

SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA: ASPECTOS JURÍDICOS RELEVANTES DE EXISTÊNCIA, INSTRUMENTALIZAÇÃO E IMPEDIMENTOS QUANTO A SUA UTILIZAÇÃO

Cinthia Maria de Castro Ferreira¹

Luciana Flávia Nunes Casimiro²

RESUMO

Analisa-se, com base em uma pesquisa dogmática, a transmissão causa *mortis* pela sucessão testamentária em seus aspectos mais significativos: os benefícios e os impedimentos a sua vasta utilização como forma de direcionamento de herança. Para tanto, qualquer pessoa a partir dos 16 anos de idade encontra-se apta a fazer um documento extremamente solene, denominado testamento. Tal documento surgiu na sociedade romana, antes mesmo da Lei das XII tábuas, e no Brasil, de maneira tardia, apenas no Baixo Império. Suceder, em sua acepção mais restrita, significa a substituição de algo ou alguém, e nestes termos, pode ser utilizado tanto o procedimento da sucessão legítima quanto da testamentária, destacando-se que nesta última forma, existem aspectos jurídicos que necessitam ser analisados à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Direito Civil. Sucessão *causa mortis*. Herança. Testamento. Ato de Disposição de Última Vontade.

ABSTRACT

It is analyzed, based on a survey dogmatic transmission causa mortis inheritance of the more significant aspects: the benefits and impediments to their widespread use as a way to direct inheritance. To do so, anyone from the age of 16 is able to make a very solemn document called a will. This document originated in Roman society, even before the Law of the XII boards, and in Brazil, so late, only in the Lower Empire. Succeeding in its strictest sense, means the substitution of something or someone, and these terms can be used both in the procedure of testamentary succession as legitimate, noting that in this last case, there are legal aspects that need to be analyzed in the light the Brazilian legal system.

Keywords: Civil Law. Succession cause of death. Inheritance. Testament. Disposal Act of Will.

¹Discente do Curso de Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte – FARN. E-mail : cinthia08@hotmail.com

² Docente do Curso de Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte – FARN. E-mail : casimioluciana@yahoo.com.br

INTRODUÇÃO

No âmbito do Direito Civil, a palavra *sucessão* está intimamente relacionada com a substituição da titularidade do acervo patrimonial do falecido, no qual ocorrendo o evento futuro e certo denominado morte, são transmitidos inúmeros direitos e obrigações aos herdeiros, seja pela vontade da lei seja por ato de disposição de última vontade de um testador.

Com a edição do Código Civil de 2002 - *Lei de n. 10.406, de 10/01/2002* - está mais bem colocado à disposição de qualquer pessoa capaz, a possibilidade de se fazer um testamento. A depender de onde se encontre o testador e a sua escolha inequívoca pela sucessão testamentária, pode ele utilizar tanto dos testamentos especiais - feitos em situações emergenciais ou excepcionais -, quanto dos testamentos ordinários, no qual se verifica a instrumentalização desses últimos, tanto em um Ofício de Notas quanto no sofá da sala.

Na medida em que a sucessão testamentária se revela como um ato jurídico extremamente peculiar, em detrimento da sucessão legal ou legítima, observa-se a sua pouca ou quase nenhuma utilização pela sociedade brasileira.

Inúmeros argumentos existem para não se utilizar tal instrumento, seja de ordem cultural - porque fazer um testamento obrigatoriamente deve se pensar na morte - seja pelo alto valor das custas e emolumentos dos serviços notariais, seja pelo excesso de formalidades legais, que caso não observadas de forma obrigatória, poderá acarretar a invalidade do ato ou do negócio jurídico.

Fazendo um comparativo com outros ordenamentos jurídicos, como o Direito Americano, a sucessão testamentária no Brasil ainda é muito pouco utilizada, o que deveria ser o contrário, já que é uma das formas mais céleres de se partilhar um acervo hereditário.

Nos Estados Unidos, as disposições testamentárias podem ser de qualquer ordem, patrimonial ou não, inclusive, não é raro vermos em jornais e periódicos que alguém deixou um patrimônio para seu animal de estimação, o que não ocorre no Brasil, ante a aplicabilidade do Princípio da Liberdade Restrita de Testar.

Para finalizar, é de grande relevância o estudo prático-jurídico para saber quais aspectos materiais e processuais que acabam por constituir uma barreira àqueles que

querem utilizar da sucessão testamentária, mas não possuem o adequado esclarecimento para tanto.

2. SIGNIFICADO DA PALAVRA SUCESSÃO

O Livro I da Parte Geral do Código Civil de 2002, em seu artigo 6º³ (REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2011) nos esclarece que com a morte, seja ela de causas naturais ou de forma presumida, a pessoa natural se extingue, sendo o pontapé inicial para a abertura da sucessão.

O significado do Direito das Sucessões pode ser analisado tanto em um contexto objetivo quanto subjetivo. Na primeira acepção, *é o conjunto de normas e de princípios destinados a regular a transmissão de direitos e obrigações deixados por alguém que morre* (ERBRECHT, 1922).

No que tange ao contexto subjetivo, o objeto do direito das sucessões, é o patrimônio do falecido, ou ainda, os quinhões hereditários dos sucessores.

Mas qual seria o significado de sucessão? Para ilustrar o conceito, trazemos o discurso de Mauro Antonini:

Sucessão significa, em sentido amplo, a transmissão de uma relação jurídica de uma pessoa a outra. Pode ser de direitos e obrigações, ter conteúdo obrigacional ou real. Há relações jurídicas intransmissíveis, não sujeitas à sucessão, como ocorre, por exemplo, com os direitos da personalidade que, salvo as exceções legais, são intransmissíveis, por disposição do artigo 11 do Código Civil. (ANTONINI, 2011, pág. 2158. v.1).

Complementando, ainda, essa noção, Sílvio de Salvo Venosa (VENOSA, 2004) afirma que *sucedere é substituir, tomar o lugar de outrem no campo dos fenômenos jurídicos. Na sucessão, existe uma substituição do titular de um direito. Esse é o conceito amplo de sucessão no direito.*

³ Art. 6º do CC - A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.

O Direito Sucessório se relaciona de forma intrínseca com o direito à herança disposto de forma expressa no artigo 5º⁴, inciso XXX, da nossa Magna Carta (SARAIVA 2011). Por isso, é de grande interesse tanto do Estado quanto da sociedade, primordialmente desta última, que nenhum patrimônio sofra as consequências jurídicas e materiais dos institutos da jacência ou da vacância, pois acarretaria desvirtuamento da ordem natural e habitual de vocação hereditária.

2.1. Espécies de Sucessão

Ao fazer a leitura do artigo 1786 do Código Civil vigente, chega-se a conclusão de que o âmbito civilista disciplina duas espécies de sucessão: por ato *inter vivos* ou *causa mortis*.

A primeira resta configurada quando o próprio sujeito ativo do patrimônio (dono) ou alguém por ele autorizado dispuser do mesmo mediante negócio jurídico gratuito ou oneroso, razão pela qual o Direito das Obrigações é o principal responsável pelo seu disciplinamento.

Em sentido diverso, a sucessão *causa mortis* tem seu início com a morte do titular do patrimônio, transferindo-se o seu recebimento aos sucessores (sentido amplo), cujo regramento dá-se pelo Direito Sucessório, delimitando, portanto, o objeto do presente trabalho.

