ser inadequado que o reconhecimento da eficácia *post mortem* da sua vontade acabe impedindo o avanço científico que tem potenciais benefícios para a sociedade.

no Livro do Direito das Sucessões, que leva a uma proteção deficiente das cláusulas existenciais. Lemos no artigo 1.814, III que "são excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade". O dispositivo em questão é defeituoso, na medida em que foca exclusivamente no ato de disposição patrimonial. E se o sucedido tiver sido impedido de fazer um testamento no qual reconheceria um filho? Ou um testamento no qual faria determinações sobre o seu próprio enterro? De pouco adianta o legislador inserir uma norma reconhecendo a possibilidade de se fazer disposição testamentária de caráter não-patrimonial, se, na hora de proteger a liberdade de testar, apenas a disposição de bens é contemplada.

Conclusivamente, observamos que o Código Civil de 2002 avançou com o reconhecimento da validade de cláusulas com caráter existencial. Entretanto, a codificação pouco se preocupou com as disposições testamentárias de caráter extrapatrimonial, o que tem um duplo potencial negativo: por um lado, não são fornecidos os mecanismos para assegurar que elas sejam respeitadas; por outro lado, não são resolvidas diversas controvérsias relativas à eficácia *post mortem* da vontade do testador. Dessa forma, o supramencionado avanço foi muito tímido para verdadeiramente inserir o testamento no fenômeno da despatrimonialização e repersonalização do Direito Civil.

Na seção seguinte, trataremos do testamento ético, uma modalidade de testamento exclusivamente orientada às disposições existenciais, cujo reconhecimento pelo ordenamento jurídico poderá efetivamente representar uma despatrimonialização e repersonalização da sucessão testamentária.

4 O TESTAMENTO ÉTICO[21]

Quando uma pessoa morre, ela deixa um legado àqueles que ficam. Não utilizamos, aqui, a palavra "legado" no sentido que habitualmente lhe dá o Direito das Sucessões: bem determinado e certo deixado a título singular, por testamento, para um beneficiário denominado legatário. O sentido de legado ora empregado é bem mais amplo, inspirado na ideia de *legacy* da tradição anglo-saxônica: significa tudo o que o morto transmite aos vivos, o que inclui bens

21 Dedicamos a presente seção à Professora Nilza Maria Costa dos Reis, da Universidade Federal da Bahia. Em suas aulas de Direito das Sucessões, a referida docente há muitos anos vem ensinando que "as maiores riquezas humanas não são suscetíveis de inventário, mas admitem partilha".

tangíveis, mas também disposições intangíveis. Em suma, aquilo que alguém construiu durante sua vida, em termos patrimoniais e existenciais, e que fica para a posteridade.

Com a tendência a se enxergar no fenômeno hereditário um caráter exclusivamente patrimonial, deixa-se de lado o fato de que um indivíduo pode legar muito mais a seus herdeiros do que simplesmente patrimônio. Ao longo da vida, a pessoa adquiriu sabedoria, valores, experiências, histórias, arrependimentos, entre tantas outras aquisições intangíveis, que não necessariamente precisam se extinguir com a morte. Pelo contrário, aqueles que sobrevivem podem se valer muito de tudo isso para o desenvolvimento das próprias personalidades.

Os genitores naturalmente esperam que sua prole evite os erros que eles cometeram em suas vidas. Isso, contudo, só é possível se eles identificarem esses erros e por que foram cometidos (VERNON, 2003, p.01). Esse processo de aprendizado a partir das experiências vividas e sofridas gera conhecimento, crescimento e desenvolvimento. Compartilhando a sabedoria adquirida dessa forma, os mais velhos podem possibilitar que a geração seguinte tome decisões mais adequadas.

O que acontece, então, com os elementos extrapatrimoniais que compõem o legado de alguém? É bom recordar que, se certas histórias não forem contadas, elas serão perdidas para sempre (BAINES, 2003, p.143). Por essa razão, o testador pode dispor dos elementos morais do seu legado utilizando-se do testamento ético, ou *ethical will*. Testamentos éticos são instrumentos nos quais a última vontade não é manifestada direcionada a destinações patrimoniais. Em verdade, eles expressam disposições existenciais – como instruções morais, conselhos, valores, histórias – do testador para os seus destinatários, sucessores em sentido estrito ou não.

