



Maria Gentil Gonçalves da Rocha

**Tutela provisória em inventário:
análise do parágrafo único do art.
647 do Código de Processo Civil**

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada como requisito parcial para
obtenção do grau de Mestre pelo Programa de
Mestrado Profissional em Direito Civil
Contemporâneo e Prática Jurídica da PUC-Rio.

Orientadoras: Prof.^a Thamis Dalsenter
Prof.^a Ana Luiza Nevares

Rio de Janeiro
Dezembro de 2022



Maria Gentil Gonçalves da Rocha

**Tutela provisória em inventário:
análise do parágrafo único do art.
647 do Código de Processo Civil**

Dissertação apresentada como requisito parcial para
obtenção do grau de Mestre pelo Programa de
Mestrado Profissional em Direito Civil
Contemporâneo e Prática Jurídica da PUC-Rio.
Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo:

Prof.^a Thamís Dalsenter

Orientadora

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Ana Luíza Maia Nevares

Coorientadora

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Luciano Vianna Araújo

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Ana Carolina Brochado Teixeira

Departamento de Direito – Centro Universitário UNA

Prof. Ronaldo Cramer

Departamento de Direito – PUC-Rio

Rio de Janeiro, 20 de dezembro de 2022

Todos os direitos reservados. A reprodução, total ou parcial, do trabalho é proibida sem autorização do autor, do orientador e da universidade.

Maria Gentil Gonçalves da Rocha

Bacharel em Direito pela PUC-Rio (2015); Pós-graduada em Direito de Família e Sucessões pela PUC-Rio (2018); Advogada com atuação em contencioso cível e especialização em direito de família e sucessões.

Ficha Catalográfica

Rocha, Maria Gentil Gonçalves da

Tutela provisória em inventário : análise do parágrafo único do art. 647 do Código de Processo Civil / Maria Gentil Gonçalves da Rocha ; orientadoras: Thamis Dalsenter, Ana Luiza Nevares. – 2022.

160 f.; 30 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2022.

Inclui bibliografia.

1. Direito – Teses. 2. Tutela provisória. 3. Inventário. 4. Partilha de bens. 5. Efetividade. I. Dalsenter, Thamis. II. Nevares, Ana Luiza. III. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. IV. Título.

CDD: 340

Dedico à minha família,
Ed, Lolo e JP.

Agradecimentos

À minha orientadora Thamis Dalsenter, por todo incentivo e generosidade ao compartilhar seus ensinamentos, em especial durante a pandemia da covid-19, tornando o processo de aprendizado mais humano, com olhar cuidadoso para os seus alunos em tempos de sofrimento e incerteza. Estendo este agradecimento aos professores do mestrado nas pessoas das professoras Caitlin Sampaio Mulholland e Maria Celina Bodin de Moraes.

À minha coorientadora Ana Luiza Nevares, por quem nutro profunda admiração e gratidão. Agradeço as lições diárias, a amizade e o incentivo na realização do mestrado. Agradeço a generosidade no compartilhamento dos ensinamentos do direito sucessório constitucional, fundamentais para o desenvolvimento do trabalho. Agradeço, ainda, o apoio e a parceria na caminhada profissional e na prática diária da advocacia como sócia no escritório Bastos-Tigre, Coelho da Rocha, Lopes e Freitas Advogados, estendendo aqui meus agradecimentos à equipe do escritório, em especial, aos advogados Érika Feldman, Lara Lopes, Laura Granato e Marcus Mesquita, que muito me apoiaram nesse processo.

Ao professor Luciano Vianna Araújo, com quem pude aprender a prática da advocacia e a paixão pelo processo civil, pelos ensinamentos e trocas também durante o mestrado. Nas discussões que ocasionaram a reforma do CPC/2015, o professor Luciano enviou a proposta de redação do parágrafo único do art. 647, recepcionado no Código, o que possibilitou a escolha do tema deste trabalho.

Considero-me muito privilegiada por conviver no âmbito profissional com estes dois professores, Ana Luiza Nevares e Luciano Vianna Araújo, que são marcos teóricos fundamentais neste trabalho, e cujos ensinamentos ao longo dos anos me tornaram a profissional que sou hoje.

À professora Ana Carolina Brochado Teixeira, pelas ricas contribuições durante a elaboração deste estudo.

Registro meu especial agradecimento ao professor Ronaldo Cramer, que não apenas compartilhou comigo suas valiosas lições de processo civil e me incentivou nos desafios do estudo de direito processual, mas provocou as reflexões que nortearam e orientaram o caminho desta dissertação, sem as quais este trabalho não seria possível. Perguntou-me o professor se eu tinha certeza quanto à espécie de tutela provisória do parágrafo único do art. 647 do CPC, o que responderei nesta dissertação.

Resumo

Rocha, Maria Gentil Gonçalves da. **Tutela provisória em inventário: análise do parágrafo único do art. 647, do Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro, 2022. 160 p. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Contemporâneo e Prática Jurídica) – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

A proposta desta dissertação consiste na aplicação do parágrafo único do art. 647 do Código de Processo Civil (CPC) como ferramenta da legislação processual civil apta a proporcionar uma transmissão patrimonial *causa mortis* atenta aos valores constitucionais norteadores do direito sucessório contemporâneo, a qual permite ao juiz antecipar a utilização e fruição de bens espólio aos herdeiros em derrogação ao princípio da unidade da sucessão. O trabalho analisa a natureza jurídica da norma e o papel que desempenha dentro do processo de inventário, em especial para dirimir litígios entre os sucessores. Para tanto, parte-se da análise do procedimento de inventário, à luz dos princípios norteadores do CPC de 2015, que preconizam um processo mais célere, eficiente e voltado à concretização da dignidade humana, bem como das espécies de partilha de bens previstas na legislação e dos princípios que norteiam a divisão patrimonial quando não há consenso entre os herdeiros. Desse modo, passa-se ao enquadramento da norma em leitura sistemática dentro do regime de tutelas provisórias, estabelecendo-se os critérios para aplicação da medida judicial que permite a divisão patrimonial antecipada e provisória de bens atenta aos valores constitucionais.

Palavras-chaves:

Tutela provisória; inventário; partilha de bens; efetividade.

Abstract

Rocha, Maria Gentil Gonçalves da. **Preliminary injunction in inheritance procedure according to civil-constitucional rights**. Rio de Janeiro, 2022. 160 p. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Contemporâneo e Prática Jurídica) – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

The purpose of this dissertation is the application of the paragraph of article 647 of Brazilian Civil Procedure Code, as a device of the law that allows the application of inheritance law in synchrony with the constitutional values, which enables the judge to anticipate the use of the estate to the heirs as a derogation of the principle of unity of the succession.

The project analyzes the law's legal nature and the role it performs in the inventory process, especially in solving litigation between heirs. For this purpose, the starting point is to analyze the inventory process considering the guiding principles of the Brazilian Civil Procedure Code of 2015, which favors faster and more efficient procedures, prioritizing the fulfillment of human dignity and the types of property division when there is not an agreement between the heirs.

Therefore, the framing of the law is examined in a systematic reading inside the provisional guardianship scheme, establishing the criteria for the application of judicial measures that allows an early and provisional division of property in attention to the constitutional values.

Keywords:

Inheritance law; property division; succession; preliminary injunction.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	11
	O plano da dissertação	11
	Os fundamentos do direito sucessório na perspectiva civil constitucional	14
1	O PROCESSO DE INVENTÁRIO E PARTILHA NA PERSPECTIVA CIVIL CONSTITUCIONAL.....	28
1.1	As normas fundamentais do Código de Processo Civil de 2015: busca pela eficiência e concretização do direito material	28
1.2	As fases da transmissão da herança	32
1.3	A interseção entre as normas do direito material e processual no inventário.....	33
1.4	O procedimento de inventário e partilha de bens no CPC/2015 ..	35
1.4.1	Partilha judicial.....	37
1.4.2	Partilha amigável	42
1.4.3	Partilha em vida	43
1.4.4	A partilha testamentária.....	46
1.4.4.1	O exercício da autonomia testamentária sob a ótica civil constitucional.....	48
1.5	Os critérios legais dos artigos 648 do CPC e 2.017 do Código Civil para a elaboração da divisão patrimonial	50
1.5.1	Modalidades de partilha de bens nas quais devem incidir os critérios legais.....	51
1.5.2	A previsão legal dos critérios norteadores da partilha desde o CPC/1939 ao CPC/2015	52
1.5.3	Insuficiência dos critérios legais na hipótese de conflito ou inexistência de divisão cômoda entre os herdeiros.....	57
1.6	Os critérios norteadores da divisão patrimonial: atenção à função social da propriedade e interesse dos herdeiros.....	59
1.6.1	Os parâmetros da necessidade e função social da propriedade	62

2	A TUTELA PROVISÓRIA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.....	67
2.1	Breves considerações sobre a introdução do art. 647, parágrafo único, do CPC	67
2.2	O instituto da tutela provisória após o Código de Processo Civil de 2015	71
2.3	A tutela provisória de urgência	75
2.3.1	A probabilidade do direito alegado.....	76
2.3.2	A urgência.....	77
2.3.3	Espécies de tutela provisória de urgência: tutela antecipada e cautelar	79
2.3.4	Contracautela	81
2.3.5	A irreversibilidade dos efeitos da decisão	82
2.4	A tutela provisória da evidência.....	84
2.4.1	A efetividade e a celeridade como pressupostos do acesso à justiça para tutela da evidência	85
2.4.2	O necessário luto da urgência para compreensão da tutela provisória da evidência	88
2.4.3	O que são os direitos evidentes?.....	92
2.4.4	A interpretação do art. 311 como regra geral e noção vaga de evidência.....	95
2.5	A natureza da tutela provisória e as distinções necessárias para caracterização do art. 647, parágrafo único do CPC	100
2.5.1	A natureza satisfativa da tutela provisória em inventário e a distinção para a tutela cautelar	100
2.5.2	Distinção da tutela provisória e decisão antecipada do mérito (art. 355, I, do CPC).....	101
3	A LEITURA SISTEMÁTICA DO ART. 647, PARÁGRAFO ÚNICO DO CPC NO INSTITUTO DAS TUTELAS PROVISÓRIAS SOB A PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL	107
3.1	Os requisitos da tutela provisória satisfativa do art. 647, parágrafo único, do CPC	107

3.2	Enquadramento da tutela provisória em inventário: tutela da evidência e de urgência.....	114
3.3	Os critérios para o reconhecimento do direito evidente em sede de tutela provisória no inventário	126
3.4	O enquadramento do parágrafo único do art. 647 do CPC como tutela de urgência.....	136
3.5	Aplicação da tutela provisória e o exercício da autonomia testamentária.....	141
3.5.1	Os limites da autonomia privada testamentária	141
3.5.2	Aplicação da tutela provisória: ponderação entre a autonomia privada testamentária, solidariedade social e a função social da propriedade	144
	CONCLUSÃO.....	150
	REFERÊNCIAS.....	154

Introdução

O Plano da Dissertação

O objetivo desta dissertação é explorar a função da tutela provisória específica para o inventário, prevista no art. 647, parágrafo único, do Código de Processo Civil (CPC), como ferramenta da legislação processual civil apta a realizar uma transmissão patrimonial decorrente da sucessão *causa mortis* mais atenta aos princípios constitucionais norteadores do direito sucessório contemporâneo, em especial, a solidariedade familiar, a igualdade substancial e a função social da propriedade.

Com efeito, a doutrina contemporânea tem realizado intenso trabalho de retirar o direito sucessório do campo de neutralidade que historicamente ocupou, com reflexões quanto à estrutura do instituto e questionamentos sobre a sua função na configuração da família atual, marcada pela pluralidade, igualdade e democracia, e com atenção voltada aos herdeiros vulneráveis, como crianças, pessoas com deficiência e idosos.¹

Partindo-se da premissa metodológica da doutrina civil constitucional adotada nesta dissertação, as situações jurídicas existenciais têm especial proteção frente às situações jurídicas patrimoniais, sendo estas últimas instrumentos para a concretização dos valores e princípios constitucionais de proteção à dignidade da pessoa humana², o que impõe a releitura do fenômeno sucessório como espaço de solidariedade e de promoção dos interesses dignos de tutela dos sucessores, bem como em observância à natureza dos bens transmitidos e à função que ditos bens desempenham na estrutura familiar e na sociedade, o que, conseqüentemente, importa na revisão da forma como o ordenamento contempla o inventário e realiza a partilha de bens decorrente da sucessão *causa mortis*.

¹ NEVARES, Ana Luiza Maia. Em que medida o Código de Processo Civil de 2015 trouxe maior efetividade para o direito sucessório? In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Direito Civil, Constituição e Unidade do Sistema**: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – V Congresso IBDCivil. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 371.

² PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3.ed. Rev. e Ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 32.

Por esse motivo, no item 2 destas notas introdutórias, será realizada a contextualização dos princípios norteadores do direito sucessório à luz da metodologia civil constitucional, para que, com isso, sejam estabelecidas as premissas que serão trabalhadas nesta dissertação.

Importante pontuar que a interseção entre o direito processual e o direito material é de fundamental relevância para o desenvolvimento desta dissertação. O primeiro capítulo é destinado à análise do procedimento de inventário e partilha e, nesse caso, as normas de direito material e processual se encontram misturadas entre as codificações, isto é, no código processual encontram-se normas de direito material e no Código Civil (CC), normas de direito processual, o que a doutrina denomina de normas heterotópicas.³

Além disso, para que se possa analisar o campo de aplicação da tutela provisória no âmbito do inventário através do art. 647, parágrafo único, do CPC, o primeiro capítulo analisará as espécies de partilha de bens do ordenamento e os critérios que devem nortear a divisão patrimonial, presentes em ambas as codificações.

Com efeito, a lei civil estabelece, no art. 2.017 do CC, que “no partilhar dos bens, observar-se-á quanto ao seu valor, natureza e qualidade, a maior igualdade possível”. A lei processual, por sua vez, estabelece, no art. 648 do CPC, que “na partilha, serão observadas as seguintes regras: I – a máxima igualdade possível quanto ao valor, à natureza e à qualidade dos bens; II – a prevenção de litígios futuros; III – a máxima comodidade dos coerdeiros, do cônjuge ou do companheiro, se for o caso”.

A utilização de critérios para a partilha de bens é de especial importância quando se está diante de formatos de partilha de bens que não contam com a participação dos sucessores, são eles: (i) a partilha judicial que cabe ao juiz, quando não existe consenso entre os herdeiros, e (ii) a partilha testamentária, elaborada pelo testador sem a participação dos herdeiros.

No entanto, as disposições dos arts. 648 do CPC e 2.017 do CC por si só são insuficientes para alcançar uma divisão patrimonial atenta aos princípios do direito

³ BUENO, Cassio Scarpinella. ARAÚJO, Luciano Vianna. **Comentários ao Código de Processo civil - volume 3** (arts. 539 a 925) / Cassio Scarpinella Bueno (coordenador). São Paulo: Saraiva, 2017. p. 173.

sucessório constitucional. Nesse sentido, conforme será abordado no primeiro capítulo, a interpretação dos critérios legais para a definição da partilha de bens deve levar em consideração os interesses tutelados pelo ordenamento, em especial, a função social da propriedade, a igualdade substancial e a solidariedade constitucional, que, em última análise, ensejam a elaboração de uma partilha de bens com a maior igualdade material possível entre os herdeiros, não apenas em termos quantitativos, mas qualitativos, levando-se em consideração a qualidade dos bens envolvidos e eventuais vínculos dos sucessores com o patrimônio.⁴

Uma vez analisados os critérios que devem nortear a divisão patrimonial, passa-se ao principal questionamento desta dissertação, que é: como tornar o inventário um campo de aplicação dos critérios norteadores de uma divisão patrimonial que contemple os interesses dos sucessores e a função social da propriedade?

Nesse ponto está a tamanha importância da legislação processual de 2015, que estabeleceu as normas fundamentais norteadoras da aplicação do direito processual nos doze primeiros dispositivos, atentas à efetividade processual, às medidas satisfativas para concretizar o interesse das partes, à celeridade e à concretização de um processo judicial atento à promoção da dignidade das pessoas que o integram. Tais princípios têm relevância para a promoção de um inventário mais eficiente e atento aos interesses dos sucessores.

Somado a isso, a reforma da codificação trouxe importante mecanismo processual que passou a integrar o ordenamento jurídico como potencial ferramenta para trazer efetividade à transmissão *causa mortis*, fazendo valer o vínculo dos herdeiros com os bens, que é a disposição do art. 647, parágrafo único, do CPC, cujo teor permite ao juiz atribuir antecipadamente um bem a determinado herdeiro por decisão fundamentada, com a condição de que dito bem integre o quinhão do herdeiro no final do inventário.⁵

⁴ O tema foi tratado por Ana Luiza Maia Nevares em sua tese de doutorado. Para uma melhor compreensão do assunto: NEVARES, Ana Luiza Maia. **A função promocional do testamento – tendências do direito sucessório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

⁵ Art. 647 do Código de Processo Civil: Cumprido o disposto no art. 642, § 3º, o juiz facultará às partes que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, formulem o pedido de quinhão e, em seguida, proferirá a decisão de deliberação da partilha, resolvendo os pedidos das partes e designando os bens que devam constituir quinhão de cada herdeiro e legatário. Parágrafo único. O juiz poderá, em decisão fundamentada, deferir antecipadamente a qualquer dos herdeiros o exercício dos direitos

O referido artigo foi recepcionado pela doutrina como forma de trazer maior concretude para a partilha dos bens da herança segundo a tábua axiológica da Constituição Federal, fazendo valer os vínculos dos herdeiros com os bens da herança, isto é, como mecanismo capaz de concretizar a aplicação dos critérios para uma divisão patrimonial mais atenta às especificidades dos bens e dos herdeiros.

A aplicabilidade do art. 647, parágrafo único, do CPC, ainda é de pouca atenção por parte doutrinária e, conseqüentemente, sua aplicação no âmbito dos tribunais não está bem definida. Nesse passo, existe confusão para a classificação da norma dentro do regime das tutelas provisórias e seus parâmetros interpretativos, o que acaba limitando a sua aplicação, não obstante o amplo potencial para tornar o inventário um campo de maior efetividade, em concretização à transmissão patrimonial e de vinculação de bens aos herdeiros mediante fundadas razões.

Por isso, no segundo capítulo, será realizada a análise do instituto das tutelas provisórias, que é gênero e do qual decorrem as espécies de urgência e evidência (art. 294), após as modificações advindas do CPC/2015, o que permitirá a classificação da tutela provisória específica do art. 647, parágrafo único, e demonstrará a necessidade de leitura sistemática do artigo dentro do regime das tutelas provisórias da codificação.

Estabelecidas as premissas da tutela provisória, o terceiro capítulo será destinado: (i) ao enquadramento da norma, mediante a aplicação das premissas da tutela provisória estabelecidas no segundo capítulo; (ii) à definição das balizas interpretativas mediante a incidência dos interesses dos herdeiros e dos bens desenvolvidos no primeiro capítulo.

Os fundamentos do direito sucessório na perspectiva civil constitucional

Conforme o art. 1.786 do Código Civil Brasileiro, “a sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade”. No primeiro caso, trata-se da sucessão legítima, que ocorre conforme a ordem de vocação hereditária prevista na lei, podendo ser facultativa ou obrigatória. No segundo caso, trata-se de sucessão

de usar e de fruir de determinado bem, com a condição de que, ao término do inventário, tal bem integre a cota desse herdeiro, cabendo a este, desde o deferimento, todos os ônus e bônus decorrentes do exercício daqueles direitos.

testamentária e se dá em razão da última manifestação de vontade do testador, no exercício de sua autonomia privada.

A sucessão legítima necessária é compreendida como a garantia de determinados herdeiros ao recebimento de parte da herança, definida pela lei no percentual de 50% do patrimônio, independentemente da vontade do autor da herança, conforme o rol estabelecido no art. 1.845 do CC, sendo esses herdeiros os descendentes, ascendentes, o cônjuge e o companheiro⁶.