Com a vigência da Lei n. 10.406/2002, o Código Civil pátrio abriu a possibilidade de duas espécies de sucessão *causa mortis* figurar simultaneamente: sucessão legítima e/ou testamentária, o que não era permitido com o Código Civil de 1916.

Com isso, pode-se perceber que existem duas maneiras elencadas pelo Código Civil, para que seja transmitido a herança do falecido aos seus sucessores. O de *cujus* pode se valer tanto da sucessão legal, ou legítima e, ainda, da sucessão testamentária.

O professor Zeno Veloso, ao discorrer sobre a sucessão legítima diz *que é aquela que decorre por força exclusiva da lei, sendo também chamada de ab intestato*.

⁴Art. 5º, XXX da CF - É garantido o direito de herança.

O artigo 1829- uma das normas capitais do Código indica em que ordem a sucessão é deferida (VELOSO, 2003).

Na ocorrência da sucessão testamentária, estaremos diante da formalização da vontade de uma pessoa viva através de um documento formal denominado testamento, que só terá suas conseqüências jurídicas verificadas quando de sua morte.

Por isso, o testamento consiste em uma faculdade que pode ser feito por qualquer pessoa, a partir dos 16 anos de idade, e poderá conter tanto disposições patrimoniais, quanto não patrimoniais, como exemplo, o reconhecimento de um filho.

Neste sentido, temos a seguinte lição de Zeno Veloso:

A sucessão testamentária (que em última análise, também é prevista em lei, e nesse sentido é igualmente legítima), toma por base as disposições de última vontade feitas em testamento pelo autor da herança. Não é exatamente, como alguns dizem a vontade de um morto que vai se cumprir. Morto não tem vontade. Trata-se da vontade de um vivo, para depois de sua morte. A vontade foi do vivo; os efeitos ocorrem com o falecimento dele. (VELOSO, 2003. v.2).

Apesar de o nosso legislador ter disciplinado a sucessão testamentária em cento e quarenta e oito artigos, a preferência ainda é pela sucessão legítima, por apresentar menos formalidades que aquela.

3. MORTE: EVENTO FUTURO

A personalidade do indivíduo é adquirida ao nascer com vida e cessa com a sua morte⁵. Com a ocorrência deste evento futuro e certo, estaremos diante da possibilidade de abertura da sucessão do de *cujus*. Os dois eventos naturais aludidos surgem e terminam concomitantemente, pois com fim da vida também é o da personalidade.

⁵ Art. 6º do CC - A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.

Sobre a morte, o falecido escritor irlandês, Oscar Wilde, tão elegantemente escreveu: (...) *Morte é o fim da vida, e toda a gente teme isso, só a Morte é temida pela Vida, e as duas refletem-se em cada uma.* (WILDE, 2000).

A fase inicial de instrumentalização da morte dá-se com o atestado de óbito⁶. Trata-se de um documento formal assinado por um médico, no qual declara a ocorrência qualificação da morte (local, data, horário e causa) do indivíduo, devendo ser posteriormente ser lavrado no Ofício de Notas de Registros Públicos, em um prazo máximo de 15 dias contados a partir da morte, sendo substituído pela Certidão de Óbito, documento hábil à comprovação legal da abertura da sucessão.

Existe uma expressão em latim que vem ilustrar o presente tópico: *mors omnia solvit* (**a morte acaba com tudo**). Mas seria mesmo?

Estaríamos diante de uma afirmação se estivéssemos tratando do Direito de Família, Direito das Obrigações e Direito Penal, cuja morte de certa pessoa ensejaria o fim da sua personalidade jurídica e, como regra, a extinção de suas obrigações.

Mas isso também ocorreria no Direito das Sucessões ou seria apenas seu nascedouro?

Com a morte de determinado sujeito pode nascer para outras pessoas à pretensão sucessória, que será oportunizada no momento da abertura da sucessão. Neste caso, esses sujeitos passam a ser vistos como herdeiros, em seu sentido amplo, englobando tanto àqueles legítimos, testamentários e/ou legatários.

Neste sentido, Euclides Benedito de Oliveira, Doutor em Direito Civil e membro integrante do Instituto Brasileiro de Direito de Família- IBDFAM dispõe:

Quando se pensa em morte, em desaparecimento de alguém, logo vem um sentimento de irreparável tristeza e dor pela perda, especialmente quando se trata de um ente querido. De outro lado a morte traz a continuidade da vida do extinto, no tocante aos seus bens, que de imediato, transmitem-se aos sucessores legítimos e testamentários. (OLIVEIRA, 2004. v.3).

Ademais, o Código Civil pátrio disciplina que a personalidade jurídico-civil da pessoa natural se inicia com o nascimento com vida⁷, passando o sujeito a ter direitos e ser destinatário de inúmeros deveres, somente vindo a terminar quando falece. Para o

⁶ Art. 9º do CC - Serão registrados em registro público: I - os nascimentos, casamentos e óbitos (...);

⁷ Art. 2º do CC – Adoção da Teoria Natalista.

direito sucessório, portanto, é apenas seu termo inicial para que seja oportunizada a abertura da sucessão.

Mas o que seria a morte? Na definição trazida por Nelson Nery Júnior, em sua Obra, o Código Civil Comentado:

A morte é fato jurídico que produz efeitos gerais. O mais importante deles é o de fazer cessar a personalidade. Produz também efeitos sucessórios, porque é o evento morte que designa a abertura da sucessão. (NERY JÚNIOR, 2011, PÁG. 1288. v. 4).

Neste diapasão, o Princípio de Saisine⁸, de origem francesa, mas adotado no Brasil, disciplina que com a morte do de *cujus* ocorre à transferência automática da herança a seus herdeiros legítimos, testamentários e legatários.

No dizer do doutrinador Nelson Nery Júnior, *os herdeiros são investidos na posse e adquirem a propriedade pelo simples fato da morte do autor da herança. Adquirem os direitos e obrigações do morto co todas as suas qualidades e vícios.* (NERY JÚNIOR, 2011).

No entanto, existem certas circunstâncias em que o momento da morte não poderá ser atestado, surgindo os institutos da comoriência e da premoriência, os quais terão efeitos sucessórios distintos.

Giselda Hironaka finaliza expondo alguns dos motivos que levam as pessoas a temerem a morte e, conseqüentemente, a não instrumentalizarem seu próprio testamento, vejamos:

No Brasil, ainda estima-se o costume e até pode-se afirmar que é parte da cultura deste povo evitar-se falar em morte, e principalmente, deixar um documento que verse sobre os bens e outros temas que surtirão efeito após o falecimento. É como se o ato de citar a morte, agilizasse seu acontecimento. (HIRONAKA, pág. 16, 2007. v.5).

4. DA SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA

⁸ Art. 1.784 do CC - Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

4.1. Evolução Histórica

Antes de tudo, é indispensável o trato da sucessão testamentária no tempo. Tudo tem início com a sociedade Romana, a qual foi responsável pelo surgimento das primeiras maneiras de se fazer um testamento, antes até da Lei das XVII Tábuas.

Na Idade Média, a feitura deste ato solene era imbuída primordialmente de sentimento religioso, na medida em que as figuras sacerdotais influenciavam de forma abrangente as práticas testamentárias. Por isso, os testamentos feitos daquela remota época, deixavam patrimônios consideráveis em favor da Igreja.

No período clássico, os pretores começam a aceitar escritos que só seriam considerados válidos quanto a sua instrumentalização, se estivessem as assinaturas de sete testemunhas, bem como seus respectivos selos. O objetivo a ser perseguido era a extinção de inúmeras formalidades conferidas a esse instituto na Idade Média.

