

O anacronismo das formas testamentárias no Código Civil de 2002

Raphael Rego Borges RIBEIRO*

RESUMO: Neste artigo, questionamos se é adequado o tratamento a respeito das formas dos testamentos no Código Civil de 2002. Nosso objetivo geral foi superar uma atrasada disciplina formal em matéria sucessória na atual codificação. Utilizamos o Direito Civil-Constitucional como referencial teórico, usando o método dedutivo a partir do levantamento bibliográfico. Observamos que, do direito fundamental à herança, decorre um mandamento constitucional de devida efetivação a autonomia privada testamentária. Notamos que o binômio formas/formalidades testamentárias estruturado no Código Civil dificulta, onera e desestimula as manifestações de última vontade. Ademais, percebemos que o ato de testar ainda reflete o século XIX, em vez de se situar no século XXI, pois permanece anacronicamente preso ao papel, apesar de estarmos em plena era tecnológica e digital. Concluímos que deve haver uma modernização da legislação sucessória, com a sua abertura para os testamentos com recursos a meios audiovisuais e para os testamentos eletrônicos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito das sucessões; sucessão testamentária; testamento; herança.

SUMÁRIO: 1. Introdução; – 2. O direito fundamental à herança, a liberdade de testar e seus desdobramentos; – 3. O anacronismo no formalismo testamentário no Código Civil de 2002; – 4. Superando a taxatividade das formas testamentárias previstas no Código Civil: o testamento em áudio ou vídeo; o testamento eletrônico; – 5. Conclusão; – Referências.

TITLE: *The Anachronism of the Types of Wills in the 2002 Civil Code*

ABSTRACT: *In this paper, I asked whether the testamentary formalism in the 2002 Civil Code is adequate. My main goal was to overcome the Code's outdated formalism in inheritance matters. I used the Civil-Constitutional Law as theoretical framework, utilizing the deductive method based on a literature review. I noticed that from the fundamental right to inheritance steams a constitutional duty of proper protection to testamentary freedom. I figured out that the types of wills and the testamentary solemnities required by the 2002 Civil Code makes writing a will a difficult, cumbersome, unattractive conduct. Furthermore, I realized that making a testament still seems to be a 19th-century act, instead of looking like a 21st-century action; it still is an act anachronistically made in paper, whereas we are in a technological, digital era. I concluded that there should be a modernization of inheritance law, with its opening both to audiovisual wills and electronic wills.*

KEYWORDS: *Law of succession; testamentary succession; will; inheritance.*

CONTENTS: *1. Introduction; – 2. The fundamental right to inheritance, testamentary freedom and its unfolding; – 3. The anachronism of the testamentary formalism in the 2002 Civil Code; – 4. Overcoming the exhaustive list of testamentary types in the Civil Code: the audiovisual will; the electronic will; – 5. Conclusion; – Bibliographic references.*

* Bacharel, Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia, com período de Doutorado-Sanduiche na University of Ottawa. Professor de Direito Civil na Universidade Federal do Oeste da Bahia.

1. Introdução

O movimento de constitucionalização do Direito Civil historicamente tem tido reflexos muito tímidos no Direito das Sucessões. O Livro V da Parte Especial do Código Civil de 2002 permanece basicamente oitocentista: patrimonialista, voluntarista, individualista, conservador em matéria familiar e excessivamente apegado a abstrações e formalismos.¹ O exacerbado formalismo sucessório diz respeito particularmente às manifestações de última vontade: o autor da herança somente pode testar pelas formas taxativamente previstas na codificação, devendo ainda observar estritamente todas as solenidades impostas pela lei à forma testamentária escolhida. Desrespeitada a primeira exigência, o testamento será inexistente; descumprida a segunda, ele será nulo.²

Neste artigo, debruçamo-nos sobre a pergunta: o tratamento das formas testamentárias no Código Civil de 2002 é adequado para atender às exigências contemporâneas relativas às manifestações de última vontade? Acreditamos que não. Entendemos que o ato de testar deveria ser facilitado e simplificado, bem como adaptado às realidades tecnológicas do século XXI; contudo, a atual codificação manteve os testamentos muito parecidos ao que eles eram no século XIX.

Para demonstrar que nossa hipótese de trabalho responde suficientemente à questão orientadora, em primeiro lugar buscaremos descrever como, do direito fundamental à herança, decorre um mandamento constitucional de realização, concretização, proteção e efetivação do ato de testar. Nosso segundo objetivo é criticar o anacronismo do Código Civil de 2002 no que diz respeito à estrutura do binômio formas/formalidades testamentárias, observando os problemas que decorrem do anacrônico formalismo codificado. Nosso terceiro objetivo é identificar soluções especificamente para o atraso nas formas testamentárias previstas em lei, notadamente propondo a positivação do testamento com recursos audiovisuais e do testamento eletrônico. Aqui propomos uma distinção conceitual entre o testamento eletrônico –feito e armazenado eletronicamente – e o testamento digital – aquele cujo conteúdo diz respeito ao destino dos bens digitais. De todo modo, neste artigo não faremos uma exploração exaustiva dos limites e possibilidades para o testamento eletrônico, apenas introduziremos noções básicas que precisam ser trabalhadas alhures a respeito da matéria.

² RIBEIRO, Raphael Rego Borges. O fracasso da constitucionalização do direito sucessório no Código Civil de 2002 e a necessidade de uma teoria crítica do direito das sucessões. *Civilistica.com*, a. 10, n. 1, 2021.

³ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 82.

Ressalvamos que, a despeito de este artigo ter sido submetido para avaliação e publicação em circunstâncias nas quais permanecem os terríveis efeitos sociais da pandemia da COVID-19, por duas razões não recorreremos a argumentos relacionados ao coronavírus. Em primeiro lugar, apesar de doutrinadores das mais diversas áreas terem de modo geral devotado suas recentes produções acadêmicas aos “tempos de pandemia”, tais análises têm tido majoritariamente um caráter conjuntural, enquanto aqui delineamos uma crítica de natureza estrutural. Obviamente as peculiaridades pandêmicas reforçaram a exigência de atualização das formas testamentárias, porém tal necessidade já existia desde o momento em que o Código de 2002 entrou em vigor, e compreendemos que isso não pode ser ignorado. Em segundo lugar, apesar de o Provimento 100/2020 do Conselho Nacional de Justiça ter de certo modo regulamentado a prática de atos notariais pela forma eletrônica por conta das medidas de isolamento social, entendemos que a tarefa de atualizar as formas de testamentos compete não apenas ao CNJ, aos notários e aos tribunais, porém também e especialmente ao legislador, que por sua vez não pode se valer de álibis para descumprir seus mandamentos constitucionais em matéria testamentária. Por fim, o Provimento 100 não criou o testamento eletrônico, apenas possibilitou que o testamento público, com todas as suas excessivas formalidades, fosse feito eletronicamente. Não analisaremos projetos de lei em tramitação neste sentido, na medida em que as respectivas considerações, tanto em sentido positivo quanto negativo, a respeito da reforma legislativa em curso devem ser feitas em espaço próprio.

Adotaremos como marcos teóricos as doutrinas do Direito Civil-Constitucional e da Teoria Crítica do Direito Civil, notadamente no que diz respeito à força normativa da Constituição sobre o ordenamento civil, em especial as normas de direito sucessório. Deduziremos os resultados da irradiação, sobre os testamentos, dos deveres constitucionais de efetivação, concretização, proteção e realização do direito fundamental à herança, especificamente naquele desdobramento cujo titular é o sucedido / *de cuius* / testador. Consultaremos a legislação pertinente e revisaremos a bibliografia especializada, tanto nacional quanto estrangeira. Não teremos pretensão totalizante, não queremos apresentar respostas prontas e acabadas; optamos por uma abordagem problematizante.

A justificativa remota para nossa pesquisa é política: defendemos que no Brasil haja mais pesquisas descritivas e normativas em Direito das Sucessões e que esse ramo deixe de ser tratado institucionalmente como mero apêndice do Direito de Família. A justificativa imediata é técnica: o formalismo testamentário estruturado pelo Código Civil de 2002 é

disfuncional, e a superação do *status quo* normativo ruim demanda a demonstração de (a) que o instituto é mal regulamentado e (b) que existem alternativas legislativas viáveis.

2. O direito fundamental à herança, a liberdade de testar e seus desdobramentos

Nesta seção, em primeiro lugar demonstraremos que a liberdade de testar é uma manifestação do direito fundamental à herança. Na sequência, observaremos que desta constatação decorre um dever, atribuído ao Estado, de concretizar, realizar, promover e proteger o ato de fazer testamento.

A Constituição Federal de 1988 inovou ao expressamente prever no seu rol de direitos fundamentais a herança, que está consagrada no artigo 5º, XXX. A herança necessariamente envolve duas dimensões, que devem ser distinguidas e tratadas separadamente: o direito de transmiti-la e o direito de recebê-la.³ Nesse diapasão, a sucessão *causa mortis* se trata de instituto bifocal, no sentido de servir aos interesses tanto do sucedido quanto do sucessor.⁴ Assim, identificamos a ambivalência, ou seja, a dupla titularidade do art. 5º, XXX.

Os direitos fundamentais como um todo têm dupla perspectiva: são, ao mesmo tempo, direitos subjetivos individuais (dimensão subjetiva) e elementos objetivos fundamentais da sociedade (dimensão objetiva).⁵ Partindo dessa divisão, sobre a qual nos aprofundaremos nos parágrafos seguintes, e considerando a dupla titularidade do direito à herança, depreendemos que fazer testamento é um direito fundamental implicitamente tutelado pela Constituição Federal, contido no âmbito de proteção do artigo 5º, XXX, analisado em sua perspectiva subjetiva do ponto de vista do sucedido.⁶

³ MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. *The Myth of Ownership: Taxes and Justice*. Oxford, England: Oxford Scholarship Online, 2003, p. 161.