Desse modo, na existência dos herdeiros necessários, o autor da herança apenas pode dispor livremente de metade de seu patrimônio. Já a sucessão legítima facultativa é aplicável na ausência de disposições do autor da herança quanto à destinação de seu patrimônio após a morte, convocando os parentes do falecido à sucessão na forma do art. 1.829 do CC.

Atualmente, portanto, a vocação hereditária legítima é a forma principal eleita pela lei para sucessão hereditária *causa mortis*, pautada pela presunção dos laços de solidariedade e proteção das pessoas físicas que tenham com o autor da herança relações familiares ou de parentesco.⁷

Historicamente, no entanto, a importância destinada às formas sucessórias — testamentária e legítima — mostrou-se diversa, com maior destaque à herança testamentária, o que gera consequências no modo como ambas as formas de suceder são retratadas pela legislação civil em vigor.

O tratamento destinado às formas de sucessão tem influência do contexto histórico de formação do direito civil, com base nas doutrinas individualista e voluntarista que marcaram as codificações promulgadas nos séculos XVIII e XIX, inspiradas nas ideias emergentes da Revolução Francesa, que visavam aniquilar os privilégios da nobreza.⁸

⁶ Para fins desta dissertação, adota-se o entendimento de que o companheiro é herdeiro necessário em razão do julgamento do Recurso Extraordinário RE 878.694 e 646.721. Há controvérsia, todavia, sobre a condição de herdeiro necessário do companheiro que não é objeto desta dissertação.

⁷ LÔBO, Paulo. **Direito Constitucional à herança, saisine e liberdade de testar**. Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família. Famílias: Pluralidade e Felicidade. p. 36. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/290.pdf>. Acesso em: 23.08.2022.

⁸ Para uma compreensão da perspectiva histórica que inspirou a codificação civil, ver NEVARES, Ana Luiza Maia. **A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 16-18.

Nos sistemas jurídicos pensados sob essa influência, preponderavam a autonomia privada e a mínima intervenção estatal nas relações privadas, nas quais os homens eram considerados seres livres e iguais por grandes codificações dessa época “marcadas por leis gerais e abstratas, que enalteciam a propriedade, sem a preocupação dos indivíduos como pessoa”.⁹

Nessa perspectiva, o direito sucessório desenvolvido pelos juristas tradicionais com base no modelo do Direito Romano e da codificação moderna liberal concedia ampla liberdade e espaço de autonomia privada do autor da herança na elaboração de suas disposições de última vontade, sendo o testamento retratado no ordenamento como a “projeção máxima da expressão de autonomia privada”.¹⁰

Como destaca Zeno Veloso, desde a Lei de XII Tábuas, a autonomia testamentária era considerada de forma irrestrita: *dicat testador et erit lex* (diga o testador e será lei)¹¹, refletindo o peso dado à vontade do testador, que era considerada soberana. O que, aliás, tem influência de outros ordenamentos nos quais o CC possui inspiração e que privilegiam sobremaneira a vontade do testador, como, por exemplo, o ordenamento jurídico português, no qual o art. 2.187 do Código Civil Português prevê que “na interpretação das disposições testamentárias observar-se-á o que parecer mais ajustado com a vontade do testador, conforme o contexto do testamento”. Como destaca a doutrina portuguesa, nesse ponto, “não recebe proteção sucessória nenhuma que se contraponha à vontade do testador, porque só é chamado àquela sucessão por obra e graça da vontade do testador, justamente.”¹²

O papel desempenhado pelo testamento refletia a valorização do individualismo e da autonomia de vontade necessários à afirmação dos valores

⁹ NEVARES, Ana Luiza Maia. **A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 14.

¹⁰ NEVARES, Ana Luiza Maia. **A função promocional do testamento – tendências do direito sucessório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 34.

¹¹ VELOSO, Zeno. **Das disposições testamentárias**. Anais do X Congresso Brasileiro de Direito de Família - Famílias nossas de cada dia. 2015. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/252.pdf#:~:text=Antes%20de%20cumprir%20e%20executar,o%20objetivo%2C%20revelar%20a%20inten%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 04.07.2021.

¹² ASCENSÃO, José de Oliveira. A teoria geral do negócio jurídico e o negócio testamentário. In: **Comemorações dos 35 anos do código civil e dos 25 anos da reforma de 1977**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. 2004. p. 878.

ascendentes da burguesia e nascente industrialização, ao passo que pouco espaço era de fato destinado à regulamentação da sucessão legal.¹³ Ao mesmo tempo em que se buscava aniquilar os privilégios da nobreza, dentre eles, a primogenitura e a masculinidade que marcavam a transmissão de propriedade, o sistema jurídico acabava por garantir aos homens a liberdade e igualdade de maneira formal e abstrata, sem atribuir os subsídios necessários para uma real vivência de tais valores¹⁴.

A sucessão hereditária, assim, pautou-se pelo aspecto da neutralidade, já que não contemplava a natureza dos bens transmitidos, nem a qualidade dos sucessores, “estando o pressuposto da sucessão assentado apenas no fato de aquele sucessor pertencer à família do autor da herança, sem outras considerações”.¹⁵

Por força do *droit de saisine*, incorporado na legislação brasileira sob influência francesa, com a abertura da sucessão, a herança é transmitida automaticamente aos herdeiros legítimos e testamentários (art. 1.784 do CC), ingressando no patrimônio do herdeiro, ainda que ele desconheça o falecimento do autor da herança.¹⁶

A transmissão da propriedade como uma universalidade de direitos consagra o princípio da unidade da sucessão no ordenamento jurídico, no qual a herança é transmitida como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros (art. 1.791 do CC). Nesse passo, a herança é considerada como um bem imóvel independentemente da natureza dos bens que a componham (art. 80, II, do CC), e a tutela fica submetida às regras do condomínio até a efetivação da partilha.

Contudo, a perspectiva do direito sucessório em muito foi alterada diante das mudanças ocorridas com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que

¹³ LÔBO, Paulo. **Direito Constitucional à herança, saisine e liberdade de testar**. Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família. Famílias: Pluralidade e Felicidade. p. 37. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/290.pdf>. Acesso em: 23.08.2022.

¹⁴ NEVARES, Ana Luiza Maia. **A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

¹⁵ NEVARES, Ana Luiza Maia. Em que medida o Código de Processo Civil de 2015 trouxe maior efetividade para o direito sucessório? In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Direito Civil, Constituição e Unidade do Sistema**: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – V Congresso IBDCivil. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 372.

¹⁶ A transmissão da propriedade ocorre de forma provisória condicionada à fase da delação da herança, quando então a transmissão se torna definitiva pela aceitação.

trouxe ao vértice do ordenamento a dignidade da pessoa humana e a primazia dos consectários da dignidade, pautados especialmente na solidariedade, liberdade e igualdade substancial.

Como o direito civil, assim como todos os outros ramos do direito, não está imune à incidência dos valores constitucionais, em respeito à hierarquia das fontes e à unidade do ordenamento jurídico, deve ser enfrentado como campo de promoção dos valores e princípios constitucionais que informam todo o sistema jurídico brasileiro.¹⁷ Contudo, o campo do direito sucessório ainda é pautado predominantemente por seu espaço patrimonialista e individualista, como um instrumento de conservação e transmissão da riqueza.¹⁸

O diálogo entre o direito sucessório e o direito constitucional tem resultado trabalho intenso e necessário para afastá-lo do campo de neutralidade e abstração no qual foi concebido¹⁹, na busca por uma transmissão hereditária mais atenta aos valores existenciais protegidos pela Constituição, à condição concreta dos sucessores e à função social da propriedade do acervo hereditário.

Como acentua Pietro Perlingieri, busca-se a despatrimonialização do direito civil, devendo as situações jurídicas patrimoniais ser instrumentos para a concretização das situações jurídicas existenciais. A função dos institutos à luz das concepções valorativas que norteiam as relações privadas e, consequentemente, dos valores constitucionais pressupõe uma análise de seu perfil funcional, isto é, deve-se questionar para que serve o instituto jurídico, em vez de se realizar uma análise de sua estrutura tão somente, afastando-o de noções estanques e que se distanciam da realidade social.²⁰

¹⁷ NEVARES, Ana Luiza Maia. **A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 17.

¹⁸ Ibid., p. 17.

¹⁹ LÔBO, Paulo. **Direito Constitucional à herança, saisine e liberdade de testar**. Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família. Famílias: Pluralidade e Felicidade. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/290.pdf>. Acesso em: 23.08.2022. p. 38. “A doutrina tem salientado a emersão de valores existenciais no Direito das Sucessões constitucionalizado, revelando o primado da pessoa humana, destacando na atual legislação civil a sucessão concorrente de cônjuge e companheiro, o direito real de habitação em favor do cônjuge e companheiro, a igualdade sucessória dos filhos, a designação testamentária de filho eventual de determinada pessoa, a necessidade de justa causa para as cláusulas restritivas da herança necessária.”

²⁰ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3.ed. Rev. e Ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 94.

Nesse sentido, o direito sucessório deve estar orientado à sua função social, tendo a Constituição Federal de 1988 garantido no art. 5º, XXX, a herança como direito fundamental dos cidadãos, impedindo a sua supressão pelo Estado. A Carta Magna não estabeleceu quem seriam os considerados herdeiros, cabendo ao legislador ordinário estipular a ordem de vocação hereditária e as regras de transmissão do patrimônio *causa mortis*.

A proteção do direito à herança como fundamental trouxe especial atenção à opção do legislador pela sucessão legítima, partindo-se da presunção de laços de solidariedade entre os interesses individuais do autor da herança com determinados membros do grupo familiar. Para Paulo Lôbo:

A garantia do direito à herança inverte a primazia. Em vez do autor da herança, principalmente quando testador, e do respeito à sua vontade, que era tida como norte de interpretação, a primazia passou a para o herdeiro. O direito do herdeiro é o assegurado pela lei e não pela vontade do testador. O autor da herança não é mais o senhor do destino do herdeiro.²¹

A forma de transmissão deve ser limitada ao fim social da garantia do direito à herança, “que é a proteção das pessoas físicas que tenham com o autor da herança relações estreitas de família ou de parentesco”²², o que, no entanto, deve ser visto por uma perspectiva ampla a considerar a formação atual da família moderna, com especial atenção aos membros que a compõem e à concretização de sua dignidade.

O Direito Sucessório justifica-se como ramo do Direito Civil-Constitucional, pautado majoritariamente por um conjunto de regras de ordem pública, imperativas, e de regras dispositivas, de vontade particular, que visam disciplinar o que e a quem devem ser transmitidos os bens, direitos e obrigações que estavam sob a titularidade do autor da herança²³.

Portanto, a tutela promocional do direito sucessório justifica-se para dirimir conflitos familiares no universo onde repousavam as relações íntimas e fraternas do falecido, além de amparar certos familiares, proporcionando a circulação de bens,

²¹ LÔBO, Paulo. **Direito Constitucional à herança, saisine e liberdade de testar**. Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família. Famílias: Pluralidade e Felicidade. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/290.pdf>. Acesso em: 23.08.2022. p. 37.

²² Ibid., p. 36.

²³ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 20.

com benefício, em última análise, da sociedade.²⁴

Nesse contexto, a tutela concedida à proteção dos herdeiros necessários consiste em tema central da sucessão hereditária, já que consagra no ordenamento jurídico o princípio da intangibilidade da legítima, capaz de justificar a limitação da autonomia privada testamentária, e, sob o enfoque da solidariedade constitucional, visa proteger os membros familiares que possuíam relação próxima com o autor da herança.

A legítima dos herdeiros necessários é considerada intangível e não pode ser diminuída na essência, ou no valor, por nenhuma cláusula testamentária.²⁵ A ratio da herança legítima consiste na solidariedade familiar e na presunção de vínculos de dependência dos sucessores com o autor da herança e as únicas hipóteses de privação da herança legítima necessária consistem em casos de deserção e indignidade, os quais têm natureza de pena restritiva de direitos e sanção civil para excluir o direito a suceder do herdeiro pela prática de condutas que ferem a base ética do sistema e a moralidade constitucional (art. 1.814 e art. 1.961 do CC).

No entanto, na perspectiva constitucional, muito se questiona se o instituto da herança legítima necessária tal como previsto pela lei está em consonância com os valores adotados na Constituição, em direção à concretização da função promocional da transmissão hereditária, e qual deveria ser o espaço destinado à autonomia privada para elaboração das disposições de última vontade.²⁶

Isso porque o instituto da reserva hereditária considera vínculos abstratos da família tradicional e, ao dispor de forma igualitária e rígida quanto ao percentual e à divisão igualitária de bens entre os sucessores, a concepção da herança legítima considera a família como entidade abstrata, sem observar as relações concretas

²⁴ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 20

²⁵ NEVARES, Ana Luiza Maia. **A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 361

²⁶ NEVARES, Ana Luiza Maia. A proteção da legítima deve ser mantida, excluída ou diminuída do ordenamento jurídico brasileiro? In: **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**. v.1 (jan./fev.). Belo Horizonte: IBDFAM, 2018. p. 78. “Argumenta-se que a legítima dos herdeiros necessários concilia no Direito Sucessório a autonomia privada quanto às disposições, causa mortis e a proteção da família, garantindo aos familiares mais próximos do autor da herança uma proteção de cunho patrimonial por ocasião da abertura da sucessão. A questão é pulsante e muito se discute sobre a pertinência de o ordenamento jurídico garantir para certos parentes uma parte da herança de forma obrigatória e, dessa forma, restringir a liberdade da pessoa de dispor de seus bens como bem lhe aprouver para depois de sua morte.”

familiares do de cujus e as particularidades dos membros envolvidos no fenômeno sucessório.²⁷

A partir do desenvolvimento das ciências, especialmente a medicina e a higiene da população, a expectativa de vida aumentou e, com isso, a sucessão hereditária na maioria das vezes ocorre em núcleos familiares em que os descendentes do autor da herança, adultos e independentes, já receberam a educação necessária para suas respectivas formações, enquanto, na outra ponta, o aumento da longevidade da população aumenta a possibilidade de filhos pré-mortos deixarem pais idosos, dependentes e que ficam desprotegidos por não estarem na linha preferencial sucessória.²⁸

Diante da longevidade e do maior número de divórcios, as famílias recompostas ganham maior espaço, com filhos decorrentes de vínculos distintos, condições e idades diversas. Além disso, o avanço de diversas técnicas de reprodução humana assistida, o congelamento de embriões e a possibilidade do nascimento de filhos após o falecimento do autor da herança refletem a problemática quanto à existência de filhos em idades e situações muito discrepantes e em momentos diferentes de vida.

Em sendo assim, indaga-se se o direito sucessório, mais do que um mecanismo de transmissão da propriedade, não deveria ser espaço de fomento do cuidado e solidariedade dos membros familiares. E, nesse contexto, a herança legítima não deveria desempenhar a função de promoção da família igualitária, democrática e de instrumento de proteção ao desenvolvimento de seus membros?²⁹

Quaisquer mudanças relativas à ordem de vocação hereditária e ao percentual da cota legítima destinada aos sucessores devem ser matéria de lege ferenda,³⁰ mas não há como deixar de observar que a incidência dos valores constitucionais, em

²⁷ SCHREIBER, Anderson; Viégas, Francisco de Assis. Por uma releitura funcional da legítima no direito brasileiro. In: **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. vol. 19. ano 6. p. 211-250. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2019. p. 223.

²⁸ NEVARES, Ana Luiza Maia. A proteção da legítima deve ser mantida, excluída ou diminuída do ordenamento jurídico brasileiro? In: **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**. v.1 (jan./fev.). Belo Horizonte: IBDFAM, 2018. p. 78-79.

²⁹ Ibid., p. 78-79 .

³⁰ Não é objeto deste trabalho a discussão quanto à necessidade de revisão do percentual da cota legítima dos herdeiros necessários.

qualquer cenário, torna necessário considerar a função da cota legítima na perspectiva da família moderna e a forma como ela deve ser tutelada.

A família como instituição abstrata e merecedora de proteção não tem mais espaço de tutela no ordenamento jurídico. A família passou a ser protegida na modernidade na medida em que concretiza a dignidade dos membros que a compõem. Houve a ruptura com a noção de família legítima atrelada a elos matrimoniais, e surgiu, sobretudo no âmbito do Direito, que, por essência, é permeável à realidade que lhe é subjacente, uma demanda cada vez maior pela resolução dos conflitos apresentados por uma nova realidade de relações interpessoais.

Houve a substituição do modelo único calcado no matrimônio pelo reconhecimento das chamadas entidades familiares, as quais preexistiam ao direito vigente³¹. Assim, com menção expressa na Constituição Federal de 1988, a família passou a ser tutelada sob uma nova perspectiva e, nesse sentido, o século XXI pressupõe um ordenamento jurídico que acompanhe as mudanças advindas no conceito de família e que seja capaz de tutelá-la dentro do dinamismo inerente às relações familiares.

A família merecedora de tutela deixou de ser pautada tão somente por relações sanguíneas. Houve a valorização das relações afetivas para a concretização dos laços familiares, como é o caso do vínculo de paternidade socioafetiva e da multiparentalidade, que permitem a concretização de um vínculo familiar com base em laços afetivos.

Nesse passo, não se sustenta mais o modelo institucionalista da família, que conferia proteção ao ente em abstrato, independentemente da realidade concreta de seus membros. Esse modelo familiar “segue o paradigma autoritário, hierarquizado e transpessoal do poder marital e do pátrio poder, em que os valores mais relevantes representam os interesses patrimoniais, em detrimento dos interesses

³¹ Nesse sentido, LÔBO, Paulo. Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: **Família e Cidadania** – Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família, coord. Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: “Na perspectiva da sociologia, da psicologia, da psicanálise, da antropologia, dentre outros saberes, a família não se resumia à constituída pelo casamento, ainda antes da Constituição, porque não estavam delimitados pelo modelo legal, entendido como um entre outros”. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/128/Entidades+familiares+constitucionalizadas:+para+al%C3%A9m+do+numerus+clausus> Acesso em: 23.08.2022.

existenciais”.³² O conceito de família institucionalizada, adotado pelo CC de 1916³³, não comportava os membros da família na qualidade de indivíduos, mas, sim, o papel familiar por eles ocupados, e prevalecia a estabilidade dos laços formais à realização pessoal de cada um dos indivíduos que compunham a família.

O conceito foi superado, com o abandono da compreensão abstrata dos indivíduos e seu tratamento como seres livres e iguais.³⁴ Com o advento da Constituição Federal de 1988, surgiu a transição da família institucionalizada para as entidades familiares constitucionalizadas, consagradas através de valores reconhecidos pela constituição, cuja centralidade consiste no indivíduo integrante da relação. A família passou a ser tutelada na medida em que representa um núcleo de desenvolvimento da personalidade de seus integrantes, bem como em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no art. 1º, inciso III, como um dos princípios fundamentais da Constituição.³⁵

Nesse contexto, a concepção do direito sucessório, em especial, da cota legítima pautada na proteção familiar, não pode considerar a antiga concepção estrutural familiar. A transformação ocorrida no direito de família é de fundamental compreensão no âmbito sucessório, já que a sucessão legítima precisa estar atenta à concepção instrumental da entidade familiar, com a proteção dos membros que a compõem.

Ao tutelar a família instrumento, o direito sucessório tem como base a pessoa do sucessor, pertencente àquela entidade familiar, da qual fazia parte o de cujus. A existência do complexo de vínculos interpessoais qualifica a relação do chamado à

³² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. “**União Estável**” no **Código Civil de 2002**. R. SJRJ, Rio de Janeiro, n. 18, p. 61-94, 2006. p. 75. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9674-9673-1-PB.pdf>. Acesso em: 06.06.2015.

³³ Nesse sentido, os artigos 233 a 255 do Código Civil de 1916.

³⁴ NEVARES, Ana Luiza Maia. **A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 15.