Com o nascimento do período romano, passa-se a ter uma concepção diversa do testamento, uma vez que a figura do *pater*, considerado o chefe da família, era o responsável pelo culto aos deuses, o que acabava por exercer grande poder sobre os membros da família.

Neste período longínquo, vedava-se a transmissão do patrimônio do falecido à mulher, na medida em que era vista apenas como pessoa responsável pela criação e educação dos filhos, razão na qual se justificava a sua renúncia na herança em favor de seu marido. Ademais, por também não exercer atividade remunerada, não deveria ser incluída como herdeira testamentária.

Assim, com o falecimento do gestor da casa, era feita automaticamente ao filho a mudança na titularidade do patrimônio, na medida em que era visto como àquele que iria dar continuidade ao culto doméstico e das relações jurídicas pertencentes ao tempo da morte do de *cujus*, por isso, tal continuidade era vista como um direito de um lado, e do outro, como sendo obrigação do sucessor.

Apenas no Baixo Império ou ainda, período pós clássico, começam surgir às primeiras formas de testamento que hoje são utilizadas em nosso ordenamento jurídico: os testamentos públicos e os particulares.

Entre as primeiras nomenclaturas adotadas para os testamentos, estavam os testamentos nuncupativos ou aqueles em que a pessoa estava prestes a falecer. Já o

testamento denominado hológrafo, nos dias atuais, se considera semelhante ao testamento particular e por fim, o testamento tripertitum, que para Venosa *é aquele decorrente da fusão do direito civil antigo, do direito pretoriano e das constituições imperiais* (VENOSA 2004).

Com o nascimento da Lei das XVII Tábuas, surge uma nova forma de testar, vez que abrangia tanto a classe dos herdeiros necessários, quais sejam os descendentes de uma mesma pessoa quanto àqueles em que não houvesse os laços sanguíneos, tais como os filhos adotados e o cônjuge, elevando-se assim, à categoria de herdeiros qualquer pessoa, passando a incluir a figura feminina.

Pode-se dizer que, mesmo embrionariamente, temos o princípio do direito sucessório onde os parentes mais próximos acabam por excluir os mais remotos, obedecendo-se a ordem de vocação hereditária.

Com a edição das Ordenações Filipinas em Portugal em 1595, nada mais são do que normas jurídicas acopladas sob o mesmo fundamento jurídico começou a fase em que os herdeiros se agrupavam em quatro classes: primeiramente, a dos descendentes em linha reta, passando à dos ascendentes também em linha reta, em seguida, os colaterais até o décimo grau, e por fim, a classe do cônjuge sobrevivente.

Inaugurou ainda, a possibilidade de transferência da herança ao Estado, em caso de impossibilidade no recebimento do patrimônio pelos herdeiros acima elencados.

Em nível de Brasil, somente com a publicação da Lei de nº. 1.839 de 31 de Dezembro de 1907, a chamada Lei Feliciano Pena, *passou a modificar a ordem de vocação sucessória, mantendo as duas primeiras classes de herdeiros, preferindo o cônjuge supérstite aos colaterais, limitando a herança destes ao sexto grau de consangüinidade* (WALD, 2009).

Com a publicação da Lei de nº. 3.071, de 01 de janeiro de 1916, o então vigente Código Civil de 1916, surgiram certos avanços legislativos no que se refere à liberdade de testar, citando dentre eles, a ampliação da quota parte disponível, passando de um terço para a metade de todo o patrimônio do *de cujus*.

Trouxe ainda, a possibilidade de se imputar ao instrumento seja ele particular ou público, as cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e a conversão, que nada mais é do que a transformação de bens em outros.

Com o advento do Decreto Lei de nº. 9.461, de 15 de julho de 1946 houve a redução dos legitimados ao recebimento da herança, sendo substituídos os colaterais de até sexto grau para os de até quarto grau.

Mas, foi pela vigência do novo Código Civil - Lei de n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – que vieram as mudanças mais significativas no Direito das Sucessões, em especial, em relação à ordem de vocação hereditária, disciplinando quais sujeitos podem ser habilitados no processo sucessório, em especial, o recebimento de acervo patrimonial por parte do nascituro, ou seja, àquele que ainda está por nascer.

Outrossim, a ordem de chamamento dos herdeiros na sucessão legítima foi a mais alterada, reforçando-se, inclusive, a posição do cônjuge como herdeiro necessário, possibilitando, portanto, a sua participação na herança em concorrência com os descendentes e ascendentes do falecido (OLIVEIRA, 2007).

4.2 – Conceito

Quem de nós já pensou na possibilidade de feitura de um ato ou negócio jurídico denominado testamento?

Certamente, a resposta da grande maioria seria não. Esse instrumento jurídico se encontra intrinsecamente correlacionado à sucessão testamentária.

Inicialmente, a renomada jurista e doutrinadora Maria Berenice Dias nos traz a seguinte definição sobre sucessão testamentária:

É o direito que revela com maior amplitude a autonomia da vontade privada. O testador regula, em ato unilateral, a distribuição dos seus bens, conforme sua própria vontade. A justificativa para esta modalidade de sucessão é permitir a destinação de bens e valores a qualquer pessoa. Admite a lei que, por meio de um documento, alguém delibere sobre o destino de seus bens para depois de sua morte. (DIAS, 2011, págs. 330 e 332. v.6).

Outrossim, entende-se que a sucessão testamentária é um direito que o legislador coloca à disposição de qualquer pessoa, independentemente de sua condição social, uma vez que a Constituição Federal disciplina a igualdade de seu povo perante a lei, e restará

configurada quando o falecido, deixar sua vontade manifestada em um documento denominado testamento.

Nestes termos, pode-se depreender que a materialização da sucessão testamentária ocorre por com um instrumento formal, o qual pode ser de natureza pública ou particular, tal seja o testamento.

Mas o que poderia se entender por testamento?

Na visão de Arnaldo Rizzardo (RIZZARDO, 2009), *é considerado ato de última vontade para significar ser a derradeira decisão de uma pessoa sobre bens ou outros assuntos de seu interesse*.

Pontes de Miranda complementa a noção dizendo que *é ato pelo qual a vontade de alguém é declarada para o caso de morte, com eficácia de reconhecer, extinguir ou transmitir direitos*. (PONTES DE MIRANDA, 1972).

O Código Civil de 1916 trazia a sua definição, o que não foi seguido pelo Código de 2002, nos artigos 1857 e 1858. Este instrumento normativo se limitou em informar quais as características do testamento, disciplinando que é um ato ou negócio jurídico unilateral, personalíssimo e de última vontade de determinado sujeito, através do qual entrega, total ou parcialmente, seu patrimônio a qualquer pessoa, independentemente dos laços de consangüinidade ou afetividade, a partir da abertura da sucessão (morte).

Reveste-se da unipessoalidade, na medida em que nosso ordenamento jurídico, no artigo 1863 do CC⁹, proíbe a feitura do testamento de forma conjuntiva, ou seja, por duas ou mais pessoas. Trata-se, portanto, de instrumento formal e solene e para que seja considerado válido, deve obedecer de forma minuciosa às formalidades legais.

Aliado a essas características, encontra-se o fato de que o princípio da autonomia da vontade privada é a idéia central deste instituto, pois só será transferido patrimônio a outrem, segundo as diretrizes do falecido.

4.3 – Requisitos

⁹ Art. 1.863 do CC - É proibido o testamento conjuntivo, seja simultâneo, recíproco ou correspectivo.