⁴ KREICZER-LEVY, Shelly. Inheritance legal systems and the intergenerational bond. *Real Property, Trust and Estate Law Journal*, vol. 46, n. 3, 2012, p. 497.

⁵ A este respeito, mencionamos Daniel Sarmiento, que sucintamente afirma: “Deveras, os direitos fundamentais no constitucionalismo liberal eram visualizados exclusivamente a partir de uma perspectiva subjetiva, pois cuidava-se apenas de identificar quais pretensões o indivíduo poderia exigir do Estado em razão de um direito positivado na sua ordem jurídica. Sem desprezar este papel dos direitos fundamentais, que não perdeu a sua essencialidade na teoria contemporânea, a doutrina vai agora desvelar uma outra faceta de tais direitos, que virá para agregar-lhes novos efeitos e virtualidades: trata-se da chamada dimensão objetiva dos direitos fundamentais. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais liga-se ao reconhecimento de que tais direitos, além de imporem certas prestações aos poderes estatais, consagram também os valores mais importantes em uma comunidade política”. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª edição, 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 105.

⁶ RIBEIRO, Raphael Rego Borges. O direito fundamental de testar. *Revista de Direito de Família e Sucessão*, v. 6, n. 1, 2020, p. 75.

Em relação à perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais, José Carlos Vieira de Andrade nela identifica dois aspectos. Por um lado, o aspecto funcional refere-se (a) ao reconhecimento da existência (e conseqüente busca de satisfação) de interesses próprios dos titulares; ao mesmo tempo, o aspecto estrutural diz respeito (b) à proteção intencional e efetiva desses interesses, proteção esta à qual corresponde o “poder de exigir ou de pretender comportamentos (positivos ou negativos) ou de produzir autonomamente efeitos jurídicos”.⁷ Ainda em relação a esta dimensão subjetiva, Robert Alexy divide os direitos fundamentais em (a) “direitos a algo”; (b) “liberdades”; e (c) “competências”.⁸ Dessa forma, trazendo as premissas da teoria geral para o direito fundamental à herança, percebemos que, da perspectiva do sucedido, ele pode ser entendido subjetivamente tanto como uma liberdade quanto como uma competência: testar. Por sinal, Robert Alexy se refere expressamente e especificamente à competência fundamental para fazer testamento como protegida contra a ação erosiva do legislador.⁹

Em relação à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, por um lado, eles constituem a estrutura básica da ordem jurídica, sendo um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação dos poderes públicos. Por outro lado, a dimensão objetiva também implica a outorga de funções e conteúdos normativos autônomos aos direitos fundamentais, que transcendem sua perspectiva subjetiva – “uma espécie de mais-valia jurídica, no sentido de um reforço de juridicidade das normas de direitos fundamentais”.¹⁰

Afirmar que os direitos fundamentais direcionam a ação dos poderes públicos significa que a atuação do Estado (e aqui nos referimos ao Executivo, ao Legislativo e ao Judiciário) não mais é apenas limitada por estas normas, mas também direcionada por elas.¹¹ Nesse sentido, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais também se relaciona com a eficácia dirigente destes em relação aos órgãos estatais; eles contêm “uma ordem dirigida ao Estado no sentido de que a este incumbe a obrigação permanente de concretização e realização dos direitos fundamentais”.¹² Trazendo essas premissas para

⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2a ed. Coimbra, PT: Almedina, 2001, p. 115.

⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2a edição, 4a tiragem. Tradução da 5a edição alemã (2006) por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 193. No mesmo sentido: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra, PT: Almedina, 1993, p. 537-540.

⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., p. 244.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 149-150.

¹¹ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*, cit., p. 106.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, cit., p. 152.

uma análise específica do artigo 5º, XXX, inferimos que o Estado deve dirigir a sua atuação para permanentemente concretizar e realizar o direito fundamental à herança.

Considerando que o direito à herança também abrange implicitamente o direito de testar, deduzimos que a concretização e realização dessas garantias fundamentais necessariamente envolvem o adequado tratamento infraconstitucional dado aos testamentos. Nesse sentido, ilustrativamente, acreditamos o legislador tem sua atuação conformada pelo direito fundamental de testar quando reduz as formalidades testamentárias exigidas em lei. Por sua vez, observamos que o juiz obedece ao referido mandamento constitucional quando deixa de invalidar toda a manifestação de última vontade em razão de vícios formais inócuos.¹³ Do mesmo modo, também entendemos como manifestação do dever estatal de efetiva concretização do direito de testar a existência do Registro Central de Testamentos On Line (RCTO), ligado à Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados (CENSEC). Atualmente, o provimento 56/2016 da Corregedoria Nacional de Justiça, estabelece a obrigatoriedade de consulta ao RCTO, pelo juiz do inventário ou pelo tabelião responsável pelo inventário administrativo. Tal medida visa a diminuir a quantidade de testamentos que não são cumpridos por desconhecimento ou má-fé dos interessados.

Para além da composição de uma ordem objetiva de valores, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais também se relaciona com a sua caracterização como um reforço ou complementação da eficácia normativa dessas normas – uma “mais-valia” jurídica.¹⁴ Aqui estamos tratando do desenvolvimento de novos conteúdos normativos para os direitos fundamentais, potencialmente autônomos em relação à dimensão subjetiva, mas nem por isso destituídos de exigibilidade pela via judicial. José Carlos Vieira de Andrade se refere a esta característica como um “complemento e suplemento da dimensão subjectiva”, denominando-a também “dimensão objetiva em sentido funcional”.¹⁵ De todo modo, podemos identificar cinco desdobramentos desta “mais-valia jurídica” dos direitos fundamentais: (a) sua eficácia irradiante; (b) sua eficácia na esfera privada; (c) as garantias institucionais; (d) a conformação e o procedimento da atividade estatal; e (e) o dever geral de efetivação atribuído ao Estado. Evidentemente, todos os referidos desdobramentos se aplicam ao artigo 5º, XXX da Constituição Federal (e ao seu

¹³ RIBEIRO, Raphael Rego Borges. Superando o rigor quanto às formalidades testamentárias: da substantial compliance ao dispensing power. *RBDCivil – Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 26, n. 4, 2020.

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, cit., p. 153.

¹⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, cit., p. 138.

desdobramento específico no sentido de fazer testamento); contudo, focaremos apenas no último, o dever geral de efetivação.

Da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais decorre a atribuição, ao Estado, de um dever geral de efetivação, que por sua vez serve de base para o reconhecimento de deveres estatais de proteção (*Schutzpflichten*). Ao Estado “incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões provindas de particulares e até mesmo de outros Estados”.¹⁶ Dessa forma, todos os poderes públicos devem adotar medidas, de naturezas diversas, visando notadamente a proteger efetivamente o exercício dos direitos fundamentais.¹⁷ Dessa noção decorre também o princípio da proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*), “nos termos do qual o Estado está obrigado a assegurar um nível mínimo adequado de proteção aos direitos fundamentais, sendo responsável pelas omissões legislativas que não assegurem o cumprimento dessa imposição genérica”.¹⁸ Do mesmo modo, o legislador é obrigado não apenas a proteger, porém também a promover os direitos fundamentais.¹⁹ Semelhantemente, “toda a legislação ordinária terá de ser revisitada sob uma nova ótica, ditada pela axiologia constitucional”.²⁰

Em relação ao dever geral de efetivação e promoção do direito fundamental à herança, a atuação clássica e óbvia da parte do Legislativo consiste na inclusão de um livro do Direito das Sucessões na codificação civil. Entretanto, a simples positivação das regras pertinentes ao fenômeno sucessório, por si só, não é suficiente; conforme mencionado, devemos questionar se existe um nível mínimo adequado de proteção a esse direito. Isso ilustrativamente significa que as normas hereditárias codificadas devem ser consistentes

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, cit., p. 155. Este dever também se relaciona simultaneamente com a noção dos direitos fundamentais enquanto imperativos de tutela e com o monopólio estatal do exercício da força. Na medida em que a autotutela privada é ordinariamente vedada, compete ao Estado proteger os indivíduos contra violações e ameaça de violações aos seus interesses, advindas do Estado ou de outros indivíduos.

¹⁷ Na esteira de Vieira de Andrade, temos de reconhecer que o Estado sempre atuou (ao menos em tese) para proteger certos bens jurídicos, tanto com base na criminalização de condutas antissociais quanto com a proteção dos seus nacionais em relação a outros Estados. Contudo, a ideia que este papel se relaciona à efetivação das normas de direitos fundamentais é relativamente recente. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, cit., p. 143.

¹⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, cit., p. 144.

¹⁹ De acordo com Claus-Wilhelm Canaris (2009, p. 115-116), “o imperativo jurídico-constitucional de tutela carece, em princípio, da complementação pelo direito ordinário. (...) o direito infraconstitucional tem de ser desenvolvido quando não satisfaz os imperativos de proteção dos direitos fundamentais – se necessário, até mesmo por um ato do legislador, nas hipóteses em que a realização do imperativo de tutela pelos órgãos jurisdicionais ultrapassaria os limites de admissibilidade de um desenvolvimento judicial do direito”. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009, p. 115-116.

²⁰ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*, cit., p. 107.

com os fins a que se destinam; devem facilitar, e não dificultar, o exercício dos direitos sucessórios; devem simplificar, e não desestimular, o exercício da autonomia privada testamentária. Trata-se de conclusões intimamente relacionadas e coerentes com supramencionada tarefa imposta ao Legislativo de dirigir a sua atuação para permanentemente concretizar e realizar o direito fundamental a herança. Ocorre que, conforme veremos na sequência, em matéria de formalismo das manifestações de última vontade, existe uma terrível inadequação das regras previstas no Código Civil de 2002 ao dever de concretização, realização, efetivação e promoção da liberdade de testar.