O testamento ético se diferencia do tradicional em razão das suas finalidades precípuas. O segundo é convencionalmente utilizado principalmente para distribuir riquezas; o primeiro, por sua vez, transmite valores intangíveis, orientações, direcionamentos para a família (MCCARTY, 2015). De acordo com Denise Federer (2013), o testamento tradicional expressa "o que eu quero que meus entes queridos recebam"; o *ethical will* expressa "o que eu quero que meus entes queridos saibam". Trata-se de uma oportunidade de compartilhar experiências, ensinar lições aprendidas durante arrependimentos os sucessos pessoais, recordar e guardar momentos importantes; tudo isso para que aqueles que ficam possam ter acesso a experiências que, de outro modo, não encontrariam (FALKNER, 2010, p.457).

Para evitar imprecisões conceituais, é muito importante notar que o testamento ético não se confunde com a conhecida figura do "testamento vital". Este último, inspirado no *living*

will anglo-saxônico, não tem natureza jurídica de negócio jurídico *causa mortis*[22], mas sim de diretriz antecipada de vontade; ou seja, trata-se de instrumento cujo objetivo visa a "garantir ao paciente que seus desejos serão atendidos no momento da terminalidade da vida" (DADALTO, 2010). Ao contrário do testamento vital, o propósito do *ethical will* não é determinar instruções para cuidados médicos, e sim fazer uma retrospectiva da vida do autor (COHEN-MANSFIELD et al, 2009, p.526), daquilo que ele considera mais importante transmitir para as próximas gerações em termos de valores pessoais, esperanças, preocupações (FALKNER, 2010, p.454).

O *ethical will* se origina na milenar tradição judaica de oferecer direção espiritual para a prole (VERNON, 2003, p.01). Os judeus da Antiguidade pouco ou nenhum controle tinham sobre a disposição *post mortem* dos seus pertences, na medida em que a sucessão *causa mortis* era definida com certa rigidez pela Lei Mosaica; por essa razão, desenvolveu-se o costume de direcionar a última manifestação de alguém para compartilhar histórias familiares, práticas religiosas e valores espirituais (FALKNER, 2010, p.452)[23].

Em suas origens, o testamento ético era feito oralmente, geralmente no leito de morte (BAINES, 2003, p.141). A doutrina é unânime no sentido de que se passou a utilizar a forma escrita para o testamento ético no século XII (RAPHAEL, 1999). Nesse mesmo período, o costume passou a ser compartilhado por cristãos e muçulmanos, sendo bastante popular e difundido até o século XVIII (FALKNER, 2010, p.452), quando acabou caindo em desuso. Recentemente, em especial nos países de tradição anglo-saxônica, este instrumento vem ganhando novamente popularidade e sendo reconhecido como uma forma de passar adiante pelas gerações aquilo que realmente mais importa (KEEVA, 2005, p.88). Quais fatores explicam o renascimento do testamento ético?

Steven McCarty (2015) lista seis razões pelas quais se deve fazer um *ethical will*: esses instrumentos proporcionam uma oportunidade de a pessoa deixar algo para trás e ser lembrada; eles ajudam a documentar a história e a contar estórias com as quais os outros podem aprender no futuro; proporcionam uma oportunidade de o testador esclarecer os seus próprios valores antes de passá-los adiante; geram autoconhecimento e autocompreensão; dão a chance de

---

22 Adotamos aqui a teoria de Marcos Bernardes de Mello (2011, p.249), segundo quem "diz-se *mortis causa* o negócio jurídico *cuja eficácia depende* da morte. (...) O negócio à causa de morte existe tão logo composto seu suporte fáctico, sendo válido ou inválido desde aí. (...) É preciso ressaltar que a *morte* somente faz caracterizar o negócio jurídico como *mortis causa* quando compõe o seu suporte fáctico como elemento que deflagra sua eficácia". O testamento vital não é negócio jurídico *causa mortis* porque sua eficácia antecede a morte; consequentemente, não tem natureza jurídica de testamento, sendo sua nomenclatura uma contradição no objeto.