Conforme o que foi exposto acima, é de suma importância o esclarecimento dos requisitos legais, tanto em relação ao testador quanto dos herdeiros, para que reste configurada a sucessão testamentária.

Logo, quando o testador, estiver diante de certos requisitos obrigatórios, a sucessão testamentária restará configurada, senão, vejamos: a) capacidade ativa para dispor de seu acervo patrimonial; b) legitimidade passiva para o seu recebimento; c) declaração de vontade materializada em testamento, desde que na forma preestabelecida em lei; e d) a limitação imposta pela lei para que haja a disposição dos bens, pois nem todo o patrimônio pode ser resguardado para um testamento.

Caso os supramencionados requisitos não sejam obedecidos de forma simultânea, aliado ao fato de que qualquer vício pode ocasionar a anulação do testamento, deverá então, ser observado o procedimento da sucessão legítima.

Quando falamos em capacidade testamentária ativa, estamos diante daquelas pessoas que a possuem para a prática de atos da vida civil, e que, portanto, possuem o pleno discernimento na feitura de um testamento.

O nosso código Civil, em seu artigo 1860, explicita que a capacidade testamentária ativa é a regra, sendo a incapacidade uma vedação legal. No entanto, o mesmo diploma legal abriu a possibilidade aos relativamente capazes, ou seja, aquelas pessoas compreendidas entre dezesseis anos e dezoito anos de idade, de redigirem um testamento, não necessitando nem da assistência, nem da representação, desde que estejam, no momento da instrumentalização do testamento, com a plena capacidade mental.

Vale salientar que, se o testador vem a se tornar incapaz após a feitura do instrumento, este não será eivado de vício, na medida em que a higidez física e mental é observada apenas no momento de sua perfectibilização.

Sílvio de Salvo Venosa defende, com razão, *a validade do testamento feito por interditado que se curou da enfermidade mental, antes do levantamento da interdição, provada cabalmente a plena capacidade ao tempo do testamento* (VENOSA, 2003, pág.142-143).

Na contramão, por disposição do artigo 1861 do Código Civil vigente, àquele que faz um testamento quando era incapaz e, advém superveniente a sua capacidade, não tem o condão de convalidá-lo.

Logo resta demonstrado que a capacidade testamentária ativa é o requisito basilar a ser observado por aquele que deseja escrever um testamento.

Outro requisito intrínseco é a legitimidade testamentária passiva. Configura-se na investigação de quais pessoas podem ser beneficiárias de um testamento, sendo elas físicas ou jurídicas.

Neste norte, o testamento mostra-se o meio mais adequado para que o testador possa escolher para qual herdeiro quer direcionar seus bens, pois despendeu esforços ao longo da vida construindo certo patrimônio, e nada melhor do que ele, escolher para quem deixá-lo.

A vontade do testador deve ser materializada em um instrumento, tal seja o testamento. Há unanimidade na doutrina¹⁰, ao disciplinar que ele funciona como um negócio jurídico. Como já dito, é ato jurídico de disposição de última vontade, no qual a pessoa poderá dispor da totalidade dos seus bens, ou não, havendo certos limites que a lei impõe para que seja considerado válido.

Por fim, a lei requer que se o de *cujus* possua herdeiros, de qualquer classe, não poderá haver a disposição total de seus bens, devendo ser reservado uma parte da herança à sucessão legítima, que corresponde à metade da parte disponível. Por isso, no nosso ordenamento jurídico material existem duas espécies de sucessão: a legítima e a testamentária.

5. INSTRUMENTALIZAÇÃO PROCESSUAL DA SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA: VIA ADMINISTRATIVA OU VIA JUDICIAL?

Em nosso ordenamento jurídico, a Lei de n. 11.441, de 04 de janeiro de 2007 alterou o Código de Processo Civil, em especial, o procedimento do Inventário e da Partilha Extrajudicial.

Com a aludida modificação, passou a ser ofertado aos herdeiros (sentido amplo) duas formas de efetivação processual de sucessão: pela via judicial e pela via administrativa, ressaltando-se que a escolha de sua instrumentalização dependerá do preenchimento dos requisitos legais, ou ainda, pela vontade dos herdeiros.

¹⁰ Neste sentido: Orlando Gomes, Sucessões, p. 94; Sílvio Venosa, Direito Civil, p.132 e Arnaldo Rizzardo, Sucessões, p.229

5.1 – Inventário Administrativo ou Extrajudicial

A legislação processual preocupada em colocar à disposição dos sucessores alternativa de divisão patrimonial por ato *causa mortis*, trouxe o Inventário Administrativo ou Extrajudicial, pela edição da Lei de n. 11.441/2007, de 04 de janeiro de 2007.

A lei em referência foi bastante sucinta ao dar nova interpretação aos artigos 982, 983 e 1.031 do Código de Processo Civil, necessitando, inclusive, da regulamentação do Conselho Nacional de Justiça através da Resolução de nº. 35¹¹, de 24 de abril de 2007.

Ao fazermos a leitura do artigo 982¹² do Código de Processo Civil, nos traz os requisitos ensejadores para que haja a possibilidade do inventário ser feito pela via extrajudicial: a) capacidade civil de todos os herdeiros; b) ausência de testamento e c) consenso no que se refere à partilha do patrimônio.

Analizando a referida lei, depreende-se, inicialmente, com a exigência da capacidade plena dos sucessores no momento da lavratura da escritura pública, para que seja possível a partilha da herança pela via extrajudicial/administrativa.

Neste sentido, a capacidade deve ser vista em seu sentido amplo, ou seja, tanto pelo critério cronológico, que se encontra elencado no artigo 5º¹³ do Código Civil, - 18 (dezoito) anos -, bem como, se o herdeiro for emancipado – a partir de 16 anos, hipóteses do parágrafo único do mesmo artigo.

Outro ponto importante a ser ressaltado, é sobre a capacidade sucessória do nascituro, que ainda não tem o *status* de pessoa natural, aguardando-se, então, o seu nascimento com vida⁷.

¹¹ O objetivo da Resolução é trazer de forma mais clara, quais são as regras para a interpretação da lei de n. 11.441/2007, no âmbito da República Federativa do Brasil, uma vez que esta vem gerando inúmeras divergências quanto à sua aplicação.

¹² Art. 982 do CPC - Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial; se todos forem capazes e concordes, poderá fazer-se o inventário e a partilha por escritura pública, a qual constituirá título hábil para o registro imobiliário. (Redação dada pela Lei nº 11.441, de 2007).

¹³ Art. 5º do CC - A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

É o escólio da doutrinadora e jurista Maria Berenice Dias, *não há como se realizar o inventário extrajudicial. Assim, se a viúva se apresentar grávida perante o tabelião, não deve ser realizado o inventário.* (DIAS, 2011, pág. 565).

Em seguida, vem a ausência de sucessão testamentária.

Comunga do mesmo pensamento a doutrinadora Maria Helena Diz, vejamos:

Para que se aplique o regime notarial na sucessão *causa mortis*, será preciso que: *a)* todos os interessados sejam maiores e capazes ou emancipados; *b)* a sucessão seja legítima, pois o *de cujus* não pode ter deixado testamento contendo disposições de ordem patrimonial. Logo, nada obsta a que o inventário se dê administrativamente, se o testamento por ele feito contiver disposições pessoais, p. ex., emancipação de filho; reconhecimento de prole ou de união estável; instituição de tutor testamentário (CC, art. 1.729, parágrafo único) ou de bem de família convencional (CC, art. 1.711); revogação de testamento anterior, para que sejam aplicáveis as normas da sucessão legítima [...] (DINIZ, 2009, p.83. v. 7).