3. O anacronismo no formalismo testamentário no Código Civil de 2002

Nesta seção, observaremos que o Código Civil de 2002 é marcado por uma série de anacronismos, em especial um excessivo apego a formalidades. Notaremos que isso é particularmente verdade em matéria de testamentos. Na seara de manifestações de última vontade, o *Codex Reale* reflete mais o século XIX do que o século XXI. Perceberemos assim que a atual codificação falha em seus deveres de concretizar, realizar, efetivar e promover a autonomia privada testamentária.

O Código de 2002 já nasceu cronologicamente velho. Nossa afirmação nesse sentido decorre de o *Codex Reale* ter sido promulgado com base no aproveitamento de um projeto apresentado mais de um quarto de século antes, cuja versão original sofreu poucas modificações significativas, notadamente em matéria sucessória. Isso é especialmente problemático por duas razões. Em primeiro lugar, no começo dos anos 2000, os valores jurídicos predominantes já não eram os mesmos da década de 1970. Em segundo lugar, as inovações tecnológicas, sociais, econômicas, políticas e culturais fizeram surgir ou potencializaram demandas de atuação do ordenamento jurídico que não foram adequadamente tratadas no projeto da nova codificação, por inexistentes ou pouco expressivas à época de sua elaboração original.²¹ Desse modo, marcado pelo descompasso entre a lei e a realidade social, o Código já nasceu obsoleto.²²

O Código de 2002 pouco inovou em matéria sucessória em relação ao Código de 1916. Já na Exposição de Motivos encontramos uma evidência disso. A apresentação das novidades em relação ao fenômeno hereditário foi feita em menos de 2 páginas, tendo

²¹ Sobre a ausência de matérias relevantes no anteprojeto de Código, José Carlos Moreira Alves, membro da Comissão coordenada por Miguel Reale, aduziu que a missão que lhes foi dada não era inovar por inovar, mas apenas integrar ao *Codex* os institutos que já tivessem estratificação suficiente; por essa razão, ficaram de fora tópicos que, em matéria legislativa, situavam-se em terreno experimental. ALVES, José Carlos Moreira. A parte geral do projeto do Código Civil. *Revista CEJ*, v.3, n.9, set./dez. 1999.

²² TEPEDINO, Gustavo. O Novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira. Editorial. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 7, 2001.

uma extensão menor do que a destinada a qualquer dos outros livros do Código. Similarmente, uma análise do quadro comparativo entre as codificações revela que a atual em muitas passagens é pouco mais do que uma cópia da anterior: muitos dos atuais dispositivos são mera repetição *ipsis litteris* de normas do Código de 1916;²³ muitos outros dispositivos possuem apenas diferenças redacionais motivadas exclusivamente por estilo ou adequações gramaticais.²⁴ Mesmo em relação a determinadas matérias nas quais de fato houve inovação, a codificação permanece insuficiente para atender à nova realidade social, na medida em que muito repetiu conceitos ultrapassados.²⁵ O legislador simplesmente foi encaixando as novas demandas sociais à lógica anterior, sem se preocupar nem com harmonia sistemática nem com efetivamente fornecer uma solução para os problemas emergentes.

O Direito das Sucessões no Código Civil de 2002 padece daquilo que Gustavo Tepedino se refere como racionalização estática: “uma adequação das leis às transformações pregressas da sociedade, sem se preocuparem com a realidade econômica, política e cultural, cuja contínua transformação faz do direito um fenômeno social (não já uma ciência pura)”.²⁶ Os elaboradores do Projeto e o legislador olharam apenas para o passado, buscando dar uma resposta apenas para demandas sociais que já havia há muito, como o caso da sucessão na união estável.²⁷ Não houve qualquer preocupação legislativa em olhar para o futuro para atender aos emergentes anseios da sociedade, como, por exemplo, uma nova concepção de família que prestigia o afeto;²⁸ ou a reformulação do perfil funcional do patrimônio hereditário para o conformar ao projeto de sociedade menos desigual constante na Constituição Federal. Da mesma forma, o

²³ A título meramente ilustrativo, os artigos 1576, 1588, 1589, 1613, 1630, 1594, 1621, 1728, 1746, 1731, 1739 do Código de 1916 são inteiramente repetidos, respectivamente, nos artigos 1789, 1811, 1810, 1840, 1863, 1822, 1852, 1968, 1969, 1949, 1959 do Código Civil de 2002.

²⁴ Os artigos 1574 e 1575 do Código de 1916 foram reagrupados como o artigo 1788 do Código de 2002. Já o artigo 1583 do Código de 1916 foi decomposto no *caput* e parágrafo 10 do artigo 1808 da codificação atual. Já do antigo artigo 1604 para o atual 1835, mudam apenas as vírgulas. Do artigo 1622 do Código de 1916 para o artigo 1853, a alteração consistiu na substituição da expressão “só se dá o direito de representação” por “somente se dá o direito de representação”. Do artigo 1651 do Código de 1916 para o artigo 1881 do Código de 2002, mudou-se apenas a expressão “não mui valiosos” por “de pouco valor”.

²⁵ GRAEFF, Fernando René. Uniões paralelas e direito das sucessões. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n.30, 2012, p. 230.

²⁶ TEPEDINO, Gustavo. *O Código Civil, os chamados microssistemas e Constituição: premissas para uma reforma legislativa*, 2001, p. 12. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/>. Acesso em 08 de junho de 2018.

²⁷ E ainda assim, como se percebe da declaração de inconstitucionalidade do artigo 1790, nesse caso específico dos companheiros a resposta legislativa a uma demanda social consolidada foi de péssima qualidade.

²⁸ A esse respeito, fiquemos com a doutrina de Giselda Hironaka: “a despeito da consistência e da atualização trazidas pelo novo Código Civil, o objeto dos seus livros finais – as famílias e as sucessões – é tão dinâmico que, de longe, foi o menos alcançado pelos dispositivos do Código”. E a autora continua: “essa limitação de alcance é mais evidente no caso do direito de família, mas o livro referente ao direito das sucessões não nos expõe suficientemente a multiplicidade inerente à estrutura familiar, que deveria se expressar nas conseqüências da abertura da sucessão causa mortis”. 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, p. 25.

legislador pouco fez para abrir o Direito das Sucessões aos crescentes avanços tecnológicos. As novas técnicas de reprodução assistida vêm mudando as concepções tradicionais de quem é herdeiro em potencial, como no caso da reprodução assistida *post mortem*. Da mesma forma, a era digital muda e muito a noção de riqueza e, conseqüentemente, de potencial patrimônio hereditário: de dados em redes sociais a criptomoedas, aquilo que pode ser herdado vai muito além da riqueza imobiliária sobre a qual se estruturou a atual disciplina sucessória. Semelhantemente, as transformações na tecnologia da informação e de comunicação, com a prevalência do eletrônico e digital sobre o físico, têm o potencial de modificar a forma dos negócios jurídicos, inclusive dos testamentos e mesmo da partilha. Não estamos cobrando que o legislador tivesse previsto inovações das quais ainda não havia sequer ideia quando da edição do Código. Contudo, o mínimo que já poderíamos esperar no começo do século XXI seria a superação do método oitocentista de legislar, com a conseqüente adoção de uma inovadora técnica legislativa que abrisse a disciplina codificada a essas constantes e inevitáveis inovações.

O Livro V do Código Civil de 2002 parece também estar em descompasso com a operabilidade, um dos princípios paradigmáticos da nova codificação, junto com a eticidade e a socialidade. Os elaboradores do Projeto de Código buscaram trabalhar para evitar equívocos e dificuldades, permitindo uma melhor realização do direito positivo. A Comissão coordenada por Miguel Reale alegadamente priorizou a adoção de uma linguagem nova, mais operacional e atualizada, que eliminasse arcaísmos e facilitasse a precisa interpretação. Por outro lado, certas normas foram redigidas com o propósito de abertura para a atividade social – para que esta, na sua evolução, altere e complemente o conteúdo normativo. Entretanto, há problemas graves quanto à operabilidade da lei sucessória. Em matéria de linguagem, as normas do Livro do Direito das Sucessões são de difícil compreensão até mesmo para os versados no jargão jurídico. Ilustrativamente, a péssima redação do artigo 1829, I historicamente tem gerado profundas controvérsias sobre a concorrência entre cônjuges e descendentes, algumas das quais levaram mais de uma década para ter solução no Superior Tribunal de Justiça.²⁹ As “inoperabilidades” do

²⁹ Sobre a concorrência sucessória na hipótese de separação convencional, ver a decisão de 22 de abril de 2015 do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 1382170/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha. Esse entendimento foi reiterado no AgRg nos EREsp 1472945/RJ, relator Ministro Antonio Carlos Ferreira; no AgRg no REsp 1334340/MG, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze; no AgRg no AREsp 585544/RS, relator Ministro Ricardo Villas Boas Cueva; no AgRg no AREsp 187515/RS, relator Ministro Ricardo Villas Boas Cueva; no AgInt nos EREsp 1354742/MG, relator Ministro Ricardo Villas Boas Cueva; e no AgInt nos EAREsp 1248601/MG, relator Ministro Raul Araújo. Sobre a limitação da concorrência aos bens particulares no regime da comunhão parcial, ver as decisões de 23 de outubro de 2014 do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 1472945/RJ, relator Ministro Ricardo Villas Boas Cueva; e de 22 de abril de 2015 do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 1368123/SP, relator para o acórdão Ministro Raul Araújo. Para que o leitor tenha uma noção das controvérsias doutrinárias relativas à concorrência sucessória, recomendamos as obras de Giselda Hironaka e de Felipe Carvalho e Tereza Mafra.