³⁵ TEPEDINO, Gustavo. A Disciplina Civil-constitucional das Relações Familiares. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999c. Disponível em http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/publicacoes/diversos/tepedino_3.html. Acesso em: 26.07.2006. p. 2. “Assim sendo, a família, embora tenha ampliado, com a Carta de 1988, o seu prestígio constitucional, deixa de ter valor intrínseco, como instituição capaz de merecer tutela jurídica pelo simples fato de existir, passando a ser valorada de maneira instrumental, tutelada na medida em que – e somente na exata medida em que – se constitua em um núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade de seus integrantes.”.

sucessão, tornando-a relevante.³⁶

Por consequência, o dever de solidariedade que norteia a sucessão legítima deve considerar as qualidades pessoais do sucessor, como integrante da comunidade familiar da qual fazia parte o de cujus, afastado de um critério abstrato de solidariedade e considerando os membros da família singularmente, na concreta satisfação das reais necessidades de determinadas categorias de parentes.³⁷

Da mesma forma, a igualdade entre filhos (CR, art. 226, § 6º) deve ser afastada de uma interpretação puramente formal. Isto é, a sucessão legítima por si só não pode considerar os filhos de forma abstrata, conferindo proteção igualitária formalmente entre eles, devendo ser vista do ponto de vista substancial que assenta necessariamente sobre uma ideia de proporcionalidade à luz das concretas circunstâncias.³⁸ Como exemplificam Anderson Scheriber e Francisco Viégas:

Pense-se ainda na hipótese de filho que, buscando melhores condições de vida, parte rumo a outro país ainda jovem e lá faz sua carreira com sucesso, enquanto seu irmão, tendo permanecido com a mãe ou o pai até sua morte, jamais logra independência financeira em virtude de enfermidade mental que o acompanhou desde a tenra infância. Estaria a legítima com sua rígida disciplina atual concretizando o princípio da solidariedade, ao atribuir igual fatia a cada um dos filhos? A incapacidade de um dos herdeiros e sua comprovada dependência econômica em relação ao de cujus não devem desempenhar nenhum papel de distribuição legal da sua herança?³⁹

Nessa perspectiva, uma tutela da herança legítima atenta às mudanças da família e que visa concretizar a dignidade dos seus membros se impõe, já que a leitura da herança legítima de maneira abstrata não contempla a realidade contemporânea das famílias e não resguarda os interesses concretamente envolvidos no fenômeno sucessório⁴⁰.

³⁶ NEVARES, Ana Luiza Maia. **A função promocional do testamento – tendências do direito sucessório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 101.

³⁷ Ibid., p. 99.

³⁸ SCHREIBER, Anderson; Viégas, Francisco de Assis. Por uma releitura funcional da legítima no direito brasileiro. In: **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. vol. 19. ano 6. p. 211-250. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2019. p. 234.

³⁹ SCHREIBER, Anderson; Viégas, Francisco de Assis. Por uma releitura funcional da legítima no direito brasileiro. In: **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. vol. 19. ano 6. p. 211-250. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2019. p. 234.

⁴⁰ Ibid., p.225.

Por isso é que se deve desempenhar com algum grau de abstração a necessidade da pessoa humana. Ao lado das fatias de parentesco, deveria a lei considerar categorias que terão presumidamente maior vínculo de amparo econômico, como ocorre, por exemplo, com os incapazes, já que a reserva dos bens aos familiares sem qualquer distinção que não seja aquela de classe e grau de parentesco, com o rateio em proporções guiadas por critérios indiferentes às vulnerabilidades e especificidades das pessoas que integram a família, mostra-se deslocada do paradigma civil-constitucional e privilegia a estrutura sobre a função.⁴¹

Nesse sentido, defende-se uma análise qualitativamente diversa do momento econômico da sucessão, como pontua Ana Luiza Nevares, a transmissão das situações jurídicas patrimoniais deve observar “de que forma poderá (*rectius* deverá) atuar na concretização dos objetivos constitucionais de tutela à dignidade da pessoa humana”.⁴²

O fenômeno sucessório deixa de ser visto tão somente como uma forma de transmissão de propriedade e passa a ser um instrumento de alocação de bens, devendo estar atento à função social da propriedade e à tutela dos interesses diversos daqueles do autor da herança, considerando os pilares do direito sucessório — a família e a propriedade — em sua tutela redimensionada após a Constituição Federal de 1988.

A concretização do dever de solidariedade constitucional no âmbito do direito sucessório pressupõe uma análise atenta à distribuição de valores materiais que concretizem uma vida digna dos sucessores. Sem a análise das qualidades pessoais dos sucessores, “em suas variadas e diversas necessidades, interesses, exigências, qualidades individuais, condições econômicas e posições sociais”⁴³, no contexto da comunidade familiar em que estão inseridos, a solidariedade constitucional não é

⁴¹ SCHREIBER, Anderson; Viégas, Francisco de Assis. Por uma releitura funcional da legítima no direito brasileiro. In: **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. vol. 19. ano 6. p. 211-250. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2019. p.225.

⁴² NEVARES, Ana Luiza Maia. **A função promocional do testamento – tendências do direito sucessório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 23.

⁴³ NEVARES, Ana Luiza Maia. **A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 48

realizada de forma plena na sucessão legal.⁴⁴

Dita análise pressupõe um olhar diferenciado para a propriedade transmitida. O direito sucessório deve, assim, observar o cumprimento de sua função social e a natureza dos bens transmitidos, que ganha relevo não pelo bem em si, mas pelos interesses que recaem sobre os bens. Como a sucessão *causa mortis* está diretamente relacionada ao direito de propriedade, deve-se atentar para a função da propriedade na esfera jurídica do sucessor, voltada à realização de uma vida livre e digna.

Por isso, necessária atenção deve ser destinada ao papel desempenhado pela propriedade no contexto social em que está inserida. Um olhar unitário e neutro da propriedade não permite observar a incidência do fenômeno *causa mortis* sobre patrimônios cada vez mais heterogêneos e complexos, como por exemplo *know-how* de trabalho, heranças digitais, assim como sociedades prestadoras de serviços sociais e socioeconômicos ligados à produtividade cuja função transcende o interesse individual do autor da herança ou dos sucessores.

Inclusive, os valores constitucionais devem ser contemplados para redefinir o espaço destinado à autonomia privada na elaboração das disposições de última vontade quando o testador dispuser de seus bens, incluindo a cota legítima dos herdeiros necessários, de modo a fazer uma partilha em testamento, conforme é permitido no ordenamento e será analisado no capítulo 1º desta dissertação.

Nessa perspectiva, não há mais como se falar em uma autonomia privada irrestrita e soberana testamentária e que esteja alheia à solidariedade familiar e aos interesses dos herdeiros contemplados em testamento, que só poderão expressar sua concordância após o falecimento do autor da herança. De igual modo, as disposições testamentárias não podem ser analisadas de forma isolada e apenas sob o viés da liberdade testamentária, desconsiderando interesses socialmente relevantes.

Apesar das mudanças ocorridas na concepção da família e da propriedade após o advento da Constituição e do consequente enfoque do direito sucessório como espaço de promoção dos sucessores, pouco espaço efetivamente ainda é destinado à concretização desses valores na efetivação do inventário e partilha de

⁴⁴ NEVARES, Ana Luiza Maia. **A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 47

bens *causa mortis*.

Passa-se, assim, ao primeiro capítulo, que abordará o procedimento de inventário, as espécies de partilha, bem como os critérios estabelecidos pela lei para a concretização da partilha, que devem refletir a implementação dos valores constitucionais para uma divisão patrimonial sob a ótica do direito civil constitucional, em uma leitura que compreende a interseção das normas materiais e procedimentais no inventário em especial atenção às alterações advindas do CPC de 2015, para trazer maior efetividade à concretização do direito material e atenção aos valores constitucionais.

1

O processo de inventário e partilha na perspectiva civil constitucional

Neste capítulo, será analisado o procedimento de inventário e as espécies de partilha de bens contempladas na legislação, bem como os critérios norteadores da divisão patrimonial *causa mortis*.

Com efeito, o procedimento especial de inventário e partilha de bens está inserido na legislação processual e deve ser lido à luz das premissas norteadoras daquela legislação.

Por isso, para que se possa analisar o procedimento de inventário e partilha, é necessário compreender, primeiramente, as normas fundamentais da legislação processual atualmente em vigor que devem incidir diretamente na condução do processo e, conseqüentemente, nortear o andamento dos inventários e a aplicação da tutela provisória objeto de estudo desta dissertação, abordada no segundo capítulo.

1.1

As normas fundamentais do Código de Processo Civil de 2015: busca pela eficiência e concretização do direito material

O CPC de 2015, atualmente em vigor, revogou o Código Processual anterior, de 1973. A legislação trouxe especial preocupação com a constitucionalização do processo civil e a busca por um sistema processual mais efetivo que concretize o acesso à justiça garantido constitucionalmente (art. 5º, LIV, da CF).⁴⁵

Nesse sentido, depreende-se do art. 1º que o processo civil será ordenado,

⁴⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Código de Processo Civil anotado** (e-book). Colaboração Humberto Theodoro Neto, Adriana Mandim Theodoro de Mello, Ana Vitória Mandim Theodoro. 25.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 88. “Na Parte Geral o Novo Código dispensou grande atenção à constitucionalização do processo, dedicando seus doze artigos iniciais para definir aquilo que denominou de Normas Fundamentais do Processo Civil, dentre as quais merecem especial destaque os princípios do contraditório sem surpresas; da cooperação entre partes e juiz na atividade de formulação do provimento jurisdicional; da sujeição de todos os participantes do processo ao comportamento de acordo com a boa-fé; da duração razoável do processo; da dignidade da pessoa humana; da eficiência da prestação a cargo do Poder Judiciário; da submissão do próprio juiz ao contraditório; da fundamentação adequada das decisões judiciais; da vedação de privilégios da ordem de julgamento das causas. Entre as normas fundamentais figura também a que estimula a prática da justiça coexistencial (juízo arbitral, conciliação e mediação).”

disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições desse Código.

Com efeito, o legislador demonstrou a necessidade de promover os valores constitucionais, com destaque para a garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), como direito fundamental de conteúdo complexo, que engloba garantias asseguradas constitucionalmente, como o respeito ao contraditório e a ampla defesa (art. 5º, inciso LV), a isonomia entre as partes (art. 5º, inciso I), a proibição de provas ilícitas (art. 5º, inciso LVI), a publicidade do processo (art. 5º, inciso LX), o juiz natural (art. 5º, incisos XXXVII e LIII), as decisões motivadas (art. 93, inciso IX) e a duração razoável do processo (art. 5º, inciso LXXVIII).⁴⁶

Destacam-se nesse sentido os doze artigos iniciais do CPC/2015, que definem as normas fundamentais do processo civil e refletem os valores constitucionais norteadores do processo civil com especial atenção às pessoas que compõem as relações jurídicas processuais e à concretização do direito material.⁴⁷

Como ressalta Fredie Didier Jr., o processualista contemporâneo — e, aliás, os aplicadores do direito em geral — deve se atentar para o fato de que a instrumentalidade do processo é pautada na premissa de que o direito material consiste no valor que deve presidir a criação, a interpretação e a aplicação das regras processuais.⁴⁸

Dentre as motivações que ocasionaram a reforma do sistema processual, está a busca por um sistema processual eficiente, que, aliás, é fundamental para aplicação das normas de direito material, pois, sem isso, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de efetividade. Como ressalta Humberto Theodoro Júnior, o CPC/2015 foi pensado com o potencial de tornar o ambiente processual mais célere, justo, voltado às necessidades concretas das partes envolvidas e menos

⁴⁶ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e procedimento de conhecimento. 18.ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016. p. 67.

⁴⁷ Há normas fundamentais que do processo civil que não estão consagradas nos doze primeiros artigos do CPC, como ressalta Fredie Didier Jr., pois há normas espalhadas no próprio código processual e na Constituição Federal. *Ibid.*, p. 64.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 41.

complexo do que a codificação até então vigente.⁴⁹

A codificação destinou maior autonomia às partes e privilegiou as soluções que busquem a autocomposição (art. 3º § 2º e 3º do CPC), com a promoção de espaços de maior liberdade e cooperação, a garantia ao tratamento isonômico entre as partes e ao exercício do contraditório (arts. 7º, 9º e 10º do CPC), o respeito às decisões fundamentadas (art. 11 do CPC), observando-se a segurança jurídica, e privilegiando-se o comportamento pautado pela boa-fé objetiva, que deve orientar a condução do processo (art. 5º do CPC).

Ainda, a atenção às partes envolvidas é refletida na promoção da dignidade humana no âmbito do processo civil, prevista expressamente no art. 8º do CPC. Esse princípio é visto por Alexandre Câmara como a necessidade de assegurar o valor intrínseco de cada vida que é trazida ao processo. Conforme ressalta o autor:

Daí se infere, necessariamente, que aos sujeitos do processo é preciso sempre ter claro que os titulares dos interesses em conflito são pessoas reais, cujas vidas serão afetadas pelo resultado do processo e que, por isso mesmo, têm o direito de estabelecer suas estratégias processuais de acordo com aquilo que lhes pareça melhor para suas próprias vidas.⁵⁰

Fredie Didier Jr., por sua vez, ressalta a importância da argumentação jurídica em torno da dignidade humana como forma de ajudar na humanização do processo civil, ou seja, na construção do processo civil atento aos problemas reais que afetam os indivíduos. A dignidade da pessoa humana, assim, ilumina o devido processo legal.⁵¹

A atenção à dignidade humana está atrelada à prestação jurisdicional eficiente e atenta aos fins sociais, conforme ressaltado pelo art. 8º do CPC. De fato, a busca pela eficiência processual é de fundamental compreensão para o escopo pretendido nesta dissertação, já que historicamente os procedimentos de inventário são conhecidos por sua tramitação morosa e pela concretização da transmissão

⁴⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Código de Processo Civil anotado** (e-book). Colaboração Humberto Theodoro Neto, Adriana Mandim Theodoro de Mello, Ana Vitória Mandim Theodoro. 25.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 55.

⁵⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 24.

⁵¹ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e procedimento de conhecimento**. 18.ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016. p. 78.

patrimonial, o que não subsiste mais.

O processo eficiente é aquele que promove os seus fins de modo satisfatório em termos quantitativos, qualitativos e probabilísticos, tendo o órgão jurisdicional o dever de adaptar as regras processuais com o propósito de garantir a eficiência do procedimento.⁵²

Correspondente ao antigo princípio da economia processual na codificação de 1973, o princípio da eficiência tem seu fundamento no art. 37 da Constituição Federal, sendo compreendido como a razão entre o resultado do processo e os meios empregados para sua obtenção.

Quanto menos onerosos (em tempo e energias) os meios empregados para a produção do resultado (e desde que seja alcançado o resultado constitucionalmente legítimo), mais eficiente terá sido o processo.⁵³

Aliado à eficiência, grande destaque também é dado à efetividade. Inclusive, o art. 4º estabelece a garantia de obtenção em prazo razoável da solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa, o que é extrema relevância para que o processo tenha um tempo adequado. Um processo rápido, mas que não produz resultados efetivos, não é eficiente, mas, do outro lado, a demora desnecessária também causa danos às partes pela demora na atividade satisfativa almejada.

A distinção entre a eficiência e a efetividade é feita por Fredie Didier Jr. ao pontuar que “efetivo é o processo que realiza o direito afirmado e reconhecido judicialmente e eficiente é o processo que atingiu esse resultado de modo satisfatório”.

Um processo pode ser efetivo sem ter sido eficiente – atingiu-se o fim “realização do direito de modo insatisfatório (com muitos resultados negativos colaterais e/ou excessiva demora, por exemplo). Mas jamais poderá ser considerado eficiente sem ter sido efetivo: a não realização de um direito reconhecido judicialmente é quanto basta para a demonstração da ineficiência do processo.⁵⁴

⁵² DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e procedimento de conhecimento. 18.ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016. p. 103.

⁵³ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 16.

⁵⁴ DIDIER JR., op. cit., p. 104.

A incidência direta dessas diretrizes no procedimento de inventário e partilha de bens é fundamental. Não obstante a reforma da legislação processual de 2015, o inventário ainda carece de efetividade na concretização da transmissão *causa mortis* e da observância dos interesses concretos das partes, de modo que a busca por instrumentos que tragam maior efetividade na transmissão patrimonial e concretização do direito material sucessório é premente.

1.2

As fases da transmissão da herança

Define-se a herança como a universalidade das relações jurídicas em que o falecido era sujeito — ativo ou passivo — e que se transmite aos herdeiros em virtude da sucessão *causa mortis*⁵⁵ através do procedimento de inventário e partilha. As fases dessa transmissão patrimonial obedecem a três momentos principais, cuja compreensão é importante para a análise das fases do procedimento do inventário.

O primeiro momento acontece com a abertura da sucessão, na forma do art. 1.784 do CC, quando, em razão do *droit de saisine*, o domínio e a posse dos bens transmitem-se indireta e automaticamente desde logo aos herdeiros com o falecimento do autor da herança.

Em segundo lugar, inicia-se a fase de delação, na qual os herdeiros manifestam sua aceitação ao recebimento do patrimônio, na forma do art. 1.804 do CC, com a confirmação do recebimento da herança, oportunidade em que poderão também renunciar ao benefício. Uma vez aceita a herança, os efeitos da aceitação retroagem à data da abertura da sucessão, e passa-se para a terceira fase, na qual é realizada a partilha de bens, com o ingresso dos bens no patrimônio dos herdeiros.

Nessa última etapa, a herança perde o caráter indivisível, e os herdeiros recebem os bens a que fazem jus de acordo com os critérios estabelecidos pela lei para divisão patrimonial e considerando também as disposições testamentárias, caso o autor da herança as tenha elaborado. Como sintetiza Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, a partilha “é a fase final do procedimento sucessório, em que se haverá de atribuir a cada um dos herdeiros a porção que lhe couber dos bens e direitos do

⁵⁵ WALD, Arnaldo. **Direito das sucessões**. Com a colaboração do professor Roberto Rosas e da Professora Débora Gozzo. 12.ed. Rev. ampl. e atual. de acordo com a legislação vigente, jurisprudência dos tribunais e o novo código civil (Lei nº. 10.406, de 10.01.2002). São Paulo: Saraiva, 2002. p. 7

acervo, pondo fim à comunhão hereditária”.⁵⁶

1.3

A interseção entre as normas do direito material e processual no inventário

A concretização das fases de transmissão da herança aos sucessores ocorre através do procedimento de inventário e partilha, sendo que a primeira etapa consiste no inventário, no qual busca-se a identificação do patrimônio e dos bens, créditos, débitos e outros direitos que eventualmente componham o monte, e a segunda etapa consiste na partilha, momento em que se divide o acervo hereditário entre os sucessores, estabelecendo-se os quinhões hereditários.⁵⁷

No caso do inventário e partilha, há forte interseção entre as normas de direito material (normas que definem como devem ser divididos os bens entre os herdeiros) e as normas de direito processual (a forma para efetuar a divisão), cuja análise é imprescindível nesta dissertação.

Conforme a metodologia adotada nesta dissertação, pressupõe-se que as leis especiais sejam analisadas em conformidade com os valores da Constituição Federal, como centro formal do ordenamento, afastando-se da perspectiva de sistemas autônomos.⁵⁸

Durante o procedimento, o patrimônio fica submetido a um regime jurídico próprio, cujos princípios contêm-se tanto no Direito Material quanto no Direito Processual.⁵⁹ Nesse passo, as regras do direito material atinentes ao inventário e à

⁵⁶ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Inventário e partilha**: judicial e extrajudicial. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 23.

⁵⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. Salvador: JusPODIVM, 2018. p. 963.