Por fim, exige-se o consenso entre os herdeiros, para que haja a partilha de todo o patrimônio do *de cujus*. Uma vez que a legislação veda a aceitação ou a renúncia de forma parcial do acervo patrimonial, a partilha obrigatoriamente se dá de forma total, ou esta, não será realizada.

Ressoa claro, pelos requisitos acima expendidos, a impossibilidade do inventário administrativo ou extrajudicial ser escolhido e utilizado para a execução da sucessão testamentária.

5.2 – Inventário Judicial: Aspectos genéricos

Como já exposto anteriormente, é necessária a comprovação do evento morte para se ter início o processo de inventário, cujo objetivo primordial é a entrega do patrimônio aos seus verdadeiros e legítimos beneficiários.

Em razão disso, o artigo 1.785 do Código Civil adota como regra de critério processual, o ajuizamento do processo de inventário no lugar do último domicílio do falecido, restando, configurada, portanto, a regra de competência absoluta em razão da matéria.

Destarte, o Código de Processo Civil disciplina, em seus artigos 982¹⁴ e seguintes acerca das outras regras do inventário judicial, dentre elas, sobre a legitimidade ativa, já que impõe tal forma quando os herdeiros forem incapazes ou menores de idade, ou ainda, quando não houver consenso quanto à partilha dos bens.

Vejamos o entendimento dos nossos Tribunais Superiores acerca do tema:

APELAÇÃO CÍVEL. PARTILHA. ALVARÁ JUDICIAL. INADEQUAÇÃO. INTERESSE DE MENOR. NECESSIDADE DE ABERTURA DE INVENTÁRIO. ART. 982 DO CPC. SENTENÇA MANTIDA. 1. O inventário é o processo judicial, de jurisdição contenciosa, destinado a apurar o acervo hereditário e verificar as dívidas deixadas pelo de cujus, bem como também quais as contraídas pelo espólio para, após o pagamento do passivo, estabelecer a divisão dos bens deixados entre os herdeiros. Tendo o “de cujus” deixado filho menor, havido em outro vínculo conjugal, deve ser aberto inventário judicial, a fim de que se faça prevalecer o seu interesse, descabendo a via do alvará judicial, exercida nestes autos, mormente se há a informação de que havia bens a inventariar. Recurso Improvido. Decisão Unânime. (Apelação Cível Nº 2010218705, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça de Sergipe, Relator: Desembargado Ricardo Múcio Santana de Abreu Lima. Julgamento: 15/03/2011)

Mas, qual o significado do processo de Inventário nos moldes da legislação pátria?

Como conceitua o doutrinador e professor Misael Montenegro,

O processo de inventário é o instrumento jurídico-processual de que se utilizam os herdeiros para permitir o levantamento do patrimônio do autor da herança, objetivando a classificação dos herdeiros, o pagamento das dívidas e a divisão do patrimônio remanescente, de acordo com a ordem de vocação hereditária prevista no CC ou com as disposições de última vontade, externadas pelo autor da herança através de testamento público ou particular. (MONTENEGRO FILHO, 2007. v.8).

Nestes termos, pode-se depreender que o inventário é um instrumento de direito processual utilizado pelos herdeiros, com a assistência de um profissional de advocacia, para que se possa fazer a arrecadação dos bens do falecido, e que estes possam ser

¹⁴ Art. 982 do CPC - Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial; se todos forem capazes e concordes, poderá fazer-se o inventário e a partilha por escritura pública, a qual constituirá título hábil para o registro imobiliário.

entregues aos sucessores legítimos, segundo a ordem de vocação hereditária prevista no artigo 1.829 do Código Civil vigente ou pela vontade de determinado testador.

Associando-se o conceito à fase instrumental do inventário, esclarece-se que a legislação material pelo artigo 1796¹⁵ do Código Civil, determinou que o ajuizamento do respectivo processo judicial, deverá ocorrer em até 30 (trinta) dias contados a partir da morte do autor da herança.

De maneira diversa, o Código de Processo Civil Pátrio estabelece o prazo de 60 (sessenta) dias para que se dê o procedimento de abertura do inventário judicial, segundo determina o seu artigo 983¹⁶.

Flávio Tartuce ao analisar o referido diploma legal, diz *que a grande crítica que se faz ao dispositivo é que ele não prevê sanção em caso de descumprimento do mencionado prazo.* (TARTUCE, pág. 434, 2010).

Nestes termos, tem-se aí um conflito de normas, e Euclides de Oliveira salienta *que deve prevalecer à norma mais recente, que neste caso, é a do Código de Processo Civil. Contudo, o inadimplemento não gera consequência alguma.* (OLIVEIRA, pág. 407, 2007).

No que tange ao rito do inventário judicial, pode ser observado o do arrolamento comum (artigo 1036 do CPC), o tradicional e, por fim, o de arrolamento sumário, ambos disciplinados pelos artigos 982 a 1030 do caderno processual.

É cediço que em toda e qualquer ação deve ser atribuído um valor da causa, e especificadamente, no inventário, deve ser calculada sobre os bens que constituem o acervo patrimonial do falecido. Portanto, quanto maior for o patrimônio, maiores serão os valores das custas processuais (preparo), figurando, como requisito indispensável à propositura da demanda judicial.

Entrementes, abre-se também a possibilidade do deferimento da gratuidade da justiça para àqueles que são considerados pobres na forma da lei, ou ainda, trouxerem aos autos comprovantes de que no momento, não possuem condições financeiras para

¹⁵ Art. 1.796 do CC - No prazo de trinta dias, a contar da abertura da sucessão, instaurar-se-á inventário do patrimônio hereditário, perante o juízo competente no lugar da sucessão, para fins de liquidação e, quando for o caso, de partilha da herança.

¹⁶ Art. 983 do CPC - O processo de inventário e partilha deve ser aberto dentro de 60 (sessenta) dias a contar da abertura da sucessão, ultimando-se nos 12 (doze) meses subsequentes, podendo o juiz prorrogar tais prazos, de ofício ou a requerimento de parte. (Redação dada pela Lei nº 11.441, de 2007).

efetuar o pagamento das custas e despesas processuais, bem como os honorários¹⁷ advocatícios (Lei n. 1.060/50, alterada pela Lei n. 7. 510/86).

Tratando-se de inventário judicial, necessita-se da assistência de um advogado ou um defensor público habilitado, e conseqüentemente, que seja efetuado o pagamento dos honorários advocatícios, quando não houver o benefício da gratuidade da justiça.

Por fim, diferentemente do escrito no item anterior – Inventário Extrajudicial ou Administrativo –, atesta-se ser possível a utilização do procedimento do inventário judicial tanto na sucessão legítima quanto na sucessão testamentária, a qual passa-se a sua análise.

5.2.1 Inventário Judicial na Sucessão Testamentária

Como forma de ilustrar o nosso entendimento, apresenta-se um caso de Ação de Cumprimento de Testamento - Processo n. 145.98.000070-3- que tramitou perante a Comarca de Nísia Floresta/RN, passando-se aos esclarecimentos prático-jurídicos do seu procedimento.