Código de 2002 em matéria de herança vão além de questões de linguagem, sendo também substanciais. Para os fins do presente trabalho, destacamos especificamente o formalismo testamentário, que se manifesta em duas dimensões, no binômio formas/formalidades. Nesse sentido, quanto à primeira dimensão, a taxatividade das formas de testamento restringe significativamente o exercício da autonomia privada testamentária. Do mesmo modo, quanto à segunda dimensão, tantas são as formalidades exigidas para a manifestação de última vontade, tornando-a trabalhosa e custosa, que a sucessão testamentária se torna pouco acessível à população em geral.

No sistema sucessório brasileiro atual, o testador apenas pode manifestar aquela que ele deseja que seja a sua última vontade por meio de uma das formas taxativamente previstas na lei. O Código Civil de 2002 prescreve três formas ordinárias de testamento: o público, o cerrado e o particular. As diversas solenidades exigidas para cada uma dessas formas são detalhadas entre os artigos 1864 e 1880. Semelhantemente, a codificação estabelece três formas especiais de testamentos, que somente são admitidas em situações excepcionais: o marítimo, o aeronáutico e o militar. As respectivas solenidades são previstas entre os artigos 1888 e 1896. Acreditamos que o atual tratamento normativo sobre as formas e formalidades testamentárias, que ainda são excessivas e complexas, é triplamente atrasado e, conseqüentemente, problemático. Em primeiro lugar, o testamento se manteve no Código de 2002 altamente solene e conseqüentemente desconectado do dinamismo dos avanços tecnológicos e das relações sociais na atualidade. Em segundo lugar, o rigor com que se tratam os vícios formais acaba por sobrepor a forma à substância, na contramão do que se espera do ordenamento jurídico constitucionalizado. Por fim, em terceiro lugar, o formalismo excessivo é um dos fatores que contribuem para que o testamento se mantenha um instituto jurídico totalmente distante da realidade do brasileiro.

O primeiro problema da sucessão testamentária atualmente codificada no direito brasileiro é o anacronismo da lista taxativa de formas admitidas para manifestação de última vontade. A atual codificação inovou ao positivar a possibilidade de o testamento ser elaborado por meios mecânicos; entretanto, essa previsão está muito aquém da tecnologia atual, sendo já atrasada para as demandas de uma sociedade cada vez mais digitalizada e eletrônica. Imputamos parte desse anacronismo do Código ao fato de seu projeto ter sido gestado na década de 1970, quando esses avanços ainda se mostravam

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*, cit. CARVALHO, Felipe Quintella Machado de; MAFRA, Tereza Cristina Monteiro. Estado da arte do imbróglio da sucessão do cônjuge em concorrência com os descendentes. *Revista de direito de família e sucessão*, v.4, n.2, 2018.

incipientes no Brasil; todavia, é injustificável que nas décadas de tramitação no Congresso Nacional as devidas atualizações não tenham sido realizadas. Em pleno século XXI, na era digital e do áudio e vídeo, nossa sucessão testamentária permanece presa ao papel. A título ilustrativo, muito maior efetividade prática teria alcançado o legislador se, em vez de inovar inserindo a possibilidade de se testar em aeronave perante pessoa designada pelo comandante, tivesse autorizado o testamento elaborado em computador pessoal ou mesmo em gravador de voz nas circunstâncias autorizadoras do testamento aeronáutico.³⁰ Voltaremos com profundidade à matéria na seção seguinte.

Um segundo problema da atual disciplina das formalidades testamentárias é a sua alta complexidade. O testador deve não apenas manifestar sua vontade por uma das formas prescritas em lei, mas também rigorosamente atender a todas as solenidades determinadas para cada forma.³¹ As exigências são inúmeras e variadas, indo por exemplo desde a necessidade de declarações verbais do disponente no testamento público até o lacre do testamento cerrado. Algumas desses requisitos podem ser extremamente problemáticos, como na hipótese de faltarem todas as testemunhas no momento de apresentação em juízo do testamento particular (caso em que, mesmo o ato tendo sido validamente celebrado, a codificação não autoriza a sua confirmação pelo juiz). O Código Civil de 2002 até tentou simplificar o ato de testar, porém o fez muito timidamente. Por exemplo, nos testamentos público e cerrado, o Código de 1916 exigia 5 testemunhas,³² enquanto o atual requer apenas 2.³³ Ademais, a codificação atual não repetiu a exigência da anterior no sentido de, no testamento com forma pública, o oficial do tabelionato ter de especificar cada uma das formalidades, dando fé de terem sido todas observadas.³⁴ Além disso, em relação ao testamento particular, o Código de 1916 requeria a participação de 5 testemunhas, das quais ao menos 3 deveriam confirmar o negócio quando de sua apresentação em juízo;³⁵ enquanto isso, o Código de 2002 requer apenas a subscrição de 3 testemunhas, podendo até 2 delas faltarem por morte ou ausência.³⁶ No contexto geral das solenidades que ainda são exigidas, esses avanços foram muito pequenos, ainda prevalecendo desnecessariamente o caráter ritualístico do ato de testar. Não por acaso, mesmo os atos notariais praticados eletronicamente, com fundamento no Provimento 100/2020 do CNJ, continuam sendo disciplinados de forma

³⁰ Art. 1.889. Quem estiver em viagem, a bordo de aeronave militar ou comercial, pode testar perante pessoa designada pelo comandante, observado o disposto no artigo antecedente.

³¹ VELOSO, Zeno. Testamentos – noções gerais; formas ordinárias; codicilo; formas especiais. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). *Direito das sucessões e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 125.

³² Código Civil de 1916, art. 1632, I e art. 1638, IV.

³³ Código Civil de 2002, art. 1864, II e art. 1868, I.

³⁴ Código Civil de 1916, art. 1634.

³⁵ Código Civil de 1916, art. 1648.

³⁶ Código Civil de 2002, art. 1878.

excessivamente solene, com diversas exigências formais, na contramão de uma lógica desburocratizadora dos atos eletrônicos. Até nessa tentativa mais recente de avanço identificamos a perversa permanência do fetichismo formalista.

Até mesmo a inovação mais significativa do Código de 2002 a respeito da flexibilização formal, o testamento hológrafo simplificado,³⁷ que dispensa a intervenção de testemunhas, não recebeu o devido tratamento legislativo. Em primeiro lugar, a lei exige elaboração de próprio punho. Foram desconsiderados pelo legislador os casos em que o testador permanece plenamente capaz de manifestar vontade, porém por qualquer motivo não pode escrever (em razão, por exemplo, de estar em um leito de hospital). Também foi desconsiderada toda uma evolução tecnológica que permite de forma muito mais adequada e satisfatória o registro da vontade de quem testa, como meios digitais, além de gravação de áudio ou vídeo (casos sobre os quais trataremos na seção seguinte). Por fim, há ainda um risco de o magistrado entender que inexistente circunstância emergencial justificadora da forma hológrafa simplificada, o que enseja a rejeição da confirmação do testamento.³⁸

A complexidade formal do ato de testar se torna ainda mais grave por força das consequências de sua inobservância. A doutrina civilista comumente considera as formalidades testamentárias como sendo *ad solemnitatem*, não meramente *ad probationem*, ou seja, elas são tidas como elemento essencial do negócio.³⁹ Desse modo, Zeno Veloso considera que no testamento “vontade e forma se integram e se fundem, resultando um todo indivisível”.⁴⁰⁻⁴¹ Consideramos correta a análise de Marcos Bernardes de Mello, que descreve o atual sistema como imputando, de um lado, inexistência ao testamento que adota forma não prevista na codificação; e, de outro lado,

³⁷ Código Civil de 2002, Art. 1.879. Em circunstâncias excepcionais declaradas na cédula, o testamento particular de próprio punho e assinado pelo testador, sem testemunhas, poderá ser confirmado, a critério do juiz.

³⁸ A título ilustrativo, STJ, REsp 1639021/SP.

³⁹ NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária, v. I*. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 198.

⁴⁰ VELOSO, Zeno. *Testamentos – noções gerais; formas ordinárias; codicilo; formas especiais*, cit., p. 125.

⁴¹ Após fazer afirmação quase idêntica à citação de Zeno Veloso, Eduardo de Oliveira Leite chega a aduzir que “o testamento é um ato sagrado na medida em que ele é formalista: não existe ato sagrado sem liturgia, não existe testamento sem forma”. LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil, volume XXI: do direito das sucessões: arts. 1.784 a 2.027*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 312. Do mesmo modo, autores clássicos como Lacerda de Almeida, Baudry-Lacantinerie e Colin, Carlos Maximiliano e Roberto de Ruggiero consideram as formalidades relacionadas com a *existência* do testamento. ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. *Sucessões*. Rio de Janeiro, RJ: Revista dos Tribunais, 1915, p. 205. 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 Arrêts, 1899, p. 11. MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões, v. I*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p. 391. 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, p. 524.

nulidade à manifestação de última vontade que descumpra solenidade imposta em lei.⁴² Observamos que as exigências formais têm como função precípua assegurar a autenticidade e a segurança da vontade manifestada no testamento. Compreendemos que se trata de uma função razoável, na medida em que, sendo *mortis causa*, esse negócio jurídico somente produzirá efeitos quando o agente não mais estiver vivo para reafirmar sua idoneidade. Por outro lado, também entendemos que proteger não pode significar sufocar. Não defendemos aqui a abolição das solenidades, mas que se encontrem formalidades que cumpram sua função a um custo proporcional, considerando meios e fins. Identificamos uma clara desproporção entre as finalidades buscadas pelo ordenamento com o formalismo testamentário – em especial os valores “segurança” e “autenticidade” –, de um lado, e, do outro, os meios utilizados para alcançar tais objetivos – as sanções de inexistência e nulidade do testamento que não atenda às formas ou às solenidades prescritas em lei. Não há como deixarmos de lado o fato de que, se for seguido pelo Judiciário o rigor adotado pelo Código de 2002, como o sucedido já estará morto quando aplicadas as sanções de inexistência ou de nulidade, em nenhuma hipótese a sua última vontade será eficaz.