⁵⁸ “O que o direito civil constitucional propõe é justamente o oposto dessa fragmentação em microssistemas: a (re)unificação do sistema jurídico em torno dos valores constitucionais, de modo a que cada lei especial seja interpretada e aplicada em conformidade não com uma sua “lógica própria”, mas em conformidade com o projeto de sociedade traçado pelo Constituinte. Não se trata tão somente de reconhecer a Constituição como centro formal do qual irradiam as leis especiais – centralidade que, de resto, vem reconhecida pelo próprio Irti com base na hierarquia das fontes –, mas de atribuir aos valores constitucionais uma primazia substancial na interpretação e aplicação das leis especiais, que não devem ser tomadas como sistemas autônomos.” SCHREIBER, Anderson. **Direito civil constitucional**. Coordenação Anderson Schreiber, Carlos Nelson Konder. 1.ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 15.

⁵⁹ SILVA, Clovis do Couto e. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1977. Vol. 11. T. 1. p. 259.

partilha pressupõem a sua aplicação em leitura sistemática com as outras disciplinas do ordenamento jurídico, em especial, com a legislação processual civil. Isso porque a compreensão isolada do instituto resultaria na existência de microssistemas dotados de independência, o que se afasta da leitura unitária à luz da Constituição.⁶⁰

Trata-se o inventário de procedimento destinado ao arrolamento e à avaliação dos bens do monte, no qual são citados ou habilitados os herdeiros, são pagas as dívidas reconhecidas, são colacionados os bens doados em vida pelo falecimento, e é calculado o imposto de transmissão *causa mortis*.⁶¹

Conforme ressaltam Sebastião Amorim e Euclides de Oliveira, o monte é composto por todos os bens do espólio e, desse total, deverão ser abatidas as dívidas passivas e despesas para obtenção do monte líquido, ou partilhável. Deste monte será extraída a meação na hipótese de existir cônjuge sobrevivente, e serão repartidos os quinhões dos herdeiros.⁶²

Como a propriedade se transmite diretamente aos sucessores como um todo unitário no momento do falecimento, em razão do princípio da unidade da sucessão, no processo de inventário e partilha se delimita a qualidade e quantidade de bens que devem compor o quinhão dos herdeiros e a meação do cônjuge ou companheiro sobrevivente, a depender do regime de bens.

Para Pontes de Miranda, “o fim da partilha é tirar todo o caráter hereditário da comunhão”,⁶³ definido este momento como a operação processual pela qual a herança passa do estado de comunhão *pro indiviso* (condomínio hereditário), estabelecido pela morte, ao estado de comunhão *pro diviso*, por força de sentença, sendo uma ação executiva que discrimina quinhões e, ao final, procedendo, ou não,

⁶⁰ BUCAR, Daniel. Existe o *droit de saisine* no sistema sucessório brasileiro? In: **Direito das sucessões: problemas e tendências**. Coord. Ana Carolina Brochado Teixeira e Ana Luiza Maia Nevares. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2022. p. 2.

⁶¹ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Inventário e partilha: judicial e extrajudicial**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 22-23.

⁶² OLIVEIRA, Euclides Benedito de; AMORIM, Sebastião Luiz. **Inventários e partilhas: direito das sucessões: teoria e prática**. 13.ed., rev. e ampl. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2000. p. 169.

⁶³ MIRANDA, Pontes de. **Direito das sucessões: testamentário: inventário e partilha**. Atualizado por Giselda Hironaka, Paulo Lôbo, Euclides de Oliveira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012 (Coleção tratado de direito privado: parte especial; 60). p.301.

a divisões materiais entre os herdeiros.⁶⁴ Caso desejem continuar em comunhão, está passando a ser *inter vivos* ao final da partilha.

O pedido de divisão da coisa comum, com a cessação do estado de comunhão que decorre do princípio da unidade da sucessão (art. 1.784 do CC), é direito potestativo dos herdeiros, uma vez que o acervo hereditário é conjunto e indiviso, sendo aplicáveis as regras do condomínio até a partilha de bens (art. 1.791, parágrafo único).

Nesse cenário, a partilha pode ser requerida pelos herdeiros legítimos ou testamentários, além do cônjuge e dos credores do de cujus que tenham interesse no recebimento do crédito.⁶⁵

A demanda pela partilha *causa mortis* é, aliás, imprescritível, já que “os herdeiros são proprietários desde o momento da abertura da sucessão”⁶⁶ e podem a qualquer tempo pedir a partilha dos bens, de modo que o direito de cada herdeiro fica circunscrito aos bens do seu quinhão (art. 2.023 do CC).⁶⁷

1.4

O procedimento de inventário e partilha de bens no CPC/2015

Tradicionalmente, o processo de inventário era medida que obrigatoriamente seguia o rito judicial. A alteração dessa tradição somente ocorreu em 2007, através da Lei 11.441/2007, que passou a permitir a realização de inventário e partilha extrajudicial, desde que os sucessores sejam capazes, não exista testamento e todos estejam de acordo com a divisão dos bens.

Nesse contexto, as normas voltadas à concretização da transmissão hereditária são, naturalmente, pensadas sob a lógica do procedimento judicial, a

⁶⁴ MIRANDA, Pontes de. **Direito das sucessões: testamentário**: inventário e partilha. Atualizado por Giselda Hironaka, Paulo Lôbo, Euclides de Oliveira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012 (Coleção tratado de direito privado: parte especial; 60). p.301.

⁶⁵ Ibid., p. 41. p.301.

⁶⁶ “Importante não confundir a ação de petição de herança e a ação de partilha, pois aquela é prescritível. Note-se que o tempo por si só não opera como fator de prescrição extintiva, poderá ocasionar a aquisição da propriedade por aquele que esteja na posse dos bens da herança, quer sejam móveis ou imóveis, por meio de usucapião.” MEIRELES, Rose Melo Vencelau; NEVARES, Ana Luiza Maia; TEPEDINO, Gustavo. **Direito das Sucessões**. Organização Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 268.

⁶⁷ VELOSO, Zeno. **Testamentos**. 2.ed. Belém: CEJUP, 1993. p. 434.

despeito da flexibilização do procedimento para os casos de acordo entre as partes.

Com efeito, o inventário — seja judicial ou extrajudicial — é procedimento obrigatório e indispensável no direito brasileiro para a concretização da transmissão hereditária, com exceção da norma prevista no art. 666 do CPC e na Lei 6.858/1980, que excepcionam a regra de obrigatoriedade do inventário para a percepção dos valores deixados pelo falecido para o recebimento de verbas decorrentes de FGTS e PIS-Pasep, restituição de impostos de renda, tributos, saldos bancários, investimentos e cadernetas de poupança que não sejam superiores a 500 ORTN, bastando para essas hipóteses o pedido de alvará judicial.

Apesar de sua obrigatoriedade, a reforma da codificação processual de 2015 manteve o procedimento de inventário tal como já existia na codificação revogada, com exceção de modificações pontuais, que serão expostas abaixo, de forma que o inventário ainda é notoriamente espaço marcado pela delonga dos procedimentos e carente por maior eficiência na resolução das demandas de forma célere e efetiva.

O procedimento especial de inventário e partilha está classificado no ordenamento como de jurisdição contenciosa desde o CPC de 1973. Existe controvérsia quanto à natureza jurídica e à necessidade de o inventário ser qualificado como de jurisdição contenciosa ou voluntária. Para Clovis do Couto Silva, não obstante a classificação do inventário como de jurisdição contenciosa, a classificação deve ocorrer pela prevalência dos aspectos no caso concreto.⁶⁸ Sebastião Amorim e Euclides de Oliveira entendem que a regra é a contenciosidade em razão da possível controvérsia entre os herdeiros, embora reconheçam os autores a possibilidade de partilha amigável restrita ao arrolamento sumário e acordo entre herdeiros.⁶⁹

⁶⁸ “A distinção entre jurisdição contenciosa e voluntária, como se sabe, foi uma importante decorrência da Revolução Francesa e do espírito liberal, no sentido de conter, de um lado, nos processos contenciosos, os poderes do juiz nos limites do litígio, e, de outro lado, no de permitir, em certo tipo de processo, que os aludidos poderes fossem mais amplos. Todavia, a distinção nem sempre foi nítida, havendo processos contenciosos em que se autorizam, por disposição especial, o exercício de certos poderes peculiares ao procedimento voluntário, como também se compreendem, na jurisdição voluntária, certos limites, decorrentes da aplicação de regras que, em si, somente seriam possíveis nos procedimentos contenciosos. A classificação de um ou outro tipo deve-se dar pela prevalência dos aspectos contenciosos ou voluntários.” SILVA, Clovis do Couto e. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1977. Vol. 11. T. 1. p. 267.

⁶⁹ OLIVEIRA, Euclides Benedito de; AMORIM, Sebastião Luiz. **Inventários e partilhas: direito das sucessões: teoria e prática**. 13.ed., rev. e ampl. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2000. p. 157-158

Com efeito, a natureza (contenciosa ou voluntária) dependerá dos interesses em jogo no caso concreto.⁷⁰ De todo modo, a ação de inventário tem natureza de procedimento especial de conhecimento, inserida no Livro I do CPC, que tradicionalmente consiste em procedimento bifásico e escalonado, com um momento inicial voltado à inventariança e outro superveniente à partilha. Com efeito, o procedimento especial de inventário traz regras distintas do procedimento comum, que são voltadas às especificidades da transmissão da herança e garantia do direito material.⁷¹ Nada impede, no entanto, que as normas do procedimento comum sejam subsidiariamente aplicadas aos procedimentos especiais, conforme a previsão expressa do art. 318 do CPC.

Atualmente, o CPC de 2015 regulamenta o procedimento de inventário e partilha (arts. 610 a 673). Quanto à complexidade do rito, a lei prevê duas espécies: o rito completo de inventário (arts. 610 a 658) e o rito de arrolamento (arts. 659 a 667), que é simplificado e aplicado às hipóteses de consenso.

Conforme divisão doutrinária sobre o tema, as hipóteses de partilha contempladas pela lei podem ser: (i) judicial, quando não há acordo entre os herdeiros; e (ii) amigável, para as hipóteses de consenso; permitindo-se ainda que o autor da herança elabore (iii) partilha *inter vivos*, isto é, partilha em vida; ou ainda (iv) faça uma partilha testamentária, que produzirá efeitos *post mortem*.⁷²

Nesta dissertação, o objeto de estudo tem como enfoque a hipótese de litígio entre os sucessores, no qual não cabe aos herdeiros a escolha, de comum acordo, quanto aos bens que deverão compor os seus quinhões, razão pela qual se faz necessária a distinção entre as espécies de partilha permitidas no ordenamento.

1.4.1 Partilha judicial

O processo de inventário judicial e partilha de bens ocorre quando há conflito entre os sucessores ou quando eles são menores ou incapazes (art. 2.016 do CC).

⁷⁰ ROSA, Conrado Paulino da. **Inventário e Partilha**. 4.ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2022. p. 397.

⁷¹ Ibid., p. 394

⁷² OLIVEIRA, Euclides Benedito de; AMORIM, Sebastião Luiz. **Inventários e partilhas: direito das sucessões: teoria e prática**. 13. Ed., rev. e ampl. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito 2000. p. 276.

Neste último caso, a existência de herdeiros menores ou incapazes demanda a participação do Ministério Público para resguardar a atenção de seus interesses durante todo o processo de inventário.

Pressupõe-se, nesses casos, a adoção do rito ordinário, no qual os bens são submetidos à avaliação judicial, e a partilha é objeto de decisão judicial e realizada através do partidor judicial.

Para sintetizar as etapas do rito ordinário, Humberto Theodoro Júnior apresenta as subdivisões das fases processuais, em ordem: (a) petição inicial; (b) nomeação do inventariante; (c) primeiras declarações; (d) citação dos interessados; (e) avaliação judicial do acervo; (f) últimas declarações; (g) liquidação do imposto de transmissão da herança.⁷³

Deverão os herdeiros necessários também trazer à colação as doações que receberam em vida como adiantamento de legítima e que não tiverem sido imputadas na cota disponível pelo autor da herança, com o intuito de igualar o valor dos quinhões dos herdeiros necessários no momento da partilha.⁷⁴

Após a apuração do monte, o pagamento dos impostos de transmissão *causa mortis* e a separação dos bens para quitação das dívidas do espólio, caso existam, inicia-se a segunda fase do procedimento judicial da sucessão hereditária, destinados à partilha dos bens.

Nessa fase, as partes poderão formular pedido de quinhão no prazo de 15 dias assinalado pelo juiz (art. 647 do CC). Ouvidas as pretensões dos sucessores sobre a divisão dos bens comuns, o juiz proferirá a decisão de deliberação da partilha, sobre a qual devem falar os interessados.

Para a fixação dos quinhões, deverão ser observadas as regras objetivas traçadas no art. 648 do CPC para a partilha de bens, que serão analisadas neste capítulo. A deliberação dos quinhões e da meação pelo juiz também deverá tentar

⁷³ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processo Civil**. vol. II / 54. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 34.

⁷⁴ Existe controvérsia com relação ao valor do bem que deverá ser trazido à colação em razão do conflito normativo do Código Civil e do Código de Processo Civil que não é objeto deste trabalho. O art. 2.004 do Código Civil de 2002 afirma que o valor da colação aquele do ato de liberdade, com os acréscimos de correção monetária. Por outro lado, a posterior entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015 afirma no art. 639, parágrafo único, reestabeleceu a antiga regra do diploma processual de 1973, revogando o art. 2.004 do Código Civil, devendo o valor do bem deverá ser apurado ao tempo da abertura da sucessão.

evitar o “condomínio incômodo”.⁷⁵

Assim sendo, caberá ao partidor organizar o esboço de partilha, que é, na realidade, a preparação para a partilha de bens, conforme entendimento de Sebastião Amorim e Euclides de Oliveira⁷⁶. Neste esboço, o partidor deverá observar (i) as dívidas atendidas; (ii) a meação do cônjuge; (iii) meação disponível; e (iv) quinhões hereditários, a começar pelo coerdeiro mais velho (art. 651 do CPC).

Uma vez feito o esboço de partilha, as partes serão intimadas para se manifestar no prazo previsto no art. 652 do CPC e, resolvidas as reclamações, a partilha será lançada nos autos e homologado por sentença para que produza os seus fins de extinção da comunhão hereditária, a qual, para Pontes de Miranda, consiste em “ato de execução, para o qual nenhum elemento se levou com qualquer acordo entre os interessados”.⁷⁷

A inovação trazida pelo CPC de 2015, como já mencionado, consiste no parágrafo único do art. 647, que permite ao juiz por decisão fundamentada antecipar a utilização de um bem a determinado herdeiro, desde que, no final do inventário, dito bem seja integrado no quinhão daquele herdeiro, antecipando-se os ônus e ônus.

A sentença que julga a partilha judicial é de natureza constitutiva, ao contrário da sentença que homologa a partilha amigável, que é meramente homologatória, pois o procedimento, nesse caso, é contencioso e precedido por amplo contraditório, após a deliberação judicial, somente podendo a sentença ser atacada por ação rescisória, considerando fazer coisa julgada material.⁷⁸

Tradicionalmente, a partilha na hipótese de existirem herdeiros incapazes era sempre realizada de forma judicial, mesmo na hipótese de consenso entre os herdeiros, por ser considerado o rito ordinário aquele que assegura uma partilha

⁷⁵ OLIVEIRA, Euclides Benedito de; AMORIM, Sebastião Luiz. **Inventários e partilhas**: direito das sucessões: teoria e prática. 13. Ed., rev. e ampl. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito 2000. p. 281.

⁷⁶ Ibid., p. 281.

⁷⁷ MIRANDA, Pontes de. **Direito das sucessões: testamentário**: inventário e partilha. Atualizado por Giselda Hironaka, Paulo Lôbo, Euclides de Oliveira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012 (Coleção tratado de direito privado: parte especial; 60). p.327.

⁷⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processo Civil**. vol. II / 54. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 60.

exatamente conforme os quinhões definidos em lei.

Por outro lado, seja pela morosidade decorrente do rito judicial, seja pela sobrecarga de processos judiciais, os interesses dos herdeiros incapazes na busca por uma resolução rápida e efetiva do inventário não são privilegiados.

Nessa perspectiva, defende-se que, na existência de consenso entre todos, é cabível a flexibilização do procedimento, mesmo com a existência de herdeiros incapazes, com a realização da partilha amigável, o que prestigia a celeridade do rito e a fruição da herança pelos sucessores, desde que sejam assegurados os interesses e o quinhão dos herdeiros incapazes. Considerando a indispensável participação do Ministério Público na proteção dos interesses dos incapazes, não se vislumbra prejuízo à adoção do rito mais célere e que proporciona o acesso ao patrimônio de forma mais rápida e em benefício dos herdeiros.

Com efeito, a referida medida está em consonância com a busca por mecanismos para tornar o inventário judicial um campo de maior efetividade, expressão de espaço de autonomia privada e concretização dos interesses dos sucessores, em conformidade com as diretrizes estabelecidas pelo novo CPC.

Tais medidas são importantes para se pensar no campo do inventário como promocional ao interesse dos sucessores, com maior efetividade, em especial, no cenário em que a reforma do CPC/2015 não trouxe significativas mudanças quanto à flexibilização do procedimento do inventário judicial.

Na realidade, o CPC/2015 trouxe inovações pontuais ao procedimento de inventário, quando comparado com o código processual revogado de 1973. Pode-se dizer que o legislador perdeu a oportunidade de repensar o formato do procedimento de inventário e partilha de forma a transformá-lo em um espaço de maior efetividade da transmissão patrimonial e concretização da dignidade de seus membros, cabendo, portanto, à doutrina, em observância aos princípios norteadores do processo civil e sob o viés constitucional, buscar mecanismos para humanizar o inventário.

As principais mudanças foram sintetizadas por Ana Luiza Nevares:⁷⁹

⁷⁹ NEVARES, Ana Luiza Maia. As inovações do Código de Processo Civil de 2015 no direito das sucessões. In: **Anais do X Congresso Brasileiro de Direito de Família** - Famílias nossas de cada dia. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. v. 01. p. 141-183. p. 180.

Diante do que foi exposto, verifica-se que o Código de Processo Civil de 2015 trouxe inovações importantes para a efetividade do processo de inventário, ao aumentar o rol dos legitimados a exercer a inventariança, bem como ao prever outras hipóteses de cumulação de inventários, sem contar na atualização do arrolamento comum, a partir do estabelecimento de critério valorativo quanto ao monte vinculado ao salário mínimo e a partir da previsão expressa de que dito rito será aplicado para casos em que há interessado incapaz.

Além disso, ao retomar o sistema da colação para aquele da conferência em substância, valorando os bens doados na data da abertura da sucessão, o novo Código de Processo Civil permite uma maior efetividade do objetivo do instituto.

Além das referidas mudanças, como ressalta a autora, a principal inovação da codificação processual consistiu no art. 647, parágrafo único, do CPC, segundo o qual o juiz poderá deferir antecipadamente a qualquer dos herdeiros o exercício dos direitos de usar e fruir de determinado bem com a condição de que, ao término do inventário, dito bem integre a cota deste herdeiro.

À exceção desse dispositivo, a lei processual de 2015 manteve o rito processual do inventário litigioso, sem trazer expedientes que possam tornar o processo mais atento aos interesses envolvidos na sucessão, além de mais célere e eficiente, como um possível espaço de promoção dos valores constitucionais.

O entendimento é compartilhado por André Vasconcelos Roque ao afirmar que “poderia o legislador ter avançado mais”.⁸⁰ Para o autor, a primeira conclusão quando se confrontam os dispositivos do inventário no CPC/1973 e no CPC/2015 é que não passam as mudanças de meras repetições com ligeiros ajustes redacionais, mas mantendo-se a estrutura do inventário ordinário pautado pela morosidade e fragmentação do procedimento, conforme pontua o autor:

Da mesma forma, a sucessão de etapas ao longo do inventário ordinário (as mesmas previstas no CPC/1973 – abertura, nomeação de inventariante, primeiras declarações, citações e impugnações, avaliação e cálculo do imposto, colações, pagamento das dívidas e partilha) conduz a um procedimento fragmentado e moroso. Deveria o legislador, nessa direção, ter buscado uma maior concentração dos atos praticados do inventário ordinário, em vez de estimular uma sucessão de decisões interlocutórias, cada uma delas passível de impugnação autônoma por meio de agravo de instrumento (art. 1.015, parágrafo único), contribuindo para uma maior demora na prestação jurisdicional.