23 A doutrina costuma identificar tal instrumento mesmo em algumas passagens do Antigo Testamento da Bíblia, entre as quais a mais famosa está no capítulo 49 do Livro de Gênesis, em que se relatam os conselhos de Jacó para a sua prole. Outro exemplo famoso está no I Livro de Reis, capítulo 2, em que constam as últimas instruções de Davi a Salomão.

aceitar os erros passados e de lidar com a própria mortalidade; criam um gratificante sentimento de completude e realização. Do mesmo modo, há relatos pessoas que, após o processo de feitura do testamento ético, encontram uma nova razão para viver; o exercício faz com que elas percebam que ainda têm algo a oferecer (KEEVA, 2005, p.88). Há também relatos da importância que vem sendo dada aos testamentos éticos por pessoas em estágios iniciais de doenças mentais degenerativas, que querem passar uma última mensagem a suas famílias antes da enfermidade lhes retirar essa oportunidade (SHULTZ, 2006, p.12).

Ademais, o testamento ético tem um grande potencial para promover interação entre gerações, mesmo que transcendendo a vida dos escritores (COHEN-MANSFIELD et al, 2009, p.525-527). Nos Estados Unidos, muitos *ethical wills* são elaborados como apresentações de PowerPoint, apresentações de fotos de família, vídeos, DVDs, páginas do Facebook e até mesmo aplicativos de smartphones (GUSTKE, 2014). Identificamos assim no momento de abertura e leitura do testamento ético uma oportunidade de celebração da memória do falecido, uma ressignificação do momento de luto, o que efetivamente se consubstancia em uma promoção dos valores existenciais tanto do *de cujus* quanto das pessoas que permanecem vivas.

Nesse sentido, não há vantagens somente para o autor do *ethical will*, mas também para os seus destinatários. Em primeiro lugar, receber tal mensagem ajuda no desenvolvimento da personalidade e, consequentemente, na construção do próprio legado moral. Além disso, ter acesso às histórias do falecido pode permitir que seus amigos e em especial seus familiares compreendam melhor as próprias identidades e os reflexos das experiências pretéritas (FALKNER, 2010, p.457). Por fim, uma mensagem final deixada pelo morto pode ajudar a lidar com o luto e suas consequências muitas vezes devastadoras.

Por outro lado, não podemos deixar de lado a existência de reflexos patrimoniais, ainda que indiretos, do testamento ético. Por exemplo, quando se trata de sucessão em uma empresa familiar, o testador pode contar a história da sua atividade, inclusive os objetivos e princípios sobre os quais ela se iniciou e os ideais que a direcionaram. Dessa forma, os sucessores terão maior compreensão acerca dos motivos e meios pelos quais as principais decisões empresariais foram tomadas (STEIN; BRIER, 2001, p.115). O autor pode compartilhar, também, quais atributos pessoais ele acredita que o levaram ao sucesso (GAUDIANI, 2007, p.33), o que configuraria uma verdadeira transferência *causa mortis* de *know-how*.

Não se trata, entretanto, de um instrumento que conta com a simpatia de toda a comunidade jurídica. Questionamentos são feitos a respeito da possível incompatibilidade de um documento emocional e cheio de subjetividades com uma circunstância em que o principal objetivo é resolver rapidamente questões financeiras (KASLOW; BENJAMIN, 2015, p.173).

Por outro lado, também deve ser levado em consideração que os filhos (ou destinatários, de modo geral) podem não ser muito receptivos aos conselhos recebidos (KAHN, 2001, p.93).