Por fim, um terceiro problema do formalismo testamentário é o seu impacto negativo em relação à cultura de se fazer disposição *post mortem* no Brasil. A liberdade de testar é um direito de modo geral muito pouco exercido pelos brasileiros. Alguns autores, como Silvio Venosa, atribuem esse fenômeno à “excelência da sucessão legítima”.⁴³ Outros autores, como Giselda Hironaka, atribuem a fatores culturais, como o testamento ser um tabu e algumas pessoas acreditarem que ele pode até mesmo atrair o azar.⁴⁴⁻⁴⁵ Reconhecemos que o tema requer obviamente uma pesquisa específica. Contudo, assim como Paulo Lôbo, identificamos no excesso de solenidades um fator que encarece e dificulta o ato de testar, sendo assim um dos fatores pelos quais a população em geral não tem esse hábito.⁴⁶ Tudo o que dificulta desestimula. Tornando o exercício da faculdade de testar mais difícil e trabalhosa, o ordenamento jurídico acaba por desincentivar esse comportamento. Conforme Norberto Bobbio ensina, ao contrário do ordenamento promocional, a legislação repressiva utiliza como sua técnica típica o

⁴² MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 82.

⁴³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito das sucessões*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 179.

⁴⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*, cit., p. 332.

⁴⁵ John Astrachan busca na psicologia uma explicação para as pessoas serem relutantes quanto ao testamento: “To make a will, one must come to grips with the idea that dying and death are real possibilities. This produces anxiety, and most individuals will defend themselves on a level commensurate with their anxiety”. Em tradução livre, “Para testar, a pessoa deve enfrentar a ideia de que morrer é uma possibilidade. Isso produz ansiedade, e a maioria dos indivíduos vai adotar uma postura defensiva proporcional a essa ansiedade”. ASTRACHAN, John M. Why people don't make wills. *Trusts & Estates*, 1979.

⁴⁶ LÔBO, Paulo. *Direito civil: sucessões*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 189.

desencorajamento. Comportamentos desencorajados são aqueles considerados socialmente indesejáveis ou nocivos. Também com Bobbio aprendemos que a função do desencorajamento é a conservação social, a manter as coisas como estão.⁴⁷ Observamos aqui uma inconsistência entre o que o Código Civil faz e o que ele deveria fazer. Testar é um direito fundamental, cuja eficácia deve ser concretizada, realizada, protegida e promovida, conforme o dever geral de efetivação dos direitos fundamentais, sobre os quais discorreremos na seção anterior. Consequentemente, entendemos como um contrassenso, além de inconstitucional, dificultar desarrazoadamente – e, consequentemente, desestimular – o exercício de uma liberdade fundamental.

Se consideramos desde já o papel desencorajador das formalidades testamentárias para o exercício da liberdade de testar, a questão se torna ainda mais grave quando levamos em consideração as repercussões classistas do exacerbado formalismo do direito sucessório codificado. Anton Menger denunciava que as disposições formais do direito hereditário atendem às necessidades apenas das altas classes sociais, na medida em que as solenidades complicadas e custosas por si só convertem o testamento em um privilégio dos ricos, sem guardar qualquer relação com os interesses das classes mais pobres.⁴⁸ De fato, com exceção da forma particular (que por sua vez tem menos garantias de efetivo cumprimento em face dos riscos de faltarem as testemunhas), os custos atuais de se fazer testamento são altos.

Em resumo, identificamos três problemas que demonstram um anacronismo quanto ao formalismo testamentário no Código Civil de 2002, tanto no tocante às formas quanto às formalidades impostas às manifestações de última vontade. De um lado, a falta de conexão das formas testamentárias, tanto ordinárias quanto especiais, com os avanços tecnológicos e com o atual dinamismo da vida em sociedade. De outro lado, o excessivo rigor com que a legislação trata os defeitos formais. Por fim, o indevido papel desempenhado pelo exacerbado formalismo para afastar o brasileiro do ato de testar. Acreditamos, como Arnaldo Rizzardo, que “não se justifica a complexidade de regras e fórmulas sacramentais exigidas para dar em testamento, que foram mantidas pelo vigente Código”.⁴⁹ Na seção seguinte, debateremos novas perspectivas especificamente para o primeiro dos mencionados problemas. Na presente investigação, não

⁴⁷ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 16-19.

⁴⁸ MENER, Anton. *El derecho civil y los pobres*. Trad. de Adolfo Posada. Madrid, Espanha: Librería General de Victoriano Suárez, 1898, p. 421-423.

⁴⁹ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das sucessões*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2011, p. 218.

abordaremos soluções para os demais temas por limitações de tempo e espaço, para manter a profundidade do estudo.

4. Superando a taxatividade das formas testamentárias previstas no Código Civil: o testamento em áudio ou vídeo; o testamento eletrônico

Segundo Santiago Dantas, o Direito moderno tende à transição do formalismo pelo antiformalismo, ou seja, inclina-se pela simplificação das condições de forma para a validade dos atos jurídicos. Segundo o mencionado jurista, atualmente qualquer forma pode ser aceita, desde que exprima com clareza a vontade do manifestante; ele excepciona, entretanto, os negócios jurídicos com especial relevo na vida de uma pessoa, que por sua importância exigem um excepcional formalismo, como seria o caso do testamento.⁵⁰

Atualmente, apesar da supramencionada ressalva de Santiago Dantas, o advento do antiformalismo tem demonstrado alcançar, na medida do possível, até mesmo a sucessão testamentária. Kenneth Reid, Marius de Wall e Reinhard Zimmerman documentam a tendência das legislações, no sentido de afastamento do formalismo testamentário, principalmente em razão do desejo de dar eficácia à intenção do testador expressada em um documento com natureza testamentária. Os pesquisadores mencionam as históricas reduções de formalidades, a título ilustrativo, na Alemanha, Itália, Hungria, Estados Unidos, Espanha e Holanda; os autores referem até mesmo à redução do número de testemunhas no Código Civil brasileiro de 2002.⁵¹

Ocorre que, na entrada da terceira década do século XXI, o direito sucessório codificado no Brasil ainda está preso ao modo como se testava nos séculos passados. São estabelecidas três formas ordinárias e três formas especiais de testamentos, todas por escrito (salvo o excepcionalíssimo caso do testamento nuncupativo). Em um mundo digital, a sucessão testamentária permanece em um universo de papel. Até mesmo a inovadora forma hológrafa simplificada, que deveria consagrar a superação do formalismo, requer cédula testamentária escrita de próprio punho. A exigência de forma escrita – impressa ou feita de próprio punho – para o testamento demonstra que o Código Civil de 2002 continua parado em um contexto pré-digital, que já vem se revelando completamente atrasada desde as últimas décadas do século XX. Na seara de

⁵⁰ DANTAS, San Tiago. *Direito de família e das sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 505.

⁵¹ REID, Kenneth G. C.; DE WALL, Marius J.; ZIMMERMANN, Reinhard. *Comparative Succession Law, vol. I: Testamentary Formalities*. Oxford, England: Oxford University Press, 2011, p. 463-465.

manifestações de última vontade, nossa codificação ainda se encontra naquilo que Joseph Karl Grant chama de “Paradigma Gutenberg”, em referência ao alemão inventor da imprensa.⁵²

Entendemos e concordamos com a relutância do legislador em admitir, em circunstâncias normais, o testamento puramente oral, em razão da completa insegurança envolvida, principalmente porque o conteúdo do testamento deverá ser definido exclusivamente com base em prova testemunhal. Apesar disso, também acreditamos ser inadequado o tratamento normativo dado à matéria, autorizando o testamento nuncupativo somente em favor de militares empenhados em combate. Encontramos em Patricia Critchley duas críticas aos testamentos privilegiados em favor dos militares que podem ser perfeitamente aplicadas ao direito brasileiro. Em primeiro lugar, o legislador não levou em consideração que outras pessoas, que não militares em campanha, também exercem profissões de risco, como por exemplo bombeiros e policiais. Além disso, se o testamento nuncupativo é justificado pelo risco de morte súbita, razão não há para que ele não seja permitido em favor de outras pessoas, em outras circunstâncias, que são acometidas pelo risco de morte súbita e querem testar antes de morrer.⁵³ Acrescentamos às referidas críticas o fato de que, no direito brasileiro, é admitido o casamento nuncupativo.⁵⁴ Mesmo o casamento sendo um dos atos jurídicos mais solenes do nosso ordenamento, a lei autoriza a sua celebração com flexibilização formal, com base no risco de vida de um dos nubentes. A dispensa das formalidades típicas é compensada, em termos de assegurar a idoneidade do ato, pela exigência da presença de um elevado número de testemunhas, 06. Como não se exige que um dos nubentes esteja ferido em batalha, qualquer pessoa em iminente risco de vida pode se casar; a lógica deveria ser a mesma para o testamento nuncupativo, porém não é.

⁵² Nas palavras de Grant, “in stark contrast to the rapid adoption of printed text, substantive areas of the law have been slow to recognize and adopt electronic means of communication. Indeed, legal regimes still pay deference to printed and written communications. (...) A clear paradigm has emerged: printed text is the preferred means of memorializing an ambulatory document such as a will”. Em tradução livre, “em absoluto contraste com a rápida adoção do texto impresso, os ramos materiais do direito têm sido lentos em reconhecer e adotar meios eletrônicos de comunicação. De fato, os regimes jurídicos ainda guardam deferência às comunicações impressas e escritas. (...) Um evidente paradigma surgiu: texto impresso é o meio preferencial para um documento de natureza ambulatorial como o testamento”. GRANT, Joseph Karl. Shattering and moving beyond the Gutenberg Paradigm: the dawn of the electronic will. *University of Michigan Journal of Law Reform*, n.42, 2008, p. 111; p. 114-115.