⁸⁰ ROQUE, André Vasconcelos. **Inventário e o novo CPC: mais do mesmo?** Jota. 12 dez. 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/inventario-e-o-novo-cpc-mais-mesmo-12122016>. Acesso em: 09.08.2022.

Não obstante as críticas pertinentes ao procedimento, dentre as inovações decorrentes da nova legislação processual, destaca-se a importância do art. 647, parágrafo único, do CPC⁸¹ como norma potencialmente benéfica para o herdeiro e para o espólio. Entende-se que a tutela provisória em questão pode servir como potencial ferramenta para retirar do poder exclusivo do inventariante a administração do espólio e a guarda dos bens. Uma vez concedida a medida, os bens continuam compondo o acervo hereditário, mas serão deferidos ao herdeiro o uso e a fruição antecipados, cabendo a esse herdeiro arcar com as despesas de conservação do bem.⁸²

1.4.2 Partilha amigável

A partilha amigável ocorre quando todos os herdeiros são maiores e capazes e existe consenso para a divisão dos bens. Nessa hipótese, pode ser realizada de forma judicial ou extrajudicial, por meio de escritura pública, termo nos autos ou escrito particular homologado pelo juiz⁸³, sendo negócio jurídico submetido aos requisitos de validade previstos no art. 104 do CC⁸⁴.

Como exposto, apesar de tradicionalmente o inventário ser realizado pela via judicial, a edição da Lei 11.441 de 2007 alterou o art. 982 da codificação processual anterior para permitir a realização de inventário e partilha por escritura pública, o que se manteve no art. 610, § 2º, do CPC, desde que todos os interessados sejam maiores e capazes e estejam assistidos por advogados.

Na mesma linha, apesar de o art. 610, caput, do CPC, afirmar expressamente que o inventário deverá ser processado judicialmente na hipótese de existir testamento, no ano de 2019, o Superior Tribunal de Justiça autorizou a realização

⁸¹ Ressalta o autor duas importantes inovações no CPC/2015. A primeira delas sendo o art. 647, parágrafo único, do CPC e a segunda, o art. 659, §2º, do CPC, que não é objeto deste trabalho.

⁸² ROQUE, André Vasconcelos. **Inventário e o novo CPC: mais do mesmo?** Jota. 12 dez. 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/inventario-e-o-novo-cpc-mais-mesmo-12122016>. Acesso em: 09.08.2022.

⁸³ Art. 2.015 do Código Civil e Resolução 35 do Conselho Nacional de Justiça e art. 610, § 1º e 2º do Código de Processo Civil.

⁸⁴ MEIRELES, Rose Melo Vencelau; NEVARES, Ana Luiza Maia; TEPEDINO, Gustavo. **Direito das Sucessões**. Organização Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 268.

de inventário extrajudicial, em leitura sistemática do art. 610 do CPC com os arts. 2.015 e 2.016 do CC, desde que as partes sejam maiores e capazes, o testamento tenha sido registrado judicialmente, e o juízo que processou a ação de abertura, registro e cumprimento do testamento autorize expressamente a realização do inventário por escritura pública.⁸⁵

No voto, o ministro relator destacou que “o processo deve ser um meio e não um entrave”, considerando a *mens legis* que autorizou o inventário extrajudicial para desafogar o Poder Judiciário, afastando a via judicial de processos que não necessitam de decisão judicial e assegurando solução célere e efetiva, reduzindo as formalidades e burocracias, na linha das normas fundamentais do processo civil expostas neste capítulo (art. 3º, § 2º, 4º e 8º do CPC), além do art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.⁸⁶

O inventário poderá ser amigável e ainda assim ser celebrado por meio judicial, hipótese em que se adota o rito do arrolamento sumário, cabível também na hipótese de o monte não superar mil salários mínimos (art. 664 do CPC).

1.4.3

Partilha em vida

É possível que a partilha seja feita pelo autor da herança por ato *inter vivos*, conforme o art. 2.018 do CC, segundo o qual é “válida a partilha feita por ascendente, por ato entre vivos ou de última vontade, contanto que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários”.

A partilha em vida consiste na antecipação do processo de inventário antes do falecimento do autor da herança, proporcionando aos sucessores a aquisição antecipada dos bens que só a morte do ascendente lhes asseguraria. Nesses casos, não há realização de inventário quando da abertura da sucessão.⁸⁷

Pressupõe-se o comum acordo entre o sucessor e os descendentes e, por se

⁸⁵ REsp 1808767/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 15/10/2019, DJe 03/12/2019.

⁸⁶ Art. 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

⁸⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões**. vol. VI. 23.ed. Rev. e atual. por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p.434.

tratar de ato *inter vivos* e de natureza contratual, a partilha em vida é efetivada mediante escritura pública, com a indispensável concordância de todos os herdeiros necessários quanto à divisão dos bens alcançada e a observância à cota legítima, sob pena de nulidade. O requisito, como se vê, consiste na observância da legítima dos herdeiros necessários.

Uma vez realizada a partilha em vida, não é possível alterá-la. A partilha em vida passa a produzir efeitos imediatamente, com a transferência do patrimônio aos herdeiros necessários. Trata-se de negócio jurídico perfeito e acabado, considerado exaustivo, e as eventuais lesões de direito deverão ser apreciadas em ações próprias de redução, anulação ou nulidade.⁸⁸

A partilha em vida é interpretada como exceção aos pactos sucessórios, cuja proibição é matéria de ordem pública, conforme a vedação prevista no art. 426 do CC. Como se trata de exceção, sua leitura é restritiva, e a partilha em vida é considerada ato estritamente familiar que somente pode ser realizada de ascendentes para descendentes⁸⁹, devendo contemplar toda a herança legítima dos herdeiros necessários. Ou seja, não há partilha em vida, por exemplo, entre filhos e pais, avós e netos — se estes não forem os herdeiros necessários —, tampouco de tios e sobrinhos.⁹⁰

Da mesma forma, para que seja considerada sucessão antecipada, pressupõe-se a inclusão e partilha de todo o patrimônio que o autor da herança dispuser até o momento da partilha, devendo, no entanto, reservar para si patrimônio mínimo, em razão da limitação do art. 548 do CC, segundo o qual “é nula a doação de todos os bens sem reserva de parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador”.

O instituto da partilha em vida traz insegurança quanto à aplicabilidade, seja pelo pouco espaço destinado na codificação para sua regulamentação, seja devido às controvérsias quanto à sua natureza jurídica e aos efeitos de dita partilha.⁹¹

⁸⁸ WALD, Arnoldo. O regime jurídico da partilha em vida. In: **Revista dos Tribunais**. v. 76, n. 622, p. 7–15. São Paulo: ago., 1987. p.10.

⁸⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões**. vol. VI. 23.ed. Rev. e atual. por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 434.

⁹⁰ MEIRELES, Rose Melo Vencelau; NEVARES, Ana Luiza Maia; TEPEDINO, Gustavo. **Direito das Sucessões**. Organização Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 284.

⁹¹ Sintetiza-se em três correntes principais a discussão quanto à natureza jurídica da partilha em vida, cuja abordagem não faz parte deste trabalho, são elas: (a) a que compreende a partilha em vida

Adota-se a posição sustentada por Arnaldo Wald de que a partilha em vida possui natureza jurídica própria e não se confunde com a doação.⁹² A analogia da partilha em vida com a doação decorre do fato de a partilha se tratar de um ato *inter vivos*, em regra celebrado por meio da doação. No entanto, aplicam-se as regras técnicas e composição distributiva da partilha de bens *post mortem*.⁹³

A partilha em vida possui aspectos inerentes à doação e pode ser concretizada por meio de dito instrumento, mas o seu alcance é maior, já que engloba a totalidade do patrimônio e contempla todos os herdeiros necessários, o que não acontece com a doação, que pode ser feita em favor de um único herdeiro e de apenas uma parte da legítima.⁹⁴

A despeito da densidade do tema envolvendo a partilha em vida e as controvérsias sobre o assunto, para fins desta dissertação, a análise do instituto da

como uma sucessão antecipada; (b) a segunda que entende ser uma partilha de caráter provisório; (c) a partilha em vida se caracteriza como doação.

⁹² Paulo Cezar Pinheiro Carneiro entende que a partilha em vida seria uma verdadeira doação: “Muito se discutiu em doutrina se a partilha feita por ato entre vivos, por exemplo, pelo ascendente em favor dos filhos, na forma do artigo 2.018 do Código Civil, dispensaria a realização do inventário. Na realidade, tratava-se de uma falsa discussão, na medida em que a escritura pública de partilha feita pelo pai, em vida, consubstancia verdadeira doação, com a transferência, de imediato, da totalidade dos bens para seus herdeiros, devendo, neste momento, ser satisfeitas as exigências do Fisco, com o pagamento dos impostos incidentes”. CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Inventário e partilha**: judicial e extrajudicial. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 30. De outro lado, Caio Mário da Silva Pereira entende que seria sucessão antecipada: “Discute-se no plano doutrinário se se deve considerar sucessão antecipada ou doação, e ao propósito sustentam-se as duas teorias. Se se ativer o observador à sua forma, poderá defender uma ou outra, tendo em vista que ora reveste a do testamento, ora a da doação. Uma se efetua pelo ascendente como a maneira que melhor se lhe afigura de distribuir os seus bens inter vivos, mas produzindo efeitos depois de sua morte. A outra se realiza com a participação do partilhante e dos favorecidos, gerando as consequências imediatamente. Mas se atentarmos para a natureza do ato, veremos que essa partilha visa a proporcionar aos sucessores a aquisição antecipada dos bens que só a morte do ascendente lhe asseguraria. A sua natureza jurídica define-se como uma sucessão antecipada”. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões**. vol. VI. 23.ed. Rev. e atual. por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 434.

⁹³ WALD, Arnaldo. O regime jurídico da partilha em vida. In: **Revista dos Tribunais**. v. 76, n. 622, p. 7–15. São Paulo: ago., 1987. p. 12. “A analogia com a doação deflui do fato de se tratar de ato *inter vivos*, enquanto as regras técnicas são as da partilha. No fundo, a partilha procede como “se, por suposição implícita, se considerasse, no instante em que é feita, a morte do ascendente, visto que se subordina a todas as cláusulas fundamentais da composição distributiva de uma partilha”.

⁹⁴ BARBOZA, Heloisa Helena. **A disciplina jurídica da partilha em vida**: validade e efeitos. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 5, n. 1, 2016. Disponível em: <http://civilistica.com/a-disciplina-juridica-da-partilha-em-vida>. Acesso em: 20.06.2021. p. 12. “Trata-se de ato de vontade privativo do titular dos bens, que muito se assemelha à doação, pois deve obedecer aos requisitos de forma e fundo dessa espécie de negócio jurídico. Todavia, seu alcance é maior, pois a atribuição do patrimônio configura antecipação da herança, com transmissão imediata dos bens, do que resulta a dispensa do inventário por ocasião da morte do transmitente, momento em que os bens já não estarão no seu patrimônio.”

partilha em vida é importante para diferenciá-la das hipóteses em que deve ser realizado o inventário. Com efeito, a realização da partilha em vida não se submete às mesmas normas do inventário judicial porque é ato *inter vivos* e que dispensa o inventário no momento da abertura da sucessão e, conseqüentemente, a definição pelo julgador dos quinhões que caberão aos herdeiros, que já foram definidos em vida pelo autor da herança.

1.4.4

A partilha testamentária

O art. 2.018 do CC trouxe a possibilidade de que a partilha de bens seja realizada por ato de última vontade, através de testamento, doutrinariamente denominada partilha-testamento.

Partilha-testamento. Adotada a forma testamentária, prevalece como disposição de última vontade, e sujeita-se aos requisitos do testamento; somente produz efeitos após a morte do disponente; é passível de revogação a todo tempo; mas pode compreender todos os bens presentes e futuros. Difere, contudo, do testamento ordinário, uma vez que não contém designação de herdeiro, mas simplesmente reparte o acervo entre aqueles que são os chamados *ope legis*.⁹⁵

A partilha testamentária não conta com a participação dos herdeiros, já que o testamento é, em essência, um ato unilateral do autor da herança, que, pelos seus aspectos intrínsecos quanto à forma, é livre da influência de terceiros.

Com efeito, a possibilidade de o testador estipular os bens que devem compor os quinhões dos herdeiros não encontra nenhuma resistência quando não há herdeiros necessários. Existia controvérsia quanto à possibilidade de o testador determinar os bens que constituem a legítima dos herdeiros necessários, em razão do caráter cogente de tal atribuição hereditária.⁹⁶

⁹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões**. vol. VI. 23.ed. Rev. e atual. por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 435.

⁹⁶ NEVARES, Ana Luiza Maia. Em que medida o Código de Processo Civil de 2015 trouxe maior efetividade para o direito sucessório? In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Direito Civil, Constituição e Unidade do Sistema**: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – V Congresso IBDCivil. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 380.

No entanto, o CC pôs fim à discussão pela previsão do art. 2.014⁹⁷, que permite a partilha pelo próprio autor da herança, que prevalecerá, salvo se o valor dos bens não corresponder às quotas estabelecidas.⁹⁸

Esse é o entendimento majoritário da doutrina, conforme defende Washigton de Barros Monteiro: “feita a partilha pelo autor da herança, impõe-se seja acatada pelos herdeiros”.⁹⁹ No mesmo sentido, a posição de Itaibana de Oliveira, para quem a partilha testamentária “será respeitada pelo juiz, quando, morto o testador, se proceder ao seu inventário e se verificar terem sido observadas as formas, condições e regras estabelecidas para o ato testamentário”.¹⁰⁰

A despeito de a norma aparentemente colidir com o art. 1.857, § 1º, do CC, segundo o qual a legítima dos herdeiros necessários não pode constar em testamento, na realidade, uma leitura sistemática com o art. 2.014 do CC permite concluir que o testador pode dispor da partilha de bens, com a disposição dos bens que devem compor a legítima dos herdeiros necessários, desde que não ultrapasse o percentual de 50% fixado pela lei, o que consiste em limite à autonomia privada do titular do patrimônio, “fundada na solidariedade familiar, que pressupõe o vínculo de eventual dependência ou necessidade de suporte material dos herdeiros em relação ao autor da herança e que, por isso, não pode estar atrelado unicamente à sua vontade”¹⁰¹.

Desse modo, o testador pode indicar em testamento os bens e valores que deverão compor os quinhões hereditários, deliberando ele próprio a partilha, mas não pode estabelecer diferenças que atinjam a legítima, salvo se o excedente couber

⁹⁷ Art. 2.014 do Código Civil: Pode o testador indicar os bens e valores que devem compor os quinhões hereditários, deliberando ele próprio a partilha, que prevalecerá, salvo se o valor dos bens não corresponder às quotas estabelecidas.

⁹⁸ NEVARES, Ana Luiza Maia. Em que medida o Código de Processo Civil de 2015 trouxe maior efetividade para o direito sucessório? In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Direito Civil, Constituição e Unidade do Sistema**: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – V Congresso IBDCivil. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 38.

⁹⁹ MONTEIRO, Washigton de Barros. PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de direito civil**. v. 6: direito das sucessões. 39.ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 359-360.

¹⁰⁰ OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. **Tratado de Direito das Sucessões**. 4.ed. Rev. e atualizada. Vol. III. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1952. p. 905

¹⁰¹ OLIVEIRA, Alexandre Miranda. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Qualificação e quantificação da legítima: critérios para partilha de bens. In: **Arquitetura do Planejamento Sucessório**. Daniele Chaves Teixeira (Coord). Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 35.

na parte disponível dos bens. O limite do testador é considerado como o valor dos quinhões dos herdeiros necessário sob o aspecto quantitativo da herança legítima.¹⁰²

1.4.4.1

O exercício da autonomia testamentária sob a ótica civil constitucional

Considerando os valores do ordenamento jurídico, questiona-se o espaço destinado à autonomia testamentária no ato de disposição de última vontade para a elaboração da partilha de bens.

Para a compreensão da partilha de bens feita por meio do testamento, é fundamental que se estabeleçam as premissas do direito civil constitucional que pressupõem o exercício da autonomia testamentária em observância aos demais valores promovidos pelo ordenamento, em especial, a solidariedade familiar e a função social da propriedade.

Isso porque, na essência, o negócio jurídico testamentário é ato unilateral e não admite receptividade de vontades entre aquele que lavra o testamento e os herdeiros e legatários que são nele contemplados. Assim sendo, a perfectibilidade jurídica do testamento cinge-se à manifestação da vontade do disponente, soberana e livre, sendo suficiente e bastante para a validade do ato¹⁰³, o qual, como ato jurídico revogável a qualquer tempo (art. 1.858 do CC), à exceção do reconhecimento de filiação (Art. 1.610 do CC), somente produz efeitos após a morte do testador.

Trata-se de negócio personalíssimo “porque só pode emanar, única e exclusivamente da vontade do testador, por ele próprio declarada, pessoal, indelegável e diretamente, não se admitindo a sua manifestação através de procuradores”.¹⁰⁴

Ainda, o negócio testamentário é ato gratuito e expressão da liberalidade do

¹⁰² NEVARES, Ana Luiza Maia. Em que medida o Código de Processo Civil de 2015 trouxe maior efetividade para o direito sucessório? In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Direito Civil, Constituição e Unidade do Sistema**: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – V Congresso IBDCivil. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 382.

¹⁰³ VELOSO, Zeno. **Testamentos**. 2.ed. Belém: CEJUP, 1993. p. 31.

¹⁰⁴ Ibid., p. 29.

autor da herança, além de formal e solene, dependendo, assim, da adoção de formalidades legais e “acarretando a nulidade do ato em caso de inobservância da forma prescrita em lei”.¹⁰⁵

Observa-se o destaque dado à vontade personalíssima do autor da herança, que não admite representação legal ou convencional, tamanha a necessidade de resguardar a vontade do testador de eventuais interferências de elementos externos que possam macular sua vontade.

Como aponta Zeno Veloso, em matéria testamentária, “a vontade e forma se integram e se fundem resultando um todo indivisível”¹⁰⁶, sendo a função das formalidades legais, em última análise, a garantia de que a manifestação de vontade do testador tenha se dado de forma livre e desimpedida, capaz de fornecer aos herdeiros, legatários ou outros interessados um instrumento eficaz ao exercício de seus respectivos direitos.

Aliás, nessa perspectiva, o CC de 2002, ainda sob forte influência individualista, adotou uma única regra hermenêutica para a análise das cláusulas testamentárias dúbias, como aquela da busca da real vontade do testador no momento do testamento, denominada doutrinariamente como teoria da vontade pura do testador¹⁰⁷, o que se observa do art. 1.899 do CC, ao dispor que “quando a cláusula testamentária for suscetível de interpretações diferentes, prevalecerá a que melhor assegure a observância da vontade do testador.”

A aludida regra, somada à concepção histórica de liberdade e vontade exacerbada, levava ao entendimento de que o negócio testamentário estaria “imune à interferência das exigências relativas à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, em especial solidariedade”¹⁰⁸.

Essa leitura, contudo, que parecia ser apreendida sem críticas até o advento do CC de 2002, não reflete a função promocional do direito sucessório no direito civil contemporâneo, dada a necessidade de ponderação entre o princípio da

¹⁰⁵ MEIRELES, Rose Melo Vencelau; NEVARES, Ana Luiza Maia; TEPEDINO, Gustavo. **Direito das Sucessões**. Organização Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p.126.

¹⁰⁶ VELOSO, Zeno. **Testamentos**. 2.ed. Belém: CEJUP, 1993. p. 34-35.

¹⁰⁷ MEIRELES, Rose Melo Vencelau; NEVARES, Ana Luiza Maia; TEPEDINO, Gustavo. Op. cit., p. 133.