De fato, reconhecemos que o testamento ético deve ser elaborado com cautela. O testador deve estar ciente da força de suas palavras, que podem criar danos severos se mal direcionadas, ainda que proferidas do túmulo (ALEXANDER, 2006, p.32). Por essa razão, em sua feitura devem ser evitados abusos. Desse modo, por exemplo, recomendamos que não se deve usar esse instrumento como última oportunidade de insultar alguém nem para revelar casos que possam violar a intimidade e a privacidade de outrem. Nesse sentido, Pontes de Miranda (2005, v.III, p.51) já se referia ao "direito das disposições contumeliosas"; trata-se das disposições testamentárias que contém censuras, repreensões, ou até mesmo afrontas e injúrias, aos herdeiros ou legatários. Elas podem ser incluídas como um desabafo, um castigo ou com um intuito correcional. Segundo Pontes de Miranda, nelas pode haver "luta íntima entre a vontade de assegurar recursos a alguém e a verificação de que este alguém, descendente, ascendente, parente, afilhado, protegido ou amigo, não lhe merece". Ressalvamos, entretanto, que a referência a este tipo de dispositivo na obra de Pontes de Miranda se restringe à sua acessoriedade em relação à disposição de natureza patrimonial: "temos de reputar não escrita, e salvar o testamento e a própria deixa ao herdeiro ou legatário que tão acerbamente se exprobou".

Apesar das críticas e cautelas necessárias, a importância do *ethical will* no cenário norte-americano é revelada pela frequência com que vem sendo utilizado não apenas pelas pessoas comuns, mas também por celebridades. Também vem ganhando popularidade notadamente entre fundadores de empresas, que contemplam o que será dos seus negócios quando eles se aposentarem ou morrerem (KAHN, 2001, p.91). Nelson Rosenvald (2018, p.304) cita o exemplo do ator de Hollywood Phillip Seymour Hoffman, que em seu testamento "exigiu que o filho cresça em Nova York, Chicago, ou São Francisco, ou que visite essas cidades pelo menos duas vezes por ano para estar exposto à cultura, às artes e à arquitetura que elas oferecem".

Entendemos que o testamento ético é totalmente compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, apesar da falta de tratamento legislativo específico. Com o supramencionado artigo 1.857, § 2º do Código Civil de 2002, o legislador reconheceu a validade dos negócios jurídicos *mortis causa* com disposições de caráter exclusivamente extrapatrimonial. Além disso, enxergamos claramente a função promocional de valores existenciais (para a proteção e desenvolvimento da personalidade humana), determinada pela Constituição Federal, em um

testamento elaborado com a finalidade de distribuir histórias, valores, crenças, princípios, experiências, sabedoria.

Outra questão que devemos analisar é a eficácia jurídica do testamento ético. Certas cláusulas testamentárias extrapatrimoniais claramente produzem efeitos concretos no mundo do Direito; por exemplo, com o reconhecimento de filho, o testador voluntariamente declara a existência de um vínculo jurídico entre ele e o seu descendente (o que, indiretamente, gera consequências patrimoniais decorrentes da vocação hereditária daí decorrente). Quais seriam, contudo, os efeitos derivados de um *ethical will*? É basicamente consenso na doutrina norte-americana o fato de que, nos Estados Unidos, o testamento ético não tem força vinculante (SHULTZ, 2006, p.12). Em se tratando de Brasil, Nelson Rosenvald (2018, p.305) entende que o conteúdo do testamento ético não é exequível, não sendo possível constranger o destinatário a cumprir as diretrizes valorativas do testador; eventuais descumprimentos por si só não atuam como condições resolutivas.

Entendemos, porém, que a busca por um efeito jurídico "concreto" ou "exequível" é aparentemente decorrente de um paradigma patrimonialista e pode chegar a ser contraditória com a natureza eminentemente existencial do testamento ético. Por outro lado, conseguimos ver ao menos um efeito estritamente jurídico do *ethical will*: seu papel na hermenêutica testamentária. O artigo 1.899 do Código Civil de 2002 determina que, "quando a cláusula testamentária for suscetível de interpretações diferentes, prevalecerá a que melhor assegure a observância da vontade do testador". Ocorre que o testamento não pode ser interpretado recorrendo-se a elementos externos, apenas à própria cédula testamentária. Como, então, é possível assegurar a melhor observância da vontade do testador, se o intérprete não pode recorrer a instrumentos não testamentários para interpretar as disposições de última vontade? Se o sujeito deixou um *ethical will*, com reconhecida natureza jurídica de negócio *mortis causa*, então o conteúdo ali constante – histórias, valores, princípios – poderão orientar a atividade hermenêutica relativa às cláusulas patrimoniais do testamento tradicional.