⁵³ CRITCHLEY, Patricia. Privileged wills and testamentary formalities: a time to die? *Cambridge Law Journal*, vol.58, n.1, 1999, p. 56-57.

⁵⁴ Código Civil de 2002, Art. 1.540. Quando algum dos contraentes estiver em iminente risco de vida, não obtendo a presença da autoridade à qual incumba presidir o ato, nem a de seu substituto, poderá o casamento ser celebrado na presença de seis testemunhas, que com os nubentes não tenham parentesco em linha reta, ou, na colateral, até segundo grau.

Deixando-se de lado as questões de risco de vida, o problema de se depender exclusivamente da prova testemunhal para definir o conteúdo de um testamento feito oralmente simplesmente não existe quando o testador se utilizou de recursos de áudio ou vídeo, atualmente amplamente disponíveis e acessíveis. Com números do primeiro semestre de 2019, o Brasil tem 230 milhões de *smartphones* em uso,⁵⁵ sendo o 5º país em uso diário de celulares em todo o mundo.⁵⁶ Assim, é absolutamente plausível que o indivíduo pegue o seu celular, abra o aplicativo do gravador ou da câmera de vídeo, e assim registre a sua manifestação de última vontade. Podemos identificar com facilidade a sua voz e a sua imagem, cujas perícias para verificar autenticidade, se necessárias, são tão desenvolvidas quanto a investigação grafotécnica. Ocorre que, nos termos do atual ordenamento jurídico brasileiro, tal conduta será considerada um ato juridicamente inexistente, na medida em que o disponente não atendeu a uma das formas taxativamente previstas no Código.

Obviamente, reconhecemos que há potenciais problemas quanto aos testamentos feitos por vídeo. Por exemplo, Karen Sneddon se mostra preocupada com as confusões quanto ao conteúdo das disposições, decorrentes tanto das divagações do testador, se ele improvisa, quanto de um eventual discurso excessivamente ensaiado. A jurista argumenta que essa modalidade de testamento pode ser convidativa às impugnações por incapacidade do disponente.⁵⁷ Por outro lado, James Lindgren afirma que o vídeo oferece melhores evidências para verificar a validade de um testamento, as circunstâncias da sua elaboração, a capacidade do testador, entre outros elementos. Apesar disso, o referido autor admite que testamentos escritos são mais fáceis de arquivar e apresentar em juízo, assim como trazem maior padronização à sua feitura.⁵⁸

Mesmo com as objeções feitas acima, acreditamos que os recursos audiovisuais, cada vez mais democraticamente acessíveis, permitem um acesso facilitado ao ato de testar, inclusive para aquelas pessoas que não sabem ou não podem escrever. Além disso, o áudio e o vídeo podem ser meios de registrar mais fielmente a efetiva vontade do testador, com suas próprias palavras em viva voz, em oposição a um testamento escrito a rogo por terceiro ou lavrado pelo tabelião em seu livro de notas. Reconhecemos que pode haver impugnações quanto às circunstâncias do ato, bem como quanto à

⁵⁵ Disponível em <https://epocanegocios.globo.com/Tecnologia/noticia/2019/04/brasil-tem-230-milhoes-de-smartphones-em-uso.html>. Acesso em 08 de julho de 2019.

⁵⁶ Disponível em <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-01/brasil-foi-50-pais-em-ranking-de-uso-diario-de-celulares-no-mundo>. Acesso em 08 de julho de 2019.

⁵⁷ SNEDDON, Karen. Speaking for the dead: voice in last wills and testaments. *Saint John's Law Review*, vol. 85, 2011, p. 734-735.

⁵⁸ LINDGREN, James. The fall of formalism. *Albany Law Review*, n.55, 1992, p. 1021.

capacidade do disponente; também pode haver disputas em relação ao uso de expressões peculiares ou até mesmo de determinado tom de voz. No entanto, tais objeções são superáveis. Qualquer modalidade testamentária, mesmo a pública, é suscetível de alegações de vícios quanto à vontade, à celebração, à capacidade. Ademais, o áudio e o vídeo fornecem elementos qualitativamente e quantitativamente superiores ao papel na busca de se interpretar aquilo que o testador desejava. Por essa razão, acreditamos que o Brasil está perdendo uma oportunidade de ao menos discutir uma abertura da sua sucessão testamentária às (já não tão) novas tecnologias audiovisuais.

Por outro lado, ainda que mantenhamos o apego do regime sucessório codificado à forma escrita, as inovações tecnológicas das últimas décadas tornam incompreensível que os testamentos ainda estejam totalmente presos ao papel, ou seja, à forma impressa (se elaborada por meios mecânicos) ou escrita de próprio punho. Como apontado por Gerry Beyer e Claire Hargrove, na medida em papel pode ser facilmente destruído, armazenar o testamento em um formato eletrônico parece logicamente ser o próximo passo.⁵⁹

Em 2001, de forma inovadora, o Estado norte-americano de Nevada inseriu em sua legislação os testamentos eletrônicos, com os quais toda pessoa maior de 18 anos pode dispor de todo o seu patrimônio mobiliário e imobiliário.⁶⁰ Eles devem ser criados e mantidos em meio eletrônico, contendo a data e a assinatura eletrônica do testador. Além disso, essa modalidade testamentária ainda necessita de pelo menos um dos seguintes requisitos: uma característica autenticadora do testador;⁶¹ a assinatura ou o selo eletrônico de um notário público; ou as assinaturas eletrônicas de pelo menos duas testemunhas.

A doutrina não é unânime em relação ao testamento eletrônico. A título ilustrativo, Scott Boddery considera que as jurisdições não devem seguir o exemplo de Nevada, ou seja, não devem adaptar as suas leis sucessórias aos sempre constantes desenvolvimentos tecnológicos e eletrônicos. O mencionado jurista acredita que, apesar dos benefícios da

⁵⁹ BEYER, Gerry W.; HARGROVE, Claire G. Digital wills: has the time come for wills to join the digital revolution? *Ohio Northern University Law Review*, v.33, 2007, p. 887.

⁶⁰ *Nevada Revised Statutes* 133.085.

⁶¹ Nos termos do estatuto de Nevada, “‘authentication characteristic’ means a characteristic of a certain person that is unique to that person and that is capable of measurement and recognition in an electronic record as a biological aspect of or physical act performed by that person. Such a characteristic may consist of a fingerprint, a retinal scan, voice recognition, facial recognition, video recording, a digitized signature or other commercially reasonable authentication using a unique characteristic of the person”. Em tradução livre: ‘característica autenticadora’ significa uma característica de uma certa pessoa que a ela é única e que é capaz de medida e reconhecimento em um meio eletrônico como um aspecto biológico ou um ato físico praticado por aquela pessoa. Tal característica pode consistir de uma impressão digital, um *scan* de retina, reconhecimento de voz, reconhecimento facial, gravação de vídeo, uma assinatura digitalizada ou outra comercialmente razoável autenticação usando uma característica única da pessoa”.

praticidade, os testamentos eletrônicos estão vulneráveis a atividades ilícitas. Por causa disso, Boddery reconhece que qualquer legislação sobre testamento terá de lidar com precauções de segurança e de autenticação, o que acaba sendo inconveniente para o testador.⁶² Dessa forma, mesmo em se tratando de ato praticado eletronicamente, a regulamentação legal dessa forma testamentária ainda se mantém complexa e técnica. De fato, não podemos deixar de lado a preocupação com a segurança e com a autenticidade do testamento eletrônico. Entretanto, também sempre houve a possibilidade de fraude envolvendo testamento em papel. Assim, as mesmas preocupações historicamente serviram de base para o extremo formalismo quanto ao testamento impresso ou manuscrito, algo que criticamos extensamente nas seções anteriores. Em um mundo onde cada vez mais riquezas circulam em função de atividades desenvolvidas eletronicamente, os mecanismos de combate a fraudes vêm sendo progressivamente aperfeiçoados e reforçados. Um desses mecanismos é a assinatura digital.

Com Scott Boddery aprendemos a distinção entre assinatura eletrônica e assinatura digital. A primeira consiste em caracteres identificadores eletrônicos utilizados por um sujeito com a intenção de autenticar um documento; assim, por exemplo, simplesmente digitar o próprio nome ao final de um e-mail torna o correio eletrônico assinado eletronicamente. Por outro lado, a segunda envolve um identificador eletrônico que utiliza medidas de segurança da informação, normalmente criptografia, para garantir a integridade e autenticidade da respectiva informação; uma petição protocolada com o certificado digital de um advogado é considerada assinada digitalmente.⁶³ Tratando da realidade brasileira, Ana Lúcia Feliciani entende que as exigências de solenidade e a segurança jurídica quanto ao testamento eletrônico podem ser atendidas com a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil,⁶⁴ uma vez que as assinaturas digitais e manuscritas guardam identidade funcional.⁶⁵ Além disso, a autora menciona que há previsão legal de formação de autos digitais, sem papel. Por fim, Feliciani argumenta que “não se deve temer a possibilidade de falsidades documentais, que sempre existiram na história, mas que a ordem jurídica dispõe de instrumentos capazes de solucioná-las” – argumento este ao qual aderimos integralmente.

⁶² BODDERY, Scott S. Electronic wills: drawing a line in the sand against their validity. *Real Property, Trust and Estate Law Journal*, n.47, 2012, p. 199-201.

⁶³ BODDERY, Scott S. Electronic wills: drawing a line in the sand against their validity, cit., p. 201-202.

⁶⁴ Medida Provisória n. 2.200-2 de 24 de agosto de 2001.

⁶⁵ FELICIANI, Ana Lúcia Alves. Testamento por meio eletrônico: é possível? *Revista da Faculdade de Direito da UFGRS*, Porto Alegre, n.30, 2012, p. 47-51.