Aos 26 (vinte e seis) dias do mês de abril do ano de 1944, no Município de São José de Mipibú/RN, perante o Único Cartório, a Sr^a Ana Paiva de Alustal, brasileira, viúva, do lar, residente e domiciliada na Fazenda Descanso, s/n, Município de Nísia Floresta/RN, deixou um testamento público beneficiando sua única filha, Maria Lindalva de Paiva Alustal, sendo esta, portadora de enfermidade mental, portanto, incapaz, a qual vivia sob a responsabilidade de seu sobrinho Humberto, que não possuía filhos.

O acervo patrimonial de sua genitora consistia nos seguintes bens: a) duas partes maiores que a genitora herdou na propriedade Descanso pelo falecimento de seus pais Josefa Leocádia de Paiva e Vicente Xavier de Paiva, inventários julgados por sentença, respectivamente, em 22 de março de 1922 e 02 de setembro de 1929; b) Uma parte que a genitora recebeu de doação de sua irmã Izabel de Paiva Ribeiro, conforme Escritura

¹⁷ Art. 4º da Lei 1.060/50 - A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família.

§ 1º Presume-se pobre, até prova em contrário, quem afirmar essa condição nos termos da lei, sob pena de pagamento até o décuplo das custas judiciais.

Pública lavrada no Cartório Único da Comarca de São José de Mipibú/RN, no Livro 35, fls. 91 v a 93; c) uma parte que a genitora herdou pelo falecimento de sua irmã, Maria Sofia de Paiva, na mesma propriedade, conforme arrolamento procedido no Cartório Único da Comarca de São José de Mipibú/RN; d) uma pequena parte na propriedade Descanso herdada pela genitora em virtude do falecimento de sua irmã, Antônia Emília de Paiva, conforme arrolamento procedido na Comarca de São José de Mipibú/RN, e por fim, e) uma parte na propriedade Araçá, herdada de seu pai pelo falecimento de sua mãe, Josefa Leocádia de Paiva, conforme Auto de Partilha, em sentença data de 02 de setembro de 1929.

Tal patrimônio representa uma área de 18 hectares na propriedade e consiste num *quantum* de R\$70.000 (setenta mil reais).

No caso acima, temos o exemplo de um testamento ordinário, no qual é de livre escolha do testador a realização de qualquer uma de suas modalidades, na espécie pública. Configura-se tal instrumento, pois o mesmo foi redigido por um registrador em um Cartório e devidamente catalogado em um Livro de Notas.

Vale salientar que, todas as espécies de testamentos devem ser redigidas nas presenças de testemunhas, e no caso específico (Testamento Público), exige-se a presença de duas testemunhas, no mínimo, as quais jamais poderão figurar como beneficiárias no referido documento.

Diferentemente do que ocorrem com as outras modalidades de testamento ordinário, quais sejam o particular e o cerrado, o público, possui menor probabilidade de ser anulado em decorrência de vícios, na medida em que o Tabelião, obrigatoriamente com formação em Direito, concede “fé pública” ao documento.

No concernente ao conteúdo do testamento da Sr^a Ana Paiva, dentre outras disposições, disciplinava que em caso de falecimento de sua filha, sendo esta portadora de debilidade mental, e não possuindo nenhum herdeiro, os bens de sua herança deveriam ser transferidos ao seu único sobrinho, o Sr^o Humberto de Paiva Maciel, o que de fato ocorreu.

O testamento foi considerado válido pelo M.M Juiz da causa, uma vez que o Código Civil vigente estabelece o prazo de 05 (cinco) anos para que seja feita a impugnação do testamento, o que não foi feito.

Ademais, com o óbito da testadora na data de 30 de janeiro de 1982, (mil novecentos e oitenta e dois) foi ajuizada Ação de Cumprimento de Testamento de nº

145.98.000070-3, pelo Srº Humberto, tendo sido julgada procedente todos os seus pedidos, com sentença exarada aos 18 dias do mês de agosto de 1998, segundo preconiza o artigo 1.128¹⁸ do Código de Processo Civil.

No que se referem à competência material, os referidos autos tramitaram no Município de Nísia Floresta, por ter sido o último domicílio da falecida, segundo regra inserta no artigo 96¹⁹ do Código de Processo Civil Pátrio.

Posteriormente, o único Herdeiro do Testamento veio a falecer em 28 de junho de 1996, o que ocasionou a propositura de uma Ação de Arrolamento Sumário, processo de nº. 0001077-82.2011.8.20.0145 na medida em que estavam presentes todos os requisitos para a sua interposição, quais sejam: herdeiros maiores e capazes, além da concordância de todos no que se refere à partilha dos bens.

O referido processo ainda continua em tramitação perante a Comarca de Nísia Floresta/RN, possuindo o objetivo de partilhar os bens adquiridos pelo testamento da Srª. Ana Paiva de Alustal, na medida em que os bens do Sr. Humberto foram partilhados por Inventário Extrajudicial junto ao Quinto Ofício de Notas da Comarca de Natal/RN, tendo o mencionado Cartório se negado a fazer a partilha desses bens, uma vez que não tinha sido feito o arrolamento da testadora, oportunidade em que foi orientando para que assim fosse procedido.

No caso em tela, temos a existência de forma concomitante, de duas modalidades de sucessão: a legítima e a testamentária. Em ambas, o entendimento jurisprudencial é no sentido de que se deve aplicar a lei vigente da época no momento da abertura da sucessão, tal seja as disposições do Código Civil de 2002, no que se refere à sucessão legítima, e as do Código Civil de 1916, no que se refere à testamentária.

Como forma de ilustrar o presente entendimento, trazemos o seguinte julgado:

**DIREITO CIVIL - DIREITO DAS SUCESSÕES - APELAÇÃO -
TESTAMENTO - APLICABILIDADE DA LEI VIGENTE AO**

¹⁸ Art. 1.128 do CC - Quando o testamento for público, qualquer interessado, exibindo-lhe o traslado ou certidão, poderá requerer ao juiz que ordene o seu cumprimento.
Parágrafo único - O juiz mandará processá-lo conforme o disposto nos arts. 1.125 e 1.126.

¹⁹ Art. 96 do CPC - O foro do domicílio do autor da herança, no Brasil, é o competente para o inventário, a partilha, a arrecadação, o cumprimento de disposições de última vontade e todas as ações em que o espólio for réu, ainda que o óbito tenha ocorrido no estrangeiro.

TEMPO DA ABERTURA DA SUCESSÃO - LEGÍTIMA - CLÁUSULAS DE INALIENABILIDADE, IMPENHORABILIDADE E INCOMUNICABILIDADE - AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO - ANULAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DESPROVIDO. A lei aplicável ao caso é a vigente ao tempo da abertura da sucessão, ou seja, na data da morte do autor da herança, nos termos do artigo 1.787 do Código Civil. Sempre foi princípio basilar do Direito Sucessório a força da legítima dos herdeiros necessários; todavia, permitiu o artigo 1.723 do Código Civil de 1916, cuja redação foi introduzida no Projeto Beviláqua pela Lei nº. 1.839, de 31 de dezembro de 1.907, chamada Lei Feliciano Penna, que o testador interfira nessa parcela intangível, quer convertendo os bens da legítima em outras espécies quer impondo-lhes cláusulas de incomunicabilidade e inalienabilidade, não havendo dúvida de que o Código Civil de 1916 permitia ao testador, imotivadamente, gravar os bens da legítima com cláusula de inalienabilidade. (Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Processo de n. 103780601956820011 MG 1.0378.06.019568-2/001(1) Relator (a): MOREIRA DINIZ Julgamento: 20/10/2011. Publicação: 25/10/2011)

Após a análise do procedimento a ser adotado quando da propositura de uma demanda de Inventário Judicial envolvendo sucessão testamentária, mostra-se as barreiras jurídico-processuais à ampla utilização dos testamentos.