¹⁰⁸ NEVARES, Ana Luiza Maia. **A função promocional do testamento – tendências do direito sucessório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 34.

liberdade com os demais princípios constitucionais, em especial, a solidariedade e a função social da propriedade, na medida em que não é mais a vontade do agente que está no centro do ordenamento jurídico.¹⁰⁹

Não há mais como se falar em uma autonomia privada irrestrita e soberana testamentária e que esteja alheia à solidariedade familiar e aos interesses dos herdeiros contemplados em testamento, que só poderão expressar sua concordância após o falecimento do autor da herança.¹¹⁰ De igual modo, as disposições testamentárias não podem ser analisadas de forma isolada e apenas sob o viés da liberdade testamentária, desconsiderando interesses socialmente relevantes.

Por tais motivos, acompanha-se nesta dissertação a posição defendida pela professora Ana Luiza Nevares em sua tese de doutorado, no sentido de que a liberdade do autor da herança não é irrestrita e deve promover os valores constitucionais nas normas de direito civil, já que não há um campo que esteja imune à concretização da dignidade humana.¹¹¹

Para fins deste estudo, o peso destinado à vontade do testador tem relevância quando a autonomia testamentária encontrar obstáculo nos demais valores tutelados no ordenamento jurídico, ocasionando embate entre a vontade do testador e dos sucessores.

1.5 Os critérios legais dos artigos 648 do CPC e 2.017 do Código Civil para a elaboração da divisão patrimonial

Estabelecidas as hipóteses de partilha de bens, passa-se à análise dos critérios norteadores da divisão patrimonial. Para tanto, a legislação prevê quais são os critérios norteadores da partilha de bens através dos arts. 2.017 do CC¹¹² e 648 do

¹⁰⁹ MEIRELES, Rose Melo Vencelau; NEVARES, Ana Luiza Maia; TEPEDINO, Gustavo. **Direito das Sucessões**. Organização Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 137.

¹¹⁰ Os limites à autonomia testamentária serão abordados no item 3.5.1.

¹¹¹ MEIRELES, Rose Melo Vencelau; NEVARES, Ana Luiza Maia; TEPEDINO, Gustavo. Op. Cit., p. 137.

¹¹² Art. 2.017 do Código Civil. No partilhar os bens, observar-se-á, quanto ao seu valor, natureza e qualidade, a maior igualdade possível.

CPC de 2015¹¹³.

Ambas as codificações, civil e processual civil, contemplam como regras norteadoras da partilha de bens a maior igualdade possível entre os quinhões quanto ao valor, à natureza e à qualidade dos bens. Além disso, o CPC traz as regras da comodidade dos bens entre os herdeiros e a prevenção de litígios futuros entre os sucessores, princípios que devem ser conjugados com a igualdade para se alcançar uma partilha de bens.

1.5.1

Modalidades de partilha de bens nas quais devem incidir os critérios legais

Antes de se analisar os critérios norteadores da partilha, é importante constatar em quais hipóteses de partilha de bens os critérios norteadores têm incidência.

O objeto deste estudo tem como enfoque a divisão patrimonial para as hipóteses nas quais não cabe aos herdeiros a escolha dos bens que deverão compor os seus quinhões. Isso porque a aplicação da tutela provisória do art. 647, parágrafo único, do CPC, com a antecipação de bens aos herdeiros, pressupõe a existência de intervenção judicial.

Nesse passo, não se vislumbra a aplicação dos critérios aptos à definição de uma partilha de bens quando se está diante de partilhas amigáveis, elaboradas de comum acordo entre os sucessores, ou ainda em partilhas feitas em vida, nas quais também pressupõe-se a existência de consenso e sequer há inventário.

Hipóteses diversas são, no entanto, os casos de partilhas judiciais e partilhas testamentárias, já que em ambas os sucessores não participam da elaboração da divisão patrimonial. Enquanto na primeira (partilha judicial), a divisão patrimonial ocorrida no cenário litigioso, aplica-se o disposto no art. 647, *caput*, do CPC e cabe ao juiz a definição dos bens que deverão compor o quinhão dos herdeiros, na segunda (partilha testamentária), caberá ao autor da herança a definição da distribuição patrimonial.

¹¹³ Art. 648 do Código Civil: Na partilha, serão observadas as seguintes regras:

I - a máxima igualdade possível quanto ao valor, à natureza e à qualidade dos bens;

II - a prevenção de litígios futuros;

III - a máxima comodidade dos coerdeiros, do cônjuge ou do companheiro, se for o caso.

Portanto, em ambas as hipóteses, há que se delimitar as balizas que devem nortear a divisão patrimonial, seja pelo julgador, na hipótese de partilha judicial, seja pelo autor da herança, já que a autonomia privada testamentária, como exposto no item 1.4.4.1 não é irrestrita e está submetida a juízo de merecimento de tutela à luz dos outros valores do ordenamento.

1.5.2

A previsão legal dos critérios norteadores da partilha desde o CPC/1939 ao CPC/2015

Os princípios da comodidade entre os herdeiros e a prevenção de litígios futuros previstos no art. 648 do CPC de 2015 não tinham correspondência na codificação revogada de 1973. O princípio da igualdade era previsto apenas no art. 2.017 do CC.

A despeito disso, não se trata de novidade na legislação. A norma do atual art. 648 do CPC estava prevista com a mesma redação no CPC de 1939, em seu art. 505, e, tamanha a sua importância, mesmo sem a correspondência na vigência do código processual de 1973, a doutrina sustentava sua aplicação com base na codificação revogada de 1939.¹¹⁴

Como pontua Clovis do Couto Silva nos comentários ao CPC de 1973, a norma do art. 505 da legislação processual de 1939 era aplicada na falta de correspondência no CPC de 1973, por prever “as regras que tradicionalmente devem ser aplicadas à partilha e, no geral, a toda e qualquer divisão”.¹¹⁵

No que tange à igualdade, esta é vista como um dos cânones fundamentais da sucessão legítima. Conforme o entendimento de Washington de Barros Monteiro, “não é bem elaborada partilha que atribua a um herdeiro os melhores bens do acervo e a outro impute o pior, embora aritmeticamente possam coincidir os valores de

¹¹⁴ Nesse sentido: “No entanto, é preciso registrar que a regra da igualdade deve ser conjugada com outros dois critérios, a saber o princípio da comodidade e aquele da prevenção de litígios futuros. Tais critérios, incluindo aquele da igualdade, estavam previstos no CPC 1939, em seu art. 505”. NEVARES, Ana Luiza Maia. **A função promocional do testamento – tendências do direito sucessório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 188-189.

¹¹⁵ SILVA, Clovis do Couto e. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1977. Vol. 11. T. 1. p. 381.

ambos os quinhões”¹¹⁶.

Da mesma forma, exemplifica o autor, se houver um imóvel que represente peso morto, todos devem receber igual porção, ao passo que se existir um prédio valioso, não se legitima a atribuição a um único herdeiro, sob pena de violar o princípio da igualdade¹¹⁷. Ou seja, demonstra-se a importância de se considerar a qualidade dos bens além de tão somente o seu valor monetário.

Além da igualdade, o autor ressalta a importância de se considerar os outros dois critérios previstos pela lei: (i) evitar sempre que possível o estado de comunhão entre os herdeiros, em especial, quando houver discórdia; (ii) atentar à comodidade dos bens e dos herdeiros contemplados, isto é, “se um deles, por exemplo, mora em prédio do espólio, deverá receber em pagamento esse mesmo imóvel; se possui terreno, atribuir-se-lhe-á o que lhe fica adjacente; se condômino, receberá a área remanescente”.¹¹⁸ Tais critérios, analisados em conjunto com a igualdade, permitem pensar na vinculação de bens aos herdeiros, de acordo com a natureza dos bens e os interesses envolvidos.

Jorge Americano ressaltava quanto aos critérios estabelecidos na Codificação de 1939 que cada herdeiro deve ter parte no bom e no ruim e que “desde que os pedidos sejam feitos de comum acordo, ou que aconteça de cada herdeiro pedir coisa diversa, devem ser atendidos, salvas as cautelas referentes à composição dos quinhões de incapazes”¹¹⁹.

Portanto, quando feitos de comum acordo, a vinculação de determinado bem ao herdeiro era vista como possível e, aliás, recomendável. Destacava o autor com base nos referidos critérios, assim como na previsão do art. 506 do CPC/39¹²⁰, que

¹¹⁶ MONTEIRO, Washigton de Barros. PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de direito civil**. v. 6: direito das sucessões. 39.ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 365-366.

¹¹⁷ Ibid., p. 366.

¹¹⁸ Ibid., p. 367.

¹¹⁹ AMERICANO, Jorge. **Comentários ao Código do Processo Civil do Brasil**. 2º Volume. Arts. 291 a 674. São Paulo: Ed. Saraiva & Cia, 1941. p. 427.

¹²⁰ Art. 506 do CPC/1939: Na folha de pagamento de cada herdeiro serão declaradas, com a possível exatidão, as confrontações dos bens e as servidões. a que ficarem sujeitos, evitando-se dividir as terras por quotas-partes ideais.

§ 1º Na divisão das terras que tiverem o mesmo valor, a partilha fixará, quando possível, a localização dos quinhões.

visava evitar a divisão de terras por quotas-partes ideais para que não perdesse o valor da propriedade produtiva rural, a necessidade de considerar as especificidades dos bens envolvidos e as características dos herdeiros.

Isto é, se houvesse herdeiro domiciliado no lugar onde está situado determinado bem, o imóvel deveria ser partilhado preferencialmente àquele herdeiro e, da mesma forma, “ao confrontante se partilhará de preferência o imóvel contíguo; a quem seguir determinada profissão, as cousas que a ela interessam, ao que já for condômino em imóvel do espólio, a parte do condomínio que pertencia ao defunto”.¹²¹

De fato, na sucessão legítima, a igualdade na partilha é princípio capital, enquanto na sucessão testamentária, no que tange à cota disponível, a vontade do testador é vista como balizador, exceto se o testador dispuser em testamento da cota legítima (partilha-testamento), a qual está submetida ao mesmo princípio da igualdade e aos ditames dos princípios que regem a partilha de bens.¹²²

Ainda assim, historicamente, na sucessão testamentária prevalece a vontade do testador e a distribuição de bens segundo esteja expresso no testamento, “desde que não contrário aos textos legais”.¹²³

Pontes de Miranda já reconhecia a necessidade de densificar o conteúdo do princípio de igualdade na partilha, sendo o norteador definido pelo autor para a igualdade como

aquela que não prejudica a algum dos herdeiros; é igualdade que sirva e não dessirva; é igualdade que atende às circunstâncias e aos bens do monte, e não igualdade cega; é a igualdade que respeita as regras que recomendam não se fragmentar demasiado

§ 2º Si as terras houverem sido avaliadas por glebas, serão estas havidas como todos distintos, observando-se, na partilha de cada uma, o disposto no parágrafo anterior, caso a gleba não caiba no quinhão de um só herdeiro.

¹²¹ AMERICANO, Jorge. **Comentários ao Código do Processo Civil do Brasil**. 2º Volume. Arts. 291 a 674. São Paulo: Ed. Saraiva & Cia, 1941. p. 427.

¹²² VELOSO, Zeno. **Comentários ao Código Civil: parte especial: direito das sucessões**. vol. 21, (arts. 1.857 a 2.027); coord. Antonio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 436.

¹²³ MONTEIRO, Washigton de Barros. PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de direito civil**. v. 6: direito das sucessões. 39.ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 366.

a propriedade, nem se darem dois bens em comum a dois herdeiros, se melhor seria dar um a um herdeiro e o outro a outro.”¹²⁴

Nesse contexto, entende o autor que a igualdade quanto ao valor dos quinhões é absoluta e não se pode, por comodidade, atenuá-la. Por outro lado, a igualdade quanto à natureza e à qualidade dos bens é relativa e deve ser atendida se possível, devendo o juiz observar *in casu* as particularidades envolvidas e a possível litigiosidade.

O autor cita como exemplo a comunhão no edifício, *pro indiviso*, que pode ocasionar distribuição que a evite, não sendo recomendável a copropriedade caso haja inimizade entre dois ou mais herdeiros. Por outro lado, não há óbice para que se partilhe a algum herdeiro terra que confronte com a sua propriedade, como a que seja usufrutuário, ou mesmo arrendante, “porque, se isso aumenta o valor não se fere o princípio da igualdade, uma vez que não e diminuiria, com isso, o valor de qualquer outro quinhão.”¹²⁵

Tradicionalmente, portanto, já se reconhece que a igualdade recomendada pela lei deve ser vista segundo um critério relativo, isto é, na repartição dos bens, há que se considerar a natureza dos bens e a condição dos herdeiros, não podendo a igualdade ser contemplada como uma regra abstrata, “pois há casos há em que dar de uma parte de tudo aos herdeiros redundaria, muitas vezes, em incomodidade para todos: a comunhão continuaria e é de evitar-se”, devendo a composição dos quinhões avaliar os bens que forem mais proveitosos aos herdeiros, atendendo-se à idade, profissão ou ocupação.¹²⁶

Nem sempre uma divisão igualitária será possível em razão da natureza dos bens envolvidos, salvo em casos de partilha de valores financeiros ou de outros bens que admitam exata divisão cômoda. Por isso mesmo, a lei menciona que se almeja a “maior igualdade possível” dentro de um critério de relatividade, com variações que atendam aos interesses das partes, a fim de alcançar uma distribuição do

¹²⁴ MIRANDA, Pontes de. **Direito das sucessões: testamentário**: inventário e partilha. Atualizado por Giselda Hironaka, Paulo Lôbo, Euclides de Oliveira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012 (Coleção tratado de direito privado: parte especial; 60). p. 330.

¹²⁵ Ibid., p. 329-330.

¹²⁶ Ibid., p. 329-330.

patrimônio de forma equitativa e cômoda.¹²⁷

A igualdade é vista do ponto de vista quantitativo, mas também qualitativo¹²⁸ e “tanto quanto possível, com o pagamento aos herdeiros deve conter mesma quantidade de móveis, de créditos, de dinheiro, de direito, de imóveis, e quanto a estes, com observância de sua classificação”¹²⁹. Contudo, a igualdade deve ser sopesada para atender a comodidade entre os herdeiros e a prevenção de litígios futuros conforme a previsão expressa do art. 648 do CPC.

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro reconhece que a partilha deve, na medida do possível, ser equitativa quanto à distribuição dos bens pela sua natureza, valor e qualidade, no entanto, pondera que “mais importante do que a rigorosa igualdade na divisão em espécie dos bens componentes do acervo hereditário é a divisão que conceda maior comodidade aos herdeiros e, ao mesmo tempo, possa prevenir futuros litígios”.¹³⁰ Exemplifica o referido autor:

Nessa linha, o princípio da comodidade poderá ensejar que uma fazenda seja atribuída ao herdeiro fazendeiro, enquanto ao herdeiro menor, cujo representante legal é um médico, sejam atribuídos bens de fácil administração. Já o herdeiro dentista, pelo mesmo princípio, deverá receber o consultório de seu falecido pai, também dentista. O cônjuge meeiro, que nunca trabalhou, também deve receber bens de fácil administração, ficando as cotas da empresa do falecido e a administração do negócio para o herdeiro economista e que já administrava a empresa.¹³¹

Inclusive, reconhece o autor a possibilidade de que os herdeiros deliberem

¹²⁷ MIRANDA, Pontes de. **Direito das sucessões: testamentário**: inventário e partilha. Atualizado por Giselda Hironaka, Paulo Lôbo, Euclides de Oliveira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012 (Coleção tratado de direito privado: parte especial; 60). p. 332.

¹²⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões**. vol. VI. 23.ed. Rev. e atual. por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 433.

¹²⁹ Ibid., p. 432-433.

¹³⁰ “Se vários foram os bens imóveis e vários foram os objetos de arte, em princípio, cada herdeiro deverá ser contemplado com ambas as espécies -; pelo seu valor – por exemplo, se existirem vários bens de grande valor e outros de valor menor, em princípio, cada herdeiro deverá ser contemplado também com as duas espécies -; e pela sua qualidade - por exemplo, bens de pequena liquidez e créditos de difícil liquidação também devem ser divididos de forma equânime. É evidente, por outro lado, que tal princípio deverá estar conjugado com os demais princípios, ainda que haja necessidade de utilização do instituto da reposição. Mais importante do que a rigorosa igualdade na divisão em espécie dos bens componentes do acervo hereditário é a divisão que conceda maior comodidade aos herdeiros e, ao mesmo tempo, possa prevenir futuros litígios” CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Inventário e partilha**: judicial e extrajudicial. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 180.

¹³¹ Ibid., p. 180.

sobre a partilha de forma diversa daquela estabelecida pelo autor da herança em testamento “desde que fique demonstrado sem qualquer dúvida que ela ofende os princípios que devem reger a partilha, pois tal situação resultará em prejuízo para determinado ou determinados herdeiros”.¹³²

Ou seja, admite-se que a vontade do testador seja afastada se deixar de observar os interesses dos sucessores, pois a autonomia testamentária deve observar a função do direito sucessório e os critérios para a elaboração da partilha de bens.

1.5.3

Insuficiência dos critérios legais na hipótese de conflito ou inexistência de divisão cômoda entre os herdeiros

A partilha, preferencialmente, deve conduzir à extinção do condomínio resultante da sucessão, já que a situação do condomínio é, por si só, fonte inesgotável de conflitos e deve ser compreendida como um estado tendencialmente provisório.¹³³

Existe interesse público na dissolução do condomínio e na cessação da copropriedade, conforme a norma do art. 1.320 do CC, segundo a qual “a todo tempo será lícito ao condômino exigir a divisão da coisa comum, respondendo o quinhão de cada um pela sua parte nas despesas de divisão”.

Contudo, a depender da composição do acervo hereditário, a partilha de bens não comportará divisão cômoda, e os herdeiros podem permanecer em estado de comunhão, dessa vez, *inter vivos*, seja pela natureza dos bens, seja pela incompatibilidade dos interesses dos agentes envolvidos que não permite encontrar uma equidade entre o valor e natureza dos bens.

A solução conferida pela lei na hipótese de inexistir divisão cômoda consiste na alienação do patrimônio, conforme a previsão do art. 2.019 do CC, ao dispor que o bem que não couber na meação do cônjuge ou no quinhão de um só herdeiro será vendido em hasta pública, salvo se houver concordância para que seja adjudicado por um dos herdeiros, ainda que se precise utilizar o instituto da reposição (§ 1º do

¹³² CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Inventário e partilha**: judicial e extrajudicial. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 182-183.

¹³³ VELOSO, Zeno. **Comentários ao Código Civil: parte especial**: direito das sucessões. vol. 21, (arts. 1.857 a 2.027); coord. Antonio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 432-433.

art. 2.019 do CC e art. 649 do CPC).

Os herdeiros que devem receber o preço terão, para garantia de seus quinhões, ou da torna na partilha, a hipoteca legal sobre o imóvel adjudicado ao herdeiro reponente (art. 1.489, IV, do CC).

Como se vê, quando existe consenso ou divisão equânime de bens pela natureza ou qualidade, vislumbra-se a adjudicação de bens pelos herdeiros em razão da qualidade individual de cada um, “sem perder de vista outros bens de que já sejam possuidores, e tudo mais que concorra para a melhor distribuição dos haveres do monte, como para evitar dúvidas e litígios futuros”.¹³⁴

Na hipótese de existir mais de um interessado para a adjudicação, será realizada a licitação entre os herdeiros, que preferirá à venda judicial (art. 2.019, § 2º, do CC), e quem oferecer maior lance permanecerá com o bem.¹³⁵ A licitação é alvo de diversas críticas, já que, interpretada por um viés estritamente monetário e que favorece o herdeiro abastado e detentor de maiores recursos, sem levar em consideração outros fatores que possam justificar uma tutela diferenciada da propriedade, como o vínculo de moradia ou de trabalho com o bem objeto da licitação.