Evidentemente reconhecemos que a assinatura digital é muito mais segura do que a eletrônica, ao menos em termos de garantir a autenticidade da manifestação de vontade. No entanto, também devemos ter em mente que os certificados digitais podem ser custosos e envolver certa complexidade quanto à instalação e ao uso.⁶⁶ A exigência de um *token* para a elaboração do testamento eletrônico pode trazer segurança à custa da praticidade e da acessibilidade – conquanto a tendência aparentemente seja no sentido de simplificação e facilitação do seu uso. Acreditamos que pode haver outros meios de garantir que o *de cuius* de fato fora o autor do documento. Boa parte dos atos jurídicos praticados eletronicamente são vinculantes independentemente de envolverem certificados digitais. Em uma era de senhas pessoais e intransferíveis, bem como de rastreamento do IP, já deveria haver uma presunção, ao menos relativa, da autoria de um documento pelo dono ou usuário ativo do equipamento eletrônico, do e-mail, da conta em *websites* ou da rede social.

Por outro lado, Gerry Beyer e Claire Hargrove apontam 6 obstáculos para uma perfeita implementação do testamento eletrônico: uma barreira técnica (o *software* necessário para a autenticação do ato); uma barreira social (clientes e até mesmo advogados mais velhos podem ser mais relutantes quanto à nova tecnologia); uma barreira econômica (os custos com o *software* e os processos de autenticação podem aumentar); uma barreira motivacional (uma possível ausência de demanda para tais atos); uma barreira quanto à obsolescência (como a tecnologia informacional está em constante e rápida transformação, é possível que um testamento armazenado eletronicamente em tecnologia mais antiga esteja inacessível quando o disponente falecer); e, por fim, uma resistência à mudança (a transição de uma sociedade baseada no papel para uma baseada em meio eletrônico nem sempre é fácil, e isso se potencializa em um ramo do direito resistente a transformações como é a sucessão testamentária).⁶⁷ Os juristas concluem que, apesar de à primeira vista um documento digital aparentemente ter diversas vantagens sobre o papel, a realidade é que o papel é muito mais vantajoso do que o armazenamento digital.⁶⁸ Ocorre que Beyer e Hargrove publicaram a referida opinião mais de uma década atrás, em um contexto totalmente diferente de popularidade das redes sociais, de acesso a servidores de armazenamento “na nuvem”, de penetração dos aparelhos eletrônicos nas diferentes classes sociais e faixas etárias. Ademais, existe pouca resistência à prática de atos jurídicos por meios eletrônicos, tanto

⁶⁶ A título ilustrativo, a seccional de Minas Gerais da Ordem dos Advogados do Brasil teve de disponibilizar um suporte técnico gratuito aos advogados com problemas com seus *tokens* digitais.

⁶⁷ BEYER, Gerry W.; HARGROVE, Claire G. *Digital wills: has the time come for wills to join the digital revolution?*, cit., p. 890-896.

⁶⁸ BEYER, Gerry W.; HARGROVE, Claire G. *Digital wills: has the time come for wills to join the digital revolution?*, cit., p. 899.

substancialmente quanto processualmente (até mesmo com a digitalização dos procedimentos processuais). Além disso, o problema de se perder o testamento eletrônico por extravio ou obsolescência do *hard drive* depende muito de como e onde esse documento foi elaborado.

Com base no editorial *Developments in the Law*, volume 131 da *Harvard Law Review*, podemos distinguir três categorias de testamentos eletrônicos: testamentos eletrônicos *off-line*; testamentos eletrônicos *online*; e testamentos eletrônicos com guardião qualificado.⁶⁹ Os primeiros são aqueles digitados em um equipamento eletrônico pelo testador, assinados eletronicamente e armazenados no *hard drive* local; tipicamente não são impressos nem armazenados em algum *website*. Os segundos envolvem incidentalmente⁷⁰ um terceiro, provedor de armazenamento digital onde será guardado o testamento, em servidores ou “nuvens” como o *Google Drive*, o *iCloud* ou o *Dropbox*; em redes sociais como o *Twitter* e o *Facebook*; ou até mesmo em serviços de mensagens de texto como SMS ou o *Whatsapp*. Essa modalidade envolve as normas de dados pessoais e privacidade, mas também maior segurança quanto a aspectos críticos, como por exemplo em relação a informações sobre a criação e modificações do documento. Por fim, os terceiros são criados e armazenados por um órgão governamental ou entidade privada legalmente reconhecidos como um “guardião qualificado”, sujeito a regulamentação estatal. Esse “guardião qualificado” existiria basicamente com a função de coletar e armazenar as evidências de intenção testamentária.

O mencionado editorial defende que os principais problemas associados ao testamento eletrônico *off-line* são a fraude e a obsolescência. Em primeiro lugar, na medida em que é muito fácil fazer alterações em documentos no computador ou no celular, não é uma tarefa simples determinar qual a versão “verdadeira”, definitiva do testamento ali elaborado; ademais, também é difícil determinar se de fato foi o *de cuius* o autor do documento. A análise de metadados do documento eletrônico pode determinar, por exemplo, quando o arquivo foi criado ou modificado pela última vez; entretanto, é insuficiente para demonstrar a ausência de coação ou a autoria por parte do disponente. Ademais, como a única cópia deste testamento está no *hard drive* de um equipamento eletrônico, o dispositivo pode ser descartado sem o devido *backup* ou então danificado, com a perda irreparável do arquivo contendo a manifestação de última vontade.

⁶⁹ Disponível em: https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2018/04/1790-1811_Online.pdf. Acesso em 22.09.2022.

⁷⁰ De acordo com o editorial da *Harvard Law Review*, o envolvimento do terceiro é incidental, pois o testador se utiliza dos seus serviços pois já tem uma conta com o provedor ou servidor, e não porque esse terceiro se ofereceu especificamente para armazenar testamentos eletrônicos.

Por outro lado, os testamentos eletrônicos *online* podem oferecer metadados ainda mais confiáveis do que os *off-line*. As companhias podem fornecer dados quanto à data de criação dos arquivos, alterações e até mesmo quantas vezes eles foram visualizados e modificados. Uma vantagem adicional é o potencial armazenamento *ad aeternum* do documento, que pode em tese ser acessado a qualquer tempo e a qualquer lugar pelos interessados. Apesar disso, eles estão suscetíveis às políticas dos provedores de serviço de armazenamento ou das redes sociais.⁷¹ O editorial da *Harvard Law Review* exemplifica: e se o *Dropbox* deletar o testamento em razão de um longo tempo de inatividade do arquivo? E se o *Facebook* rejeitar o acesso dos interessados ao documento de um falecido, em razão de sua política de privacidade?

Por outro lado, o “guardião qualificado”, sendo responsável por acompanhar a elaboração do testamento eletrônico, bem como por seu armazenamento, tem o potencial de afastar os problemas acima referidos. Por essa razão, entendemos o otimismo com que a *Harvard Law Review* analisa essa modalidade. No Brasil, visualizamos que esta poderia ser uma função do já mencionado Registro Central de Testamentos On Line (RCTO), ligado à Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados (CENSEC). Entretanto, acreditamos que há um grande potencial para que seja uma forma de testar burocrática, solene e cara; a diferença para as formas “tradicionais” será apenas a modernização do meio em que o testamento será elaborado e guardado.

Por tudo quanto expusemos, sustentamos que o testamento eletrônico é um possível meio de democratizar e popularizar o acesso ao ato de testar. Apesar disso, reconhecemos que há problemas envolvendo a garantia de autenticidade e o armazenamento (tanto em um *hard drive* quanto na “nuvem”). Por duas razões entendemos que essas questões podem ser superadas. Em primeiro lugar, existe uma tendência global de desenvolvimento de mecanismos de combate às fraudes nas transações jurídico-econômicas realizadas digitalmente; é um contrassenso lógico defender que apenas o Direito das Sucessões não pode se adaptar a esta realidade. Além disso, até mesmo no juízo criminal, com toda a carga probatória de que a acusação deve dar conta, é possível demonstrar a autoria dos crimes praticados virtualmente; por que isso não seria possível no juízo sucessório? Em segundo lugar, devemos caminhar para a superação da tradicional visão que enxergava a forma como um fim em si mesma, como o único meio de se garantir a certeza e a segurança do ato de testar; as solenidades existem em função da idoneidade da manifestação de última vontade, mas a garantia desta não se resume àquelas. Desse modo, havendo como suficientemente demonstrar

⁷¹ No Brasil, a questão passa ainda por uma análise à luz do Marco Civil da Internet, Lei 12.965/2014.

que a declaração eletrônica de um indivíduo foi feita com a intenção de consubstanciar uma vontade testamentária, a ela deve ser reconhecida a natureza jurídica de testamento (eletrônico).

Nas jurisdições que reconhecem o *dispensing power*,⁷² os juízos sucessórios têm podido determinar o cumprimento de testamentos informais, ou seja, aqueles que não atenderam aos requisitos formais impostos na legislação. Conforme relatado por Ben McEniery, isso tem gerado efeitos práticos consideráveis em relação a novas tecnologias, tanto audiovisuais quanto eletrônicas.⁷³ Assim, a título ilustrativo, na Austrália já se reconheceram como testamentos válidos um documento digitado no bloco de notas de um iPhone,⁷⁴ um documento em Microsoft Word,⁷⁵ bem como uma gravação audiovisual em DVD.⁷⁶ Recentemente, até mesmo uma mensagem de texto não enviada foi admitida pelo juízo sucessório,⁷⁷ pois se entendeu que nela havia clara vontade testamentária. Se adotarmos semelhante mecanismo jurídico no Brasil, poderemos abrir o nosso Direito das Sucessões aos avanços tecnológicos, com potencial de melhor garantir a eficácia do direito fundamental à liberdade de testar.