Ressalvamos ainda, por fim, que a razão de ser do *ethical will* não é substituir o tradicional. Ambos podem conviver harmoniosamente, inclusive nada impede que estejam contidos na mesma cédula testamentária. Em verdade, o seu propósito é contribuir para o testador traçar um plano mais completo, que envolve não apenas propriedade e finanças (ALEXANDER, 2006, p.31). A sucessão testamentária não sofre uma redução de sua função patrimonial, mas recebe o acréscimo de uma tutela qualitativamente diversa, sendo também espaço de desenvolvimento da pessoa do testador e também dos destinatários (PERLINGIERI, 2002 p.34).

Conclusivamente, vemos no testamento ético um importante instrumento de promoção de interesses existenciais do sucedido no fenômeno hereditário. Nelson Rosenvald (2018, p.306) já chegou a afirmar que "o que presenciamos agora é a própria revisitação da função do testamento, rumo à despatrimonialização". De fato, acreditamos que o reconhecimento da validade do *ethical will* poderá ser um importante passo na repersonalização da sucessão testamentária no Brasil.

5 CONCLUSÃO

Na presente investigação, constatamos que o Direito das Sucessões é um ramo jurídico particularmente patrimonialista, todavia que não deve permanecer imune aos fenômenos de despatrimonialização e repersonalização do Direito Civil. Nesse sentido, à luz da metodologia civil-constitucional, entendemos que a sucessão testamentária também deve passar por um processo de "filtragem constitucional", necessariamente tendo que se abrir à promoção de interesses existenciais.

Depreendemos que a despatrimonialização do testamento se manifesta claramente em duas circunstâncias. Em primeiro lugar, com a funcionalização das disposições testamentárias patrimoniais à promoção de interesses existenciais constitucionalmente legítimos, tanto do testador quanto dos beneficiários da deixa. Em segundo lugar, com a abertura da sucessão testamentária para as cláusulas de caráter extrapatrimonial – o que no Brasil se deu reconhecimento legislativo no artigo 1.857, § 2º do Código Civil de 2002.

Apesar da elogiável novidade normativa, percebemos que ainda há muito a se avançar no tratamento das disposições testamentárias extrapatrimoniais. O Código Civil de 2002, apesar de reconhecer a sua existência e validade, pouco ou nada fez para lhes assegurar eficácia. O legislador se referiu apenas a poucos exemplos de cláusulas existenciais do testamento, e nenhuma delas recebeu um regime jurídico que efetivamente lhe assegure cumprimento. Muitas matérias que possivelmente constarão de disposições testamentárias extrapatrimoniais ficaram sem tratamento normativo algum, o que potencialmente gerará dúvidas em relação à sua aplicabilidade.

Por outro lado, induzimos que o testamento ético – aquele no qual não se distribui patrimônio, mas sabedoria, conselhos, lições de vida etc. – é um mecanismo difundido na cultura jurídica anglo-saxônica que é totalmente compatível com o ordenamento constitucional e infraconstitucional brasileiro, particularmente na medida em que potencialmente traz os interesses existenciais para o centro da sucessão testamentária. Reconhecemos que restam

dúvidas sobre seus efeitos jurídicos concretos; contudo, por fim, concluímos que ao testamento ético ao menos se reconheceriam efeitos hermenêuticos, no sentido de orientação da busca pela real vontade do testador.

REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Robert G. Ethical Wills: The Gift of a Heart. **Journal of Practical Estate Planning**, n.27, 2006.

ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. **Successões.** Rio de Janeiro, RJ: Revista dos Tribunais, 1915.

BAINES, Barry K. Ethical Wills: creating meaning at the end of life. **Home Health Care Management & Practice**, v.15, n.2, 2003.

BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel; COLIN, Maurice. **Traité théorique et pratique de droit civil, t.1: des donations entre vifs et des testaments.** 2. ed. Paris, FR: Librairie de la Societe du Recueil Gal des Lois et des Arrets, 1899.

BEVILAQUA, Clovis. **Direito das sucessões.** Edição histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; DANTAS, Renata Marques Lima. **Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos.** Revista brasileira de direito civil – RBDCivil, Belo Horizonte, vol. 11, jan/mar. 2017. Disponível em: https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume11/rbdcivil11_09-art-04_roxana-brasileiro-borges-et-al.pdf. Acesso em: 07 jun. 2018.