Pautando-se pelas lições de Clovis Beviláqua, Ana Luiza Nevares afirma que o critério da licitação não é apto para definição da partilha, pois não “se pode preferir o critério puramente monetário”.¹³⁶ De fato, indaga-se: até que ponto o maior lance da licitação deve nortear a partilha quando houver conflito entre os herdeiros? Deveriam ser considerados outros interesses envolvidos para além do aspecto monetário para a solução da questão? Na hipótese de existência de interesse de herdeiros vulneráveis, ou existência de vínculo de trabalho de um herdeiro com o bem, o maior lance pode ser relativizado para considerar o preço justo de mercado e a concretização do interesse daquele que precisa do bem?

Washington de Barros Monteiro entende que a licitação deve ser interpretada

¹³⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões**. vol. VI. 23.ed. Rev. e atual. por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 433.

¹³⁵ VELOSO, Zeno. **Comentários ao Código Civil: parte especial: direito das sucessões**. vol. 21, (arts. 1.857 a 2.027); coord. Antonio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 438.

¹³⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 6.ed. v. IV Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1943. p. 271 (no Addendum). Apud NEVARES, Ana Luiza Maia. **A função promocional do testamento – tendências do direito sucessório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 192.

de forma restritiva e só deve ser realizada quando a adjudicação for requerida ao mesmo tempo por dois ou mais interessados e não houver possibilidade de acordo.¹³⁷ Com efeito, em uma leitura conforme os valores constitucionais, quando se analisam os fatores aptos a influenciar na partilha, a observância da função social da propriedade permite sopesar a aplicação do critério da licitação de forma para além do critério monetário. O maior lance poderia ser relativizado se estivessem em jogo outros interesses tutelados pelo ordenamento em ponderação no caso concreto.

Como último mecanismo para a solucionar o dissenso, está o sorteio previsto no art. 817 do CC¹³⁸, isto é, na hipótese de não haver outra forma de dividir os bens, será o juiz forçado a recorrer ao sorteio como forma de inibir o litígio pela disputa da herança. Dito critério também é alvo de diversas críticas, já que pode ser inclusive uma fonte de maiores litígios. Para Washigton de Barros Monteiro, o critério do sorteio é um “resquício das antigas ordálias ou juízos de Deus, tolerado na espécie sem maiores objeções porque não constitui fruto da paixão mas do louvável propósito de coibir iminente litígio entre os herdeiros”.¹³⁹

1.6

Os critérios norteadores da divisão patrimonial: atenção à função social da propriedade e interesse dos herdeiros

Como analisado no item 1.5., a atribuição dos bens em partilha *causa mortis* deve considerar a maior igualdade possível dos quinhões, com as ponderações quanto à comodidade entre os herdeiros e à prevenção de litígios futuros. Com efeito, a aplicação dos critérios parece de fácil solução quando há um patrimônio composto por bens da mesma natureza, valores semelhantes, além de interesses compatíveis entre os envolvidos.

Contudo, quais são os parâmetros de aplicação dos critérios legais para a efetivação de uma partilha quando não há consenso entre os herdeiros? Ou quando existem interesses juridicamente relevantes a serem ponderados e os bens do acervo

¹³⁷ MONTEIRO, Washigton de Barros. PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de direito civil**. v. 6: direito das sucessões. 39.ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 369.

¹³⁸ NEVARES, Ana Luiza Maia. **A função promocional do testamento – tendências do direito sucessório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 193.

¹³⁹ MONTEIRO, Washigton de Barros. PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. Op. Cit., p. 367-368.

não comportarem cômoda divisão?

As controvérsias para a concretização da partilha de bens se iniciam quando os bens são de natureza diversa e existe conflito entre os sucessores quanto à predominância dos interesses que recaem sobre o patrimônio, ou ainda quando as disposições testamentárias não observam os interesses dos herdeiros, estabelecendo uma divisão patrimonial que não reflete a promoção daqueles que irão receber o patrimônio.

Além disso, em diversos casos, quando se está diante de um patrimônio heterogêneo e complexo e de bens de natureza diversa, a análise do critério da igualdade sob o viés eminentemente quantitativo — isto é, considerando um equilíbrio entre os quinhões tão somente do ponto de vista monetário — parece ineficiente para proporcionar uma divisão adequada.

De fato, tão relevante quanto observar o limite quantitativo da legítima estabelecido pela legislação, mostra-se atentar para a divisão patrimonial sob o viés qualitativo, em atenção a parâmetros que remetam à natureza e à qualidade dos bens transmitidos, conforme questionam Ana Carolina Brochado Teixeira e Alexandre Miranda Oliveira:

O comando normativo determina a atenção tanto quanto ao valor - ou ao aspecto quantitativo - do patrimônio, quanto à “natureza e qualidade” dos bens inventariados. Em se tratando de bens de natureza e de qualidade diversa, como atender ao comando de igualdade que seja efetivamente substancial, e não apenas formal, escondendo-se atrás de bens em valores teoricamente iguais, mas de significados e projeção no mercado bastante diversos?¹⁴⁰

Tanto na elaboração da partilha *inter vivos* (partilha em vida ou testamentária), como aquela a ser celebrada *post mortem*, no processo de inventário judicial, a partilha de bens deve observar a limitação quantitativa decorrente da intangibilidade da legítima, mas igualmente ser norteadas pelo aspecto qualitativo

¹⁴⁰ OLIVEIRA, Alexandre Miranda. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Qualificação e quantificação da legítima: critérios para partilha de bens. In: **Arquitetura do Planejamento Sucessório**. Daniele Chaves Teixeira (Coord). Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 34. “Quando se está diante de bens na mesma natureza ou um único bem, nenhum problema se apresenta, pois a hipótese a se analisar é, de fato, apenas quantitativa. As controvérsias se iniciam quando estão “em jogo” bens de natureza diversa, em que também é necessário aplicar o critério qualitativo, pois a análise unívoca pela quantidade é insuficiente. Estamos a invocar, portanto, um parâmetro que remete à natureza e à qualidade dos bens transmitidos, de modo a evitar quaisquer desigualdades formais.”

para considerar a natureza dos bens envolvidos e, em especial, os interesses que recaem sobre o bem.

Nessas hipóteses, as soluções proporcionadas pela lei se mostram insuficientes para resolução dos possíveis conflitos, já que não há como se falar na adjudicação do bem por um dos herdeiros quando há disputa pelo bem e, da mesma forma, uma interpretação conforme a Constituição permite observar que a aplicação da solução mediante licitação, através de critério puramente monetário, ou do sorteio, não promovem uma divisão que concretize os efetivos interesses dos herdeiros envolvidos.

Apesar da reforma do CPC de 2015, ainda parecem tímidas as mudanças no âmbito do inventário e partilha no que tange à concretização da partilha de bens com aplicação das normas fundamentais trazidas pela legislação voltadas à promoção da dignidade pela busca de maior efetividade ao processo civil e atenção às especificidades dos interesses envolvidos, e, a despeito de acertada a posição do legislador ao retomar os critérios da partilha de bens no art. 648 do CPC, como já existia na Codificação revogada de 1939, ditos critérios por si só não parecem suficientes para a concretização da divisão patrimonial equilibrada, sem que se analisem os parâmetros para interpretação nos casos concretos.

O tema foi abordado por Ana Luiza Nevares no âmbito da autonomia privada testamentária e a função promocional desempenhada pelo testamento. Propôs a autora em sua tese de doutorado que os princípios de maior igualdade, comodidade entre os herdeiros e prevenção de litígios sejam interpretados de forma fluida e aberta, de forma a serem permeados por outros critérios no partilhar os bens relativos à natureza do bem transmitido e à pessoa do sucessor:

Poder-se-ia argumentar que ao se valer do art. 2.014, deverá o testador observar as regras da partilha que estão nos dispositivos seguintes, relativas à maior igualdade possível (CC/02, art. 2018) e a não comunhão entre os herdeiros (CC/02, art. 2.019). No entanto tais critérios são fluidos e abertos, não havendo parâmetros específicos para sua aplicação, salvo aqueles que culminam, em última instância, numa demonstração de desigualdade quantitativa em relação aos quinhões estabelecidos na partilha elaborada por testamento.¹⁴¹

Como pontuou a autora, não existem parâmetros específicos para a aplicação

¹⁴¹ NEVARES, Ana Luiza Maia. **A função promocional do testamento – tendências do direito sucessório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 200.

dos referidos critérios, salvo aqueles que ensejam uma desigualdade quantitativa entre os quinhões tendo em vista a intangibilidade da cota legítima dos herdeiros necessários.

Quanto à partilha testamentária celebrada pelo autor da herança, reconhece a autora que não há na lei a vedação à liberdade testamentária qualitativa, isto é, com a definição em testamento de quais bens devem compor o quinhão dos herdeiros necessários, desde que o testador se atenha à limitação quantitativa da parte legítima dos herdeiros necessários.¹⁴²

1.6.1

Os parâmetros da necessidade e função social da propriedade

Não há no Brasil a previsão de vinculação preferencial de determinado bem a algum herdeiro, como é o caso da lei francesa, que no art. 831 do *Code Civil* prevê o instituto da atribuição preferencial, no qual é possível dita vinculação conforme as particularidades dos sucessores, em derrogação das regras gerais de divisão hereditária, em razão de sua ligação específica com o bem, mediante a reposição em dinheiro ao monte da parte que exceder o seu quinhão.

O instituto da atribuição preferencial foi objeto de análise por Ana Luiza Nevares, que observou que “a vinculação de certos sucessores a específicos bens integrantes do acervo hereditário, conforme as particularidades dos primeiros, dá-se em especial, quando o bem serve ou é indispensável/relevante à moradia ou ao

¹⁴² Apesar de existir controvérsia a respeito da possibilidade de estipulação dos bens no quinhão dos herdeiros necessários, filia-se a posição adotada por Ana Luiza Nevares ao reconhecer que não existe na legislação a vedação à liberdade de testar qualitativa, já que o Código Civil permite ao testador a partilha de bens por ato entre vivos ou de última vontade, contanto que não prejudicasse a legítima dos herdeiros necessários. “*Ora, se a lei permitia ao ascendente elaborar a partilhas de seu patrimônio, permita-lhe determinar que bens devam integrar os quinhões dos herdeiros necessários.*” NEVARES, Ana Luiza Maia. **A função promocional do testamento – tendências do direito sucessório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 196. Conforme pontua a autora quanto à controvérsia: “De acordo com os ensinamentos de Estevam de Almeida, distinguem os autores a liberdade testamentária quantitativa ou quanto ao valor, da liberdade testamentária qualitativa, ou quanto à espécie ou natureza dos bens. Não há dúvida em afirmar que o Código Civil não contempla a liberdade quantitativa, que significa a liberdade de testar plena, a negação da legítima, pois, impede que aquele que tenha herdeiro necessário disponha de mais da metade de seus bens.” p. 194. “A controvérsia surge em relação à liberdade testamentária qualitativa e os seus debates são encontrados, em especial, na análise do instituto da conversão dos bens da legítima em outros de espécie diversa, que foi proibido pelo legislador do Código Civil (CC/02, art. 1.848, § 2º).” p. 195

exercício profissional do herdeiro”.¹⁴³

Por essa perspectiva sucessória qualitativa, a preocupação quanto ao valor pecuniário do bem é sopesada pela destinação da propriedade no acervo hereditário. A posição adotada pela referida autora pautada no instituto francês considera os seguintes aspectos: (i) com o falecimento, os sucessores se tornam os proprietários do patrimônio; (ii) a ordem social estará violada se o falecimento do autor da herança colocar em xeque a fruição do bem que é determinante para o modo de existir dos sucessores ou da sociedade; (iii) a destinação do bem é suscetível de determinar o modo de vida das pessoas que sobrevivem ao *de cujus*; (iv) é preciso atribuir em natureza os bens importantes quanto à sua destinação ao sucessor mais conveniente, sendo este o sucessor que já utilizava o bem ou o que melhor seria investido na posição que ainda pertencia ao autor da herança.¹⁴⁴

Apesar de não existir no direito brasileiro o instituto da atribuição preferencial de determinado bem a um herdeiro específico, filia-se ao pensamento da autora de que a aplicação dos critérios da maior igualdade possível, da comodidade e da prevenção de litígios futuros, segundo a normativa constitucional, permite o estabelecimento da partilha consoante à vinculação de determinados sucessores a específicos bens integrantes do acervo, conforme as particularidades dos primeiros (p. 193-194).

A ponderação dos interesses envolvidos para a definição dos quinhões hereditários deve levar em consideração dois parâmetros, quais sejam, a necessidade do sucessor e a função social da propriedade.¹⁴⁵

Quanto à necessidade, o vetor norteador interpretativo de sua definição pauta-se pela “ausência de algo material indispensável à concretização de uma vida

¹⁴³ “O tema foi objeto da tese de doutorado de François Xavier Testu em 1983, apresentada no programa de doutorado da Université de Paris X. Na análise empreendida, o autor alerta que na perspectiva da sucessão. [...] O referido autor exemplifica a questão com outros bens cujas características condicionam fortemente ou determinam a vida social dos indivíduos, a saber todos os bens e direitos constitutivos de uma empresa comercial, industrial ou artesanal ou uma exploração agrícola, o local profissional, o material necessário ao exercício de uma profissão liberal, aduzindo que para os mesmos a devolução sucessória não deve ser realizada ao acaso, mas de maneira racional.” NEVARES, Ana Luíza Maia. **A função promocional do testamento – tendências do direito sucessório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 203-205.

¹⁴⁴ Ibid., p. 207.

¹⁴⁵ Ibid., p. 207

digna”.¹⁴⁶ Tal concepção demanda a aproximação com o direito alimentar que permeia o instituto sucessório, já que ambos os institutos visam, mediante normas de ordem pública, assegurar a solidariedade econômica entre os membros da família.¹⁴⁷

A aproximação dos institutos é promovida sob o fundamento de que “aproximar o direito sucessório da disciplina dos alimentos ajuda a trazer transformação e concretização da solidariedade familiar fundada em assistência aos efetivamente necessitados”.¹⁴⁸ Nesse contexto, a maior proteção dos herdeiros vulneráveis, bem como daqueles considerados vulnerados, tem especial promoção quando se analisa o critério da necessidade.

Além do critério da necessidade, o olhar sobre a propriedade deve estar atento à função social que desempenha tanto para a sociedade como para os sucessores, já que os bens não são um fim em si mesmos¹⁴⁹, buscando a tutela da propriedade promover a dignidade daqueles que, com o falecimento do autor da herança, se tornam os novos titulares do patrimônio. Por isso, pontua Ana Luiza Nevares que:

A verificação do vínculo que une a pessoa ao bem é indispensável para identificar os parâmetros do regime jurídico dispensado ao bem, que, exatamente para garantir a observância de sua função social, deverá ter como foco a pessoa vinculada ao mesmo.

No âmbito da partilha feita por meio do testamento, portanto, se o vínculo que unir a pessoa ao bem tiver relevância social, isto é, relação direta com a concretização de uma vida digna, a aplicação do regime jurídico justificará a limitação ao exercício da autonomia privada quanto à destinação dada ao titular para o referido bem.

¹⁴⁶ NEVARES, Ana Luiza Maia. **A função promocional do testamento – tendências do direito sucessório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 209

¹⁴⁷ WALD, Arnoldo. **Direito das sucessões**. Com a colaboração do professor Roberto Rosas e da Professora Débora Gozzo. 12.ed. Rev. ampl. e atual. de acordo com a legislação vigente, jurisprudência dos tribunais e o novo código civil (Lei nº. 10.406, de 10.01.2002). São Paulo: Saraiva, 2002. p. 166.

¹⁴⁸ SCHREIBER, Anderson; Viégas, Francisco de Assis. Por uma releitura funcional da legítima no direito brasileiro. In: **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. vol. 19. ano 6. p. 211-250. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2019. p. 243.

¹⁴⁹ NEVARES, Ana Luiza Maia. Op. Cit., p. 209.

Com efeito, o autor da herança, ao deliberar a divisão patrimonial, deve observar funcionalmente os valores da ordem jurídica, sendo a autonomia privada limitada à sua função social (art. 421 do CC).¹⁵⁰

Conforme Ana Carolina Brochado e Alexandre Oliveira, busca-se através da partilha de bens “corrigir eventuais distorções no sistema do direito das sucessões, cuidando para que a função social da propriedade se implemente, também, neste ramo do direito civil, além de preservar a efetiva solidariedade familiar entre os herdeiros”.¹⁵¹

Nesse sentido, para a aplicação dos princípios da igualdade, comodidade e prevenção de litígio futuros, consideram-se interesses juridicamente tuteláveis, como eventuais vulnerabilidades dos herdeiros quanto à idade, saúde; vínculos que os herdeiros tenham com algum bem do acervo, decorrentes da profissão, moradia, ocupação do bem; a manutenção dos bens, liquidez, potencial de exploração econômica, observando-se as condições financeiras e inclinações pessoais de cada herdeiro.¹⁵²

Por essa perspectiva, uma leitura aberta e fluida dos critérios estabelecidos pela lei permite uma aplicação dos critérios legais atenta aos interesses tutelados pelo ordenamento, com a ponderação dos interesses envolvidos, pelo viés da necessidade, decorrente da solidariedade, bem como da função social da propriedade, aproximando o procedimento de inventário e partilha de bens da leitura à luz dos valores constitucionais.

No procedimento de inventário sob a normativa principiológica desenvolvida pelo CPC de 2015, que visa trazer efetividade à realização do direito das partes envolvidas, a tutela provisória do art. 647, parágrafo único, do CPC, representa mecanismo procedimental apto a trazer maior concretude à aplicação ora proposta, tornando o inventário um espaço de maior promoção dos interesses dos herdeiros envolvidos na sucessão, com especial atenção à natureza dos bens envolvidos e a

¹⁵⁰ SCHREIBER, Anderson; Viégas, Francisco de Assis. Por uma releitura funcional da legítima no direito brasileiro. In: **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. vol. 19. ano 6. p. 211-250. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2019. p. 232.

¹⁵¹ OLIVEIRA, Alexandre Miranda. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Qualificação e quantificação da legítima: critérios para partilha de bens. In: **Arquitetura do Planejamento Sucessório**. Daniele Chaves Teixeira (Coord). Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 37.

¹⁵² Ibid., p. 37.

função social da propriedade, conforme se passa a analisar no 2º capítulo.

2

A tutela provisória no Código de Processo Civil de 2015

2.1

Breves considerações sobre a introdução do art. 647, parágrafo único, do CPC

A partilha de bens consiste na terceira e última etapa do procedimento de divisão patrimonial decorrente da transmissão *causa mortis*. Nessa última etapa, a herança perde o caráter indivisível, e os herdeiros recebem os bens a que fazem jus de acordo com os critérios estabelecidos pela lei para a divisão patrimonial, observando, ainda, as disposições testamentárias.

Nesse sentido, a seção VIII por meio do art. 647 do CPC inicia as normas que norteiam a realização da partilha de bens em inventário. Uma vez feito o pagamento das dívidas do espólio (arts. 642 a 646 do CPC) e trazidos à colação os bens para igualar a herança legítima dos herdeiros necessários (arts. 639 a 641 do CPC), é facultado às partes formular pedidos de quinhão na forma do art. 647, no prazo de 15 dias úteis¹⁵³, prazo após o qual será proferida decisão de deliberação da partilha resolvendo os pedidos das partes e designando os bens que devem constituir quinhão de cada herdeiro.¹⁵⁴

Como exposto no primeiro capítulo, não se vislumbra a deliberação da partilha, com o pedido de quinhão na forma do art. 647 e a consequente utilização dos critérios previstos pela lei, através do art. 648 do CPC e art. 2.017 do CC, para as hipóteses de partilhas que sejam alcançadas de comum acordo entre os herdeiros, como é o caso da partilha em vida (art. 2.018 do CC), na qual não há inventário, e a partilha amigável de bens, que permite aos herdeiros que façam de comum acordo a divisão patrimonial na forma do art. 2.015 do CC, inclusive de forma extrajudicial.