Conclusivamente, acreditamos que a taxatividade das formas testamentárias previstas no Código Civil de 2002, necessariamente impressas ou manuscritas, demonstram que nosso fenômeno sucessório continua estacionário no “Paradigma Gutemberg”. Caminhando ao primeiro quarto do século XXI, ainda testamos como nos séculos passados, o que se revela totalmente anacrônico em uma era da revolução tecnológica. Reconhecemos que controvérsias há quanto a potenciais problemas dos testamentos em áudio, em vídeo ou em meios eletrônicos; contudo, entendemos ser inadequada a crença de que o papel é o único instrumento seguro para veicular uma vontade testamentária.

⁷² Nos sistemas que adotam o *dispensing power*, a lei confere ao juízo sucessório o poder de dispensar a análise em relação ao maior ou menor grau de observância das solenidades testamentárias pelo disponente, desde que fique suficientemente comprovado, por qualquer meio, que aquele documento apresentado judicialmente contém uma manifestação de última vontade. Com o *dispensing power*, a lógica é: independentemente do grau de atendimento aos requisitos solenes, havendo prova suficiente de que o *de cuius* pretendia que aquele fosse o seu testamento, este poderá ser confirmado pelo magistrado. Dessa forma, utilizando-se do *dispensing power*, o juiz poderá desconsiderar até os vícios formais altamente graves, se por outros meios se provar satisfatoriamente que existiu uma livre, desimpedida e autêntica manifestação de autonomia privada testamentária (MANN, 1994, p. 1040; LANGBEIN, 1987, p. 01). Ilustrativamente, o *dispensing power* é expressamente adotado nas legislações sucessórias de South Australia, Queensland, Australian Capital Territory (ACT), Victoria, Western Australia e Manitoba; e recomendado aos Estados norte-americanos pelo estadunidense *Uniform Probate Code*. Para um melhor estudo sobre a matéria, recomendamos: RIBEIRO, Raphael Rego Borges. *Superando o rigor quanto às formalidades testamentárias: da substantial compliance ao dispensing power*, cit.

⁷³ MCENIERY, Ben. Succession Law keeping pace with changes in technology and community expectations – informal wills. *Journal of New Business Ideas & Trends*, v.12, 2014, p. 06-07.

⁷⁴ *Re Yu* [2013] QSC 322.

⁷⁵ *Alan Yazbek v Ghosn Yazbek & Anor* [2012] NSWSC 594.

⁷⁶ *Mellino v Wnuk & Ors* [2013] QSC 336.

⁷⁷ *Nichol v Nichol* [2017] QSC 220.

A inércia do legislador quanto à modernização das formas testamentárias vem sendo um obstáculo à popularização e democratização do acesso à liberdade de testar, contribuindo para uma proteção deficiente a este direito fundamental.

5. Conclusão

No presente artigo, primeiramente observamos que existe, no âmbito de proteção do direito fundamental à herança, uma tutela constitucional da autonomia privada testamentária. Daí também notamos que existe um dever, imposto a todos os poderes públicos, no sentido de realizar, concretizar, promover e proteger a liberdade de testar. Inferimos que o ato fazer testamento deve, portanto, ser facilitado e simplificado, em vez de dificultado e desestimulado.

Em segundo lugar, verificamos que a disciplina da sucessão testamentária no Código Civil de 2002 é marcada por um atraso significativo em relação ao binômio formas/formalidades testamentárias. Ao exigir tanto a adoção de uma das formas taxativamente previstas em lei quanto a observância estrita das respectivas solenidades, o legislador dificultou e desestimulou o ato de testar.

Em terceiro lugar, percebemos que, editado no início do século XXI, a atual codificação civil manteve a elaboração de testamentos muito semelhante ao modo como se testava no século XIX. Apesar de singelas simplificações de algumas solenidades, e da introdução dos testamentos aeronáutico e hológrafo simplificado, o ato de testar permanece anacrônico. Em plena era tecnológica e digital, a manifestação de última vontade continua presa ao papel, devendo necessariamente ser feita de próprio punho ou impressa (se elaborada por meios mecânicos), salvo no excepcionalíssimo e raríssimo caso de testamento nuncupativo.

Por fim, defendemos a modernização da legislação sucessória, com sua abertura aos testamentos com recursos audiovisuais e aos testamentos eletrônicos. Acreditamos que se trata de solução para que se cumpra o mandamento constitucional de devida efetivação do direito fundamental à herança, especificamente titularizado pelo sucedido. Sustentamos que são inovações que facilitam, simplificam e estimulam o exercício da autonomia privada. Reconhecemos que deve haver preocupações relacionadas principalmente à segurança e à operacionalização da matéria, todavia concluímos que claramente não se trata de óbices intransponíveis à inovação legislativa.

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª edição, 4ª tiragem. Tradução da 5ª edição alemã (2006) por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. *Sucessões*. Rio de Janeiro, RJ: Revista dos Tribunais, 1915.
- ALVES, José Carlos Moreira. A parte geral do projeto do Código Civil. *Revista CEJ*, v.3, n.9, set./dez. 1999.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2ª ed. Coimbra, PT: Almedina, 2001.
- ASTRACHAN, John M. Why people don't make wills. *Trusts & Estates*, 1979.
- 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 Arrêts, 1899.
- BEYER, Gerry W.; HARGROVE, Claire G. Digital wills: has the time come for wills to join the digital revolution? *Ohio Northern University Law Review*, v.33, 2007.
- BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri, SP: Manole, 2007.
- BODDERY, Scott S. Electronic wills: drawing a line in the sand against their validity. *Real Property, Trust and Estate Law Journal*, n.47, 2012.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra, PT: Almedina, 1993.
- CARVALHO, Felipe Quintella Machado de; MAFRA, Tereza Cristina Monteiro. Estado da arte do imbróglio da sucessão do cônjuge em concorrência com os descendentes. *Revista de direito de família e sucessão*, v.4, n.2, 2018.
- CRITCHLEY, Patricia. Privileged wills and testamentary formalities: a time to die? *Cambridge Law Journal*, vol. 58, n.1, 1999.
- DANTAS, San Tiago. *Direito de família e das sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- FELICIANI, Ana Lúcia Alves. Testamento por meio eletrônico: é possível? *Revista da Faculdade de Direito da UFGRS*, Porto Alegre, n.30, 2012.
- GRAEFF, Fernando René. Uniões paralelas e direito das sucessões. *Revista da Faculdade de Direito da UFGRS*, Porto Alegre, n.30, 2012.
- GRANT, Joseph Karl. Shattering and moving beyond the Gutenberg Paradigm: the dawn of the electronic will. *University of Michigan Journal of Law Reform*, n.42, 2008.
- 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.
- KREICZER-LEVY, Shelly. Inheritance legal systems and the intergenerational bond. *Real Property, Trust and Estate Law Journal*, vol.46, n.3, 2012.
- LANGBEIN, John H. Excusing harmless errors in the execution of wills: a report on Australia's tranquil revolution in Probate Law. *Columbia Law Review*, vol. 87, n. 1, 1987.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil, volume XXI: do direito das sucessões: arts. 1.784 a 2.027*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- LINDGREN, James. The fall of formalism. *Albany Law Review*, n.55, 1992.
- LÔBO, Paulo. *Direito civil: sucessões*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MANN, Bruce. Formalities and formalism in the Uniform Probate Code. *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 142, 1994.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões, v. I*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.

- MCENIERY, Ben. Succession Law keeping pace with changes in technology and community expectations – informal wills. *Journal of New Business Ideas & Trends*, v.12, 2014.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MENGER, Anton. *El derecho civil y los pobres*. Trad. de Adolfo Posada. Madrid, Espanha: Librería General de Victoriano Suárez, 1898.
- MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. *The Myth of Ownership: Taxes and Justice*. Oxford, England: Oxford Scholarship Online, 2003.
- NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária, v. I*. Rio de Janeiro: Forense, 1957.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado dos testamentos, v. I*. Leme: BH Editora e Distribuidora, 2005.
- REID, Kenneth G. C.; DE WALL, Marius J.; ZIMMERMANN, Reinhard. *Comparative Succession Law, vol. I: Testamentary Formalities*. Oxford, England: Oxford University Press, 2011.
- RIBEIRO, Raphael Rego Borges. O direito fundamental de testar. *Revista de Direito de Família e Sucessão*, v. 6, n. 1, 2020.
- RIBEIRO, Raphael Rego Borges. Superando o rigor quanto às formalidades testamentárias: da substantial compliance ao dispensing power. *RBDCivil – Revista Brasileira de Direito Civil*, vol.26, n.4, 2020.
- RIBEIRO, Raphael Rego Borges. O fracasso da constitucionalização do direito sucessório no Código Civil de 2002 e a necessidade de uma teoria crítica do direito das sucessões. *Civilistica.com*, a. 10, n. 1, 2021.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das sucessões*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2011.
- 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 Cíveis Brasileiro e Português pelo Dr. Ary dos Santos. – 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 1973.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª edição, 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- SNEDDON, Karen. Speaking for the dead: voice in last wills and testaments. *Saint John's Law Review*, vol. 85, 2011.
- TEPEDINO, Gustavo. O Novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira. Editorial. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 7, 2001.
- TEPEDINO, Gustavo. *O Código Civil, os chamados microssistemas e Constituição: premissas para uma reforma legislativa*. 2001. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/>. Acesso em 08 de junho de 2018.
- TRITT, Lee-ford. Technical Correction or Tectonic Shift: competing default rule theory under the new Uniform Probate Code. *Alabama Law Review*, vol. 61, n. 2, 2010.
- VELOSO, Zeno. Testamentos – noções gerais; formas ordinárias; codicilo; formas especiais. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). *Direito das sucessões e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito das sucessões*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

Como citar:

RIBEIRO, Raphael Rego Borges. O anacronismo das formas testamentárias no Código Civil de 2002. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 12, n. 1, 2023. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-anacronismo-das-formas/>>. Data de acesso.



Recebido em:

11.10.2022

Aprovado em:

8.5.2023