COHEN-MANSFIELD, Jiska; REGIER, Natalie G.; PEYSER, Hedy; STANTON, Joshua. Wisdom of generations: a pilot study of the values transmitted in ethical wills of nursing home residents and student volunteers. **The Gerontologist**, v.49, n.04, 2009.

DADALTO, Luciana. **Testamento Vital.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil.** 3.ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FALKNER, Cindy E. Happily Ever After: An Ethical Will May Be a Step on that Journey. **Western Michigan University Cooley Law Journal**, v.12, 2010.

FEDERER, Denise P. Guiding a Client's Moral Legacy. **On Wall Street**, 01 de fevereiro de 2013. Disponível em: https://onwallstreet.financial-planning.com/news/guiding-a-clients-moral-legacy. Acesso em 04 ago. 2018.

GAUDIANI, Claire. Transferring the intangible. **Trust & Estates**, 146, n.12, 2007.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito.** 4. ed. Lisboa, PO: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GUSTKE, Constance. The Ethical Will, an Ancient Concept, is Revamped for the Tech Age. **The New York Times**, New York, 01 de novembro de 2014. Disponível em: https://www.nytimes.com/2014/11/01/your-money/the-ethical-will-an-ancient-concept-is-revamped-for-the-tech-age.html. Acesso em 04 ago. de 2018.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente.** – 2.ed. rev. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

KAHN, Jeremy. Where there's an (Ethical) Will, there's a way. **FSB: Fortune Small Business**, v.11, n.8, 2001.

KASER, Max. **Direito privado romano.** Lisboa, PO: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

KASLOW, Florence W; BENJAMIN, G. Andrew H. Ethical Wills: the positives and the perils for the family. **Journal of Family Pshychotherapy**, n.26, 2015.

KEEVA, Steven. A legacy of values. **ABA Journal**, v.91, 2005.

MCCARTY, Steven. **6 reasons every advisor needs and ethical will.** 2015. Disponível em: https://www.thinkadvisor.com/2015/02/09/6-reasons-every-advisor-needs-an-ethical-will/?slreturn=20180705155340. Acesso em 05 ago. 2018.

NEVARES, Ana Luiza Maia. **A função promocional do testamento – tendências do direito sucessório.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional.** Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2ª ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional.** Tradução de Maria Cristina De Cicco. – Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. **Tratado practico de derecho civil frances, t.5: donaciones y testamentos.** Traducción española por Mario Diaz Cruz. Habana: Cultural, 1946.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado dos testamentos, v. I.** Leme: BH Editora e Distribuidora, 2005.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado dos testamentos, v.III.** Leme: BH Editora e Distribuidora, 2005.

RAPHAEL, Lawrence W. The teaching of writing an ethical will. **Judaism: a quarterly journal of Jewish life and thought**, v.48, n.2, 1999.

RIBEIRO, Raphael Rego Borges. **O direito das sucessões e a Constituição Federal de 1988: reflexão crítica sobre os elementos do fenômeno sucessório à luz da metodologia civil-constitucional.** Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Salvador, 2019. Disponível em:

https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/31687/1/Raphael%20Rego%20Borges%20Ribeiro.pdf. Acesso em 21 mar. 2020.

ROSENVALD, Nelson. **O direito civil em movimento.** 2.ed. – Salvador: Juspodivm, 2018.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de Direito Civil, vol. III.** Direito das Obrigações e Direito Hereditário. Tradução da 6a edição italiana, com notas remissivas aos Códigos Civis Brasileiro e Português pelo Dr. Ary dos Santos. – 3a edição. São Paulo: Saraiva, 1973.

SHULTZ, Judith. Ethical wills: a tool for resolving unfinished business. Aging Today, **San Francisco**, v.27, 2006.

STEIN, Helene; BRIER, Marcia. More than a feeling: a personal legacy statement allows clients to pass along more than just financial assets to their heirs. **Financial Planning**, New York, 2001.

VERNON, Art. Writing an Ethical Will. **Women's League Outlook**, New York, v.74, 2003.