¹⁵³ “Vale dizer que, conforme o art. 219, caput, do CPC/2015 “na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis” O prazo é comum, logo, os autos (quando físico o processo) devem permanecer em cartório. BUENO, Cassio Scarpinella. ARAÚJO, Luciano Vianna. **Comentários ao Código de Processo civil - volume 3** (arts. 539 a 925) / Cassio Scarpinella Bueno (coordenador). São Paulo: Saraiva, 2017. p. 245.

¹⁵⁴ Contra a decisão que deliberar a partilha caberá o recurso de agravo de instrumento, conforme previsão no art. 1.015, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Desse modo, as normas norteadoras da partilha incidem diretamente nas hipóteses em que não há consenso entre os herdeiros, e caberá ao juiz a definição dos bens que deverão compor o quinhão dos herdeiros.

Com efeito, o pedido de quinhão previsto no art. 647 do CPC não é novidade e correspondia ao art. 1.022 da codificação processual revogada de 1973.

A inovação, no entanto, consiste na introdução do parágrafo único do art. 647, que autoriza o deferimento antecipadamente, mediante decisão fundamentada, do direito de usar e fruir de determinado bem com a condição de que, ao término do inventário, o bem integre o quinhão do herdeiro, cabendo a este os ônus e bônus desde o deferimento. Eis o teor da norma:

Art. 647, parágrafo único: O juiz poderá, em decisão fundamentada, deferir antecipadamente a qualquer dos herdeiros o exercício dos direitos de usar e de fruir de determinado bem, com a condição de que, ao término do inventário, tal bem integre a cota desse herdeiro, cabendo a este, desde o deferimento, todos os ônus e bônus decorrentes do exercício daqueles direitos.

O parágrafo único do art. 647 trouxe para o âmbito do inventário a previsão específica de tutela provisória, que foi recepcionada pela doutrina como forma de trazer maior eficiência para a partilha dos bens da herança segundo a tábua axiológica da Constituição Federal, fazendo valer os vínculos dos herdeiros com os bens da herança.¹⁵⁵

Como demonstrado no primeiro capítulo, a legislação brasileira não possui previsão específica de atribuição preferencial em derrogação à unidade da sucessão, como é o caso das legislações estrangeiras, e, nesse cenário, a previsão legal da tutela provisória em sede de inventário tem o potencial de concretizar a aplicação do direito material envolvido na transmissão *causa mortis*, tornando o fenômeno sucessório um espaço de maior promoção dos interesses dos herdeiros e do acervo hereditário transmitido.

A proposta de positivação do parágrafo único foi elaborada por Luciano Vianna Araújo durante as discussões que ocasionaram a reforma do CPC de 2015,

¹⁵⁵ NEVARES, Ana Luiza Maia. Em que medida o Código de Processo Civil de 2015 trouxe maior efetividade para o direito sucessório? In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Direito Civil, Constituição e Unidade do Sistema**: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – V Congresso IBDCivil. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 379-380.

introduzida pelo PLS n 166/2010, mediante proposta enviada ao professor Cássio Scarpinella Bueno, integrante da comissão técnica de apoio à elaboração do relatório-geral do Senado Federal. Eis a justificativa do professor Luciano Vianna Araújo para a proposição da norma:

Justificativa: Não seria o caso de se pensar (e positivar expressamente numa ‘antecipação dos efeitos da tutela’ no inventário? Explico melhor. Por diversas vezes, um dos herdeiros exerce sozinho a posse sobre determinado bem do espólio, o que acarreta diversas discussões a respeito da responsabilidade pelo pagamento dos encargos (tributos, taxas condominiais etc.) e do direito aos frutos (aluguéis). Poder-se-ia atribuir, por uma decisão interlocutória, a posse de certo bem ao herdeiro com o direito de usá-lo e fruí-lo, com a previsão expressa de que, ao término do inventário, tal bem seja partilhado necessariamente àquele herdeiro.”¹⁵⁶

A proposta de Luciano Vianna Araújo, incorporada quase na integralidade pela legislação processual, mostra-se necessária e de ordem prática para trazer maior segurança, efetividade e a concretização do direito de *saisine* aos herdeiros, com a fruição da herança antes do término do inventário, sobretudo quando se está diante do processo de inventário judicial que, no dia a dia forense, mostra-se moroso e acaba por se afastar da conservação do acervo hereditário transmitido.

Ainda, a referida norma vai ao encontro de princípios preconizados pela legislação processual para a concretização de um processo de inventário mais eficiente, já que, ao permitir a fruição dos bens pelos sucessores antes do término do inventário, permite aos herdeiros maior celeridade no recebimento da herança e, igualmente, tem a função promocional de permitir uma transmissão, ainda que provisória, atenta às especificidades da herança em questão devendo ser a decisão interlocutória fundamentada.

Isso porque, somente com a partilha, se individualizam os bens que competirão a cada um dos interessados e, até esse momento, os herdeiros permanecem em estado de indivisão que perdura durante todo o processo (condomínio).

Nessa perspectiva, a inclusão do art. 647, parágrafo único, do CPC/2015 faculta ao herdeiro que exerça, desde logo, dois (usar e fruir) dos três (usar, fruir e

¹⁵⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. ARAÚJO, Luciano Vianna. **Comentários ao Código de Processo civil - volume 3** (arts. 539 a 925) / Cassio Scarpinella Bueno (coordenador). São Paulo: Saraiva, 2017. p. 249.

dispor) atributos da propriedade¹⁵⁷, o que consiste em uma forma de concretizar o *droit de saisine* no ordenamento, isto é, trazer efetividade à transmissão jurídica dos bens aos interessados antes da partilha de bens.¹⁵⁸

Embora a norma em questão consista em hipótese específica de tutela provisória em inventário, em inovação trazida em 2015, a sua classificação dentro do regime de tutelas provisórias ainda se mostra pouco explorada e objeto de controvérsia, o que, consequentemente, torna o seu escopo de aplicação limitado em decorrência da falta de definição quanto aos seus parâmetros interpretativos.

Os entendimentos quanto à natureza da norma, ainda pouco explorados pela doutrina, mostram-se diversos, podendo-se destacar: (i) o enquadramento da norma como tutela provisória de caráter satisfativo, que poderia ser vinculado à evidência e à urgência¹⁵⁹; (ii) o tratamento da norma como uma tutela específica de evidência¹⁶⁰; (iii) há ainda quem sustente a classificação de dita norma como uma hipótese de usufruto legal¹⁶¹.

De fato, a falta de enquadramento da tutela provisória em questão naturalmente ocasiona uma insegurança na sua aplicação pelos tribunais e uma confusão quanto à natureza jurídica da tutela provisória envolvida.

Nesse sentido, tem-se observado o posicionamento da jurisprudência para invocar a inaplicabilidade da norma quando enquadrada como tutela da evidência, sob o entendimento de que o direito não está evidente¹⁶², por não se ter

¹⁵⁷ Art. 1.228 do Código Civil de 2002. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha

¹⁵⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. ARAÚJO, Luciano Vianna. **Comentários ao Código de Processo civil - volume 3** (arts. 539 a 925) / Cassio Scarpinella Bueno (coordenador). São Paulo: Saraiva, 2017. p. 252-253.

¹⁵⁹ SILVA, Ricardo Alexandre da. LAMY, Eduardo. **Comentários ao Código De Processo Civil. v. IX** (arts. 539 ao 673). 2.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 442-444.

¹⁶⁰ Nesse sentido: DOTTI, Rogéria Fagundes. **Tutela da evidência: probabilidade, defesa frágil e o dever de antecipar a tempo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 290. ROSA, Conrado Paulino da. **Inventário e Partilha**. 4.ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2022. p. 415

¹⁶¹ NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado** (livro eletrônico). 3.ed. em e-book baseada na 17.ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 1.490.

¹⁶² “Hipótese em que ainda não se tem conhecimento do monte partilhável, sendo impossível afirmar que o escritório de advocacia pertencerá ao quinhão do agravante.” (TJSP, Agravo de Instrumento 2100934-68.2019.8.26.0000, 5ª Câmara de Direito Privado, Des. Relator Fábio Podestá, data do julgamento: 02/07/2019, data de registro: 02/07/2019).

conhecimento ainda da totalidade do monte ou por haver litígio entre os herdeiros. Percebe-se que não estão claros os parâmetros de aplicação para caracterização do direito evidente e os alcances da tutela provisória em questão.

Sustenta-se ainda a equivocada interpretação das condições previstas na norma em equiparação a um julgamento antecipado do mérito.¹⁶³ Em outros casos, ainda, entende-se por enquadrá-la como tutela de urgência, afirmando que somente poderia ser tutela da evidência caso todos os herdeiros estivessem em consenso.

Diante disso, neste segundo capítulo, busca-se analisar a classificação da tutela provisória do parágrafo único do art. 647 do CPC, a fim de definir o seu enquadramento na sistemática das tutelas provisórias. Para tanto, necessário, primeiramente, estabelecer as balizas quanto ao instituto da tutela provisória, isto é, quais suas principais características e suas espécies (urgência e evidência), a fim de que, posteriormente, seja analisada a tutela específica no art. 647, parágrafo único, do CPC.

2.2

O instituto da tutela provisória após o Código de Processo Civil de 2015

A tutela antecipada foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro através do art. 273 do CPC de 1973¹⁶⁴, no ano de 1995, através da Lei nº. 8.952, de

¹⁶³ “(...) dispositivo que condiciona tal antecipação a que, ao término do inventário, o bem integre a cota do herdeiro pleiteante. doutrina que aponta a necessidade de certeza de que o bem integrará a cota de tal herdeiro, vez que o deferimento do pedido, embora antecipado, tem eficácia definitiva (...)” (TJSP, Agravo de Instrumento 2175818-68.2019.8.26.0000; 6ª Câmara de Direito Privado, Relator Des. Vitor Guglielmi, data do julgamento: 03/10/2019, data de registro: 03/10/2019)

¹⁶⁴ Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3º A execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588.

§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º e 461-A.

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

13.12.1994, e a posterior Lei 10.444/2002. Até então, o ordenamento contava apenas com as medidas cautelares, as quais eram invocadas para proteção das situações que demandassem antecipação dos efeitos de tutela final pretendida. As medidas cautelares eram previstas no art. 796 e seguintes do CPC de 73.

Na vigência do Código revogado, criticava-se a falta de tratamento sistemático destinado ao instituto da tutela provisória.¹⁶⁵ Quando da entrada em vigor da codificação de 2015, o tema ainda se tratava de relativa novidade no ordenamento jurídico, e muito do que foi incorporado no Código de 2015 decorreu da experiência ainda recente nos últimos 20 anos de vigência da tutela antecipada no Código Processual de 1973.¹⁶⁶

O CPC de 2015 foi elogiado pela doutrina processualista em razão da sistematização do instituto, denominando-o de tutela provisória, que é gênero do qual decorrem duas espécies: a tutela de urgência e a tutela da evidência (art. 294 do CPC), entendidas também como tutelas urgentes e não urgentes.¹⁶⁷

Com efeito, a tutela jurisdicional pode ser definitiva ou provisória, sendo a definitiva obtida com base em cognição exauriente, mediante o devido processo legal, contraditório e ampla defesa e que ocasiona resultados imutáveis (coisa julgada).

A nomenclatura tutela provisória, adotada pela legislação, leva em

§ 5 ° Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.

§ 6 ° A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

§ 7 ° Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

¹⁶⁵ “O revogado CPC/73 já previa medidas cautelares em seus arts. 796 s. vindo o legislador a introduzir entre nós, de forma generalizada, a antecipação de tutela, primeiramente pela Lei n. 8.952/94, depois mais amplamente pela Lei 10.444/2002. O CPC/2015, por sua vez, veio a concentrar no geral, o tratamento da matéria nos arts. 294 a 311, o que é elogiável”. ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela Provisória**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 20.

¹⁶⁶ “Entendia-se que as tutelas provisórias se encontravam de técnica imprecisa na legislação revogada. Isso porque a antecipação de efeitos da tutela definitiva prevista no art. 273 que reunia hipóteses nas quais existia o requisito de urgência com outras nas quais era suficiente a verossimilhança (inciso II e § 6°). Nos artigos 796 e seguintes, tratava-se das tutelas urgentes meramente conservativas, mas também de conteúdo antecipatório, pois, satisfativas. A dicotomia não contribuía para a compreensão da modalidade de tutela jurisdicional cujas características mais importantes são o escopo e a provisoriedade.” BEDAQUE, José Roberto dos Santos. BUENO, Cassio Scarpinella. **Comentários ao código de processo civil**. Volume 1 (arts. 1° a 317) Cassio Scarpinella Bueno (coordenador). São Paulo: Saraiva, 2017. p. 917.

¹⁶⁷ Ibid., p. 917.

consideração a característica primordial dessa modalidade de tutela — a provisoriedade —, apta a distingui-la da tutela definitiva, cuja finalidade é eliminar a crise de direito material.¹⁶⁸

A finalidade da tutela provisória consiste em assegurar a utilidade prática das tutelas definitivas, estas últimas aptas a solucionar o litígio.¹⁶⁹ Caracterizam-se como tutelas jurisdicionais não definitivas fundadas em cognição sumária, isto é, fundadas em exame menos profundo da causa e capazes de levar à prolação de decisões baseadas em juízo de probabilidade (e não de certeza).¹⁷⁰ As tutelas provisórias podem ter natureza cautelar ou antecipada como se demonstrará adiante.

Uma vez deferida a tutela provisória, a sua eficácia é conservada durante a pendência do processo. Contudo, a característica da provisoriedade permite que seja revogada ou modificada a qualquer tempo (art. 296, CPC), o que pode ocorrer devido a novos elementos decorrentes do aprofundamento das questões até o alcance da tutela exauriente, “isto é, uma cognição capaz de permitir a formação de decisões fundadas em juízos de certeza”.¹⁷¹

De fato, as tutelas provisórias consistem em técnica de aceleração decisional, marcadas por sua cognição não exauriente, aptas a revelar a plausibilidade do direito afirmado, importantes por trazer à parte uma solução, mesmo que provisória, mais rápida “cuja função é impedir que o tempo de duração do processo possa comprometer sua efetividade. É a eterna luta do sistema processual contra o tempo”.¹⁷²

Em termos de procedimento de inventário, trata-se de constante luta contra o tempo, em especial, nos casos litigiosos. Por isso, essencial a busca por mecanismos que tragam maior efetividade ao procedimento de transmissão *causa mortis*, como é o caso da previsão específica de tutela provisória do art. 647, parágrafo único, do

¹⁶⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. BUENO, Cassio Scarpinella. **Comentários ao código de processo civil**. Volume 1 (arts. 1º a 317) Cassio Scarpinella Bueno (coordenador). São Paulo: Saraiva, 2017. p. 921.

¹⁶⁹ Ibid., P. 916.

¹⁷⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 3ª.ed. – São Paulo: Atlas. 2017. p. 159.

¹⁷¹ Ibid., p. 159.

¹⁷² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. BUENO, Cassio Scarpinella. Op. Cit., p. 917.

CPC.

Importante notar, no entanto, que a cognição sumária é elemento intrínseco da tutela provisória, o que a diferencia do julgamento antecipado do mérito. Ou seja, caso a instrução processual estivesse encerrada ou fosse desnecessária, o caso demandaria o julgamento do mérito com a cognição exauriente (CPC, art. 355) e não de aplicação do instituto da tutela provisória, pois a tutela provisória pressupõe a continuidade do devido processo legal, com a realização da atividade probatória. “Não faz sentido conceder tutela provisória se já existem condições para a apreciação do mérito com a cognição exauriente, que traz a vantagem da produção da coisa julgada material.”¹⁷³

Por isso, não há que se confundir a produção dos efeitos da tutela antecipada com realização do direito material buscado pela tutela exauriente. A tutela antecipada proporciona apenas a fruição de efeitos do possível direito, o que não se confunde com o reconhecimento antecipado de sua existência.¹⁷⁴

A decisão que defere a tutela provisória será substancialmente fundamentada (art. 298 do CPC) e efetivada aplicando-se no que couber as normas referentes ao cumprimento provisório de sentença (art. 297, parágrafo único, do CPC). Daí a importância do contraditório (art. 9º e 10º do CPC), devendo o magistrado ouvir as partes antes de conceder tutela provisória de qualquer natureza. Não se caracterizando caso excepcional de concessão de medida liminar (parágrafo único do art. 9º do CPC), em regra deve o contraditório ser observado para não gerar um injustificado estado de incerteza jurídica.

A confirmação da tutela deve dar-se por sentença após o devido processo legal, o que demanda o tempo do processo, desenvolvendo-se através do contraditório, da ampla defesa e da produção de provas, devendo, em contrapartida,

¹⁷³ DOTTI, Rogéria Fagundes. **Tutela da evidência**: probabilidade, defesa frágil e o dever de antecipar a tempo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 177-178.

¹⁷⁴ “Em síntese, antecipar a possibilidade de o titular de direito provável gozar de seus efeitos não significa reconhecer antecipadamente sua existência. Assegura-se-lhe apenas que, acolhida definitivamente a pretensão no momento oportuno, a respectiva tutela jurisdicional tenha utilidade. É exatamente o mesmo resultado proporcionado pela cautelar conservativa, mediante providências de outra natureza, destinadas apenas a preservar a efetividade do resultado, sem permitir a imediata fruição de seus efeitos, porque desnecessária essa antecipação para o escopo pretendido.” BEDAQUE, José Roberto dos Santos. BUENO, Cassio Scarpinella. **Comentários ao código de processo civil**. Volume 1 (arts. 1º a 317) Cassio Scarpinella Bueno (coordenador). São Paulo: Saraiva, 2017. p. 918.

garantir a efetividade do processo civil para resguardar a realização do direito material pleiteado, o que impõe a ideia de celeridade processual, para que a demora do processo não ocasione prejuízo à parte, cuja pretensão esteja amparada em argumentos plausíveis e verossímeis.¹⁷⁵

Aliás, considerando a função de aceleração decisional, o art. 1.012, V, do CPC/2015 determina que a sentença que confirme, conceda ou revogue tutela provisória produza efeitos imediatos. No âmbito do inventário, ainda, a sentença que julgar a partilha deverá observar previamente os trâmites do procedimento especial desenvolvidos no primeiro capítulo, com a apuração e avaliação do monte, cálculo e pagamento do imposto e divisão dos quinhões.

A técnica da tutela provisória permite tratamento diferenciado aos direitos que correm risco de lesão e aos direitos evidentes. Conforme sintetiza Eduardo Arruda Alvim ao mencionar as duas preocupações do legislador na disciplina da tutela provisória:

Primeiro, teve que resguardar situações de urgência. Daí porque, por exemplo, o art. 300 do CPC/2015 permite a concessão de tutela provisória quando houver perigo de dano ou ainda risco ao resultado útil do processo. Mas essa situação não foi o único alvo do legislador ao tratar da tutela provisória. Preocupou-se também em ensinar ao autor a obtenção da tutela provisória quando a defesa do réu se mostrar inconsistente, isto é, quando for abusiva ou não conseguir se sobrepor à probabilidade que vier a decorrer da fundamentação do autor, como prevê o art. 311 do CPC/2015.¹⁷⁶

A preocupação com a distinção entre as situações urgentes e não urgentes ocasionou a separação da tutela provisória em duas espécies: (i) tutela de urgência e; (ii) tutela da evidência, analisadas abaixo.

2.3

A tutela provisória de urgência

Dentre as espécies de tutela provisória, o legislador regulamentou primeiramente a tutela de urgência a partir do art. 300 e seguintes do CPC. Conforme a dicção legal, será concedida a tutela de urgência quando existirem

¹⁷⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. BUENO, Cassio Scarpinella. **Comentários ao código de processo civil**. Volume 1 (arts. 1º a 317) Cassio Scarpinella Bueno