6. ASPECTOS JURÍDICOS QUE IMPEDEM SUA VASTA UTILIZAÇÃO

O Código Civil vigente trouxe inúmeras formalidades que acabam por impedir que o testamento seja utilizado de forma mais abrangente pela nossa sociedade, aliado à falta de informação das pessoas, o medo da morte e o elevado valor das custas notariais, que acabam por renegar esse tão importante instituto jurídico.

6.1 Formalidades do Testamento

6.1.2 – Obrigatoriedade da presença de testemunhas

A escolha das testemunhas pelo testador trata-se de requisito indispensável à feitura do testamento, devendo figurar no plano de sua validade jurídica.

O objetivo do Código Civil ao exigir a presença de testemunhas em todas as espécies de testamentos, seja nos ordinários, seja nos excepcionais, foi justamente dar um efeito fiscalizador ao ato, garantindo assim, que a vontade do testador ali expressa, fosse assegurada quando da abertura da sua sucessão.

Se estivermos diante da espécie cerrada ou pública, devem estar presentes, no mínimo, duas pessoas que atuarão como testemunhas, devendo ao final, assinar o referido documento. De maneira diversa, na modalidade particular, a exigência aumenta para três, em virtude da facilidade de anulabilidade do testamento por inobservância das regras legais.

Para tanto, o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.801²⁰ elenca as hipóteses em que não podem figurar como herdeiros nem legatários, as testemunhas da instrumentalização do testamento, tudo isto, para garantir que a vontade do testador não seja maculada.

De forma supletiva, deve se utilizar as disposições contidas no artigo 228 do Código Civil, ao tratar dos impedimentos para as testemunhas judiciais:

Artigo 228 – Não podem ser admitidos como testemunhas:

I- menores de dezesseis anos;

II- aqueles que, por enfermidade ou retardamento mental²¹, não tiverem discernimento para a prática dos atos da vida civil;

III- os cegos e surdos, quando a ciência do fato que se quer provar dependa dos sentidos que lhe faltam;

IV- os interessados no litígio, o amigo íntimo ou o inimigo capital das partes;

V- os cônjuges, ascendentes, descendentes e os colaterais até o terceiro grau de alguma das partes, por consangüinidade ou afinidade.

²⁰ Art. 1.801 do CC. Não podem ser nomeados herdeiros nem legatários:

I - a pessoa que, a rogo, escreveu o testamento, nem o seu cônjuge ou companheiro, ou os seus ascendentes e irmãos;

II - as testemunhas do testamento;

III - o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos;

IV - o tabelião, civil ou militar, ou o comandante ou escrivão, perante quem se fizer, assim como o que fizer ou aprovar o testamento. (Grifei)

²¹ Art. 3º do CC- São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I - os menores de dezesseis anos;

II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade. (Grifei)

Vale dizer ainda, que assim como se exige a capacidade plena do testador, no concernente às testemunhas, para elas também se verifica tal exigência normativa, sendo o seu descumprimento, motivo de declaração de nulidade absoluta, nos moldes do artigo 104²² do CC.

Nestes termos, vale salientar que o excesso de burocracia e muitas vezes, a incerteza que se tem de que a vontade expressa naquele testamento será cumprida em todos os seus termos, como por exemplo, no testamento cerrado ou no particular, que se os respectivos instrumentos não aparecerem - não terá como executar em juízo – *requisito formal* -, acabam por afugentar as pessoas da utilização desse importante instituto jurídico.

6.1.2 – Limite na disposição patrimonial

Na sucessão legítima foi explicitado que pode haver a partilha de todos os bens que constituem o acervo patrimonial do falecido - de uma casa até bens móveis pessoais do falecido, como pulseiras, roupas -, desde que sejam estritamente observados os critérios da ordem de vocação hereditária determinada no artigo 1829²³ do CC.

De maneira diversa, ao adentrarmos na seara da sucessão testamentária, um aspecto que impede a sua vasta utilização é quanto ao limite na disposição patrimonial. Neste sentido, deve-se respeitar o direito que os herdeiros possuem no que se refere à legítima.

Mas o que isto seria? Nos dizeres de Maria Berenice Dias *é a parte do patrimônio destinada aos herdeiros necessários, e que recebe o nome de legítima.* (DIAS, 2011, *pág.331*).

²² Art. 104 do CC - A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;
II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;
III - forma prescrita ou não defesa em lei.

²³ Art. 1.829 do CC. 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. 1.640, 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.

Entende-se, portanto, como legítima uma parte mínima e indisponível do patrimônio do falecido que obrigatoriamente deve ser transferida pela sucessão legal aos herdeiros legítimos existentes no momento da abertura da sucessão, via processo judicial ou administrativo de inventário e de partilha.

Igualmente, resta claro que não existe na sucessão testamentária o direito do testador em dispor da totalidade de seu acervo patrimonial pela sucessão testamentária, ficando, via de regra, subrogado ao teto legal existente.

Apenas de forma excepcional, o futuro autor da herança poderá direcionar todo o seu patrimônio: quando não possuir herdeiros necessários ou todos estes renunciarem, o que raramente se concretiza.

Corrobora-se a afirmação acima pelo julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA DE ESCRITURA PÚBLICA. AUSÊNCIA DE CAPACIDADE. PROVA. Inexistindo herdeiros necessários, possível a livre disposição de bens, sem reserva de legítima, podendo o doador beneficiar qualquer pessoa. A incapacidade do doador deve ser provada de forma inequívoca, pois a idade avançada, por si só, não impede a realização dos atos da vida civil. Não logrando as autoras em demonstrar que padecia a doadora de doença incapacitante, que afastasse a sua lucidez, não há que se falar em anulação da doação. APELO IMPROVIDO. (AC 441805. 2ª Câmara Cível de Direito Civil. Relator: Des. Nelson Schaefer Martins. Data de julgamento: 22/08/2011).

Por fim, muitas vezes o testador discordando com a regra legal de imposição de limites ao seu poder de testar, resolve não celebrar o testamento, achando que côm o patrimônio foi por ele constituídoomite legal a sua liberdade de testar

6.2 - Desejo de Não Morrer x Medo de Morrer

Inicia-se o presente assunto, utilizando a música de Gilberto Gil²⁴:

Não tenho medo da morte,
mas sim medo de morrer.
qual seria a diferença?

²⁴ <http://letras.terra.com.br/gilberto-gil/1288009/>

você há de perguntar
 é que a morte já é depois
 que eu deixar de respirar
 morrer ainda é aqui
 na vida, no sol, no ar
 ainda pode haver dor
 ou vontade de mijar
 a morte já é depois
 já não haverá ninguém
 como eu aqui agora
 pensando sobre o além
 já não haverá o além
 o além já será então
 não terei pé nem cabeça
 nem fígado, nem pulmão
 como poderei ter medo
 se não terei coração?
 não tenho medo da morte
 mas medo de morrer, sim
 a morte é depois de mim
 mas quem vai morrer sou eu
 o derradeiro ato meu
 e eu terei de estar presente
 assim como um presidente
 dando posse ao sucessor
 terei que morrer vivendo
 sabendo que já me vou
 então nesse instante sim
 sofrerei quem sabe um choque
 um piripaque, ou um baque
 um calafrio ou um toque
 coisas naturais da vida
 como comer, caminhar
 morrer de morte matada
 morrer de morte morrida
 quem sabe eu sinta saudade
 como em qualquer despedida.

Há quem diga que se trata de algo mórbido, na medida em que estaria prevendo uma morte próxima de certo sujeito, futuramente nominado de testador.

Para se comprovar tal assertiva, imagine um documento escrito dispondo sobre o seu próprio funeral: caixão marrom coberto por um manto branco e flores coloridas. Parece um conto machadiano.

Mesmo a morte sendo um fato jurídico natural e ordinário, um ato inequívoco, um evento futuro e certo, para a grande maioria das pessoas, não é necessário deixar mais claro do que já é o seu fim, ficando, portanto, a cargo exclusivo da lei, a partilha do patrimônio porventura existente quando da abertura da sucessão.

6.3- Custas e Emolumentos:

A lavratura do testamento é considerada um ato notarial dependente de pagamento de custas e emolumentos, fixados mediante Lei de Organização Judiciária, cuja expedição compete aos Tribunais de Justiça de cada Estado. No Estado do Rio Grande do Norte tal disciplinamento é feito pela Lei Ordinária n. 9.278, de 30 de dezembro de 2009.

A título de ilustração, trazemos o seguinte quadro comparativo, referente às custas notariais em alguns Estados da Federação, vejamos:

ESTADO	TESTAMENTO PÚBLICO (Valores)	TESTAMENTO CERRADO (Valores)	REVOGAÇÃO DO TESTAMENTO
SÃO PAULO²⁵	R\$1.071,78	R\$1.071,78	R\$178,63
PERNAMBUCO²⁶	R\$454,12	R\$454,12	R\$114,17
RIO GRANDE DO NORTE²⁷	R\$971,25	R\$971, 25	-----
MINAS GERAIS²⁸	R\$468,47	R\$247,03	-----

Após a análise da tabela acima, conclui-se que muitos possuem a intenção de fazer um testamento, mas o elevado valor das custas e emolumentos dos serviços

²⁵ O valor total refere-se a despesas com o Tabelião, Estado, Registro Civil.
Fonte: www.16tabeliao.com.br/custas.asp

²⁶ Fonte: <http://www.tjpe.jus.br/custas/TabelaDeCustasEEmolumentos.pdf>

²⁷ Os valores expressos são para bens que somem até R\$200.000,00 (duzentos mil reais).
Fonte: <http://www.irib.org.br/arquivos/emolumentos/Rio-Grande-do-Norte-Custas-Emolumentos-2010-Valida-2011.pdf>

²⁸ Fonte: http://www.tjmg.jus.br/juridico/tabela_custas/emolumentos2011_2.html.
O valor do testamento público corresponde a bens que somem até R\$28.000 (vinte e oito mil reais). Não foram encontrados os valores referentes à revogação do testamento.

notariais cobrados à confecção do testamento, documento indispensável à validade daquela, acabam fazendo a sociedade brasileira desistir. Resta configurado o obstáculo de maior peso à utilização da sucessão testamentária.

Poderiam ainda, até se valer do testamento particular, mas por ser um documento revestido de pouca segurança jurídica, a qual só é concedida pela fé pública, acabam deixando a cargo da sucessão legítima o direcionamento da herança.

7. CONCLUSÃO

A primeira vez que se toma conhecimento da utilização de tão importante instituto, foi pela sociedade romana, antes mesmo, da edição da Lei das XII Tábuas, e no Brasil, apenas com a publicação da Lei de n. 1.839 de 31 de Dezembro de 1907, a chamada Lei Feliciano Pena, foi noticiada a existência dos testamentos.

O estudo das nossas regras acerca da sucessão testamentária – *148 artigos* - nos leva a descoberta e, a conseqüente, análise, da existência de inúmeros aspectos jurídicos e processuais, ora vantajosos ora desfavoráveis, à instrumentalização e a posterior execução dos testamentos.

Ao mesmo tempo em que a norma material coloca à disposição de qualquer pessoa civilmente capaz a possibilidade de transmitir pela sucessão testamentária, entenda-se ato de última vontade, o patrimônio por ele constituído, impõe inúmeros requisitos a sua concretização, dentre eles, o próprio medo de morrer, o limite patrimonial de testar, a presença obrigatória de testemunhas na formalização do instrumento e os valores exorbitantes das custas e emolumentos, que acabam por dificultar ou até mesmo impedir a ampla utilização desse negócio jurídico *causa mortis*.

Na verdade, a sucessão testamentária vem sendo renegada, pois burocratiza com tanto formalismo, ainda mais o ato de morrer, sendo mais prático, portanto, deixar o direcionamento das relações patrimoniais ou extrapatrimoniais condicionadas a ato inter vivos – doações, compra e venda, permuta – ou até mesmo *causa mortis*, mas pela sucessão legal, partindo-se da premissa de uma divisão de direitos, bens e obrigações equânime e menos parcial.

Por fim, ao contrário do que parece, o testamento se revela como a melhor opção às pessoas que querem deixar o patrimônio constituído durante toda a vida, em boas mãos.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides de. **Inventários e Partilhas-Direito das Sucessões Teoria e prática**. São Paulo. Editora: Universitária de Direito. 21 ed. 2008.

BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Coleção Saraiva de Legislação. Editora: Saraiva 45ª ed. 2011.

CAHALI, Yussef Said. **Código Civil**. São Paulo. Editora: Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 2ª ed. São Paulo. Editora: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 23ª. ed. reformulada. São Paulo: Saraiva 2009.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Do Direito das Sucessões**. In. AZEVEDO, Antônio Junqueira de (coord). **Comentários ao Código Civil**. 2ª ed. ver. São Paulo: Saraiva 2007.

OLIVEIRA, Euclides de. **Sucessão Legítima à luz do Novo Código Civil**. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/634/814>>. Acesso em: 25 out. 2011.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Colaço e Sonegados**. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Sucessões**. 2ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.381-398.

JÚNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 8ª ed. São Paulo. Editora: Revista dos Tribunais, 2011.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**. 5ª ed. São Paulo. Editora Saraiva 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil**. 3ª ed. rev. atu. ampl. São Paulo. Editora: Revista dos Tribunais, 2011.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil**: medidas de urgência, tutela antecipada e ação cautelar, procedimentos especiais. 4ª. ed. São Paulo. Atlas, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: direito das sucessões**. 16 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. 2ª.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 3ª ed. São Paulo. Método, 2010.

VELOSO, Zeno. **Comentários ao Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

VELOSO, Zeno. **Testamentos de acordo com a Constituição de 1988**. Belém: Cejup, 2003.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito das sucessões**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

Disponível<<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5941940/103780601956820011-mg-1037806019568-2-001-1-tjmg>>

NOTAS

2. VELOSO, Zeno. **Comentários ao Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

3. DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 2ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2011.

4. JÚNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 8ª ed. São Paulo. Editora: Revista dos Tribunais, 2011.

5. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Do Direito das Sucessões**. In. AZEVEDO, Antônio Junqueira de (coord). Comentários ao Código Civil. 2ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

6. DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 2ª ed. São Paulo. Editora: Revista dos Tribunais, 2011.

7. DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 23ª. ed. reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009.

8. MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil: medidas de urgência, tutela antecipada e ação cautelar, procedimentos especiais**. 4ª. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

9. VELOSO, Zeno. Testamentos de acordo com a Constituição de 1988. Belém: Cejup, 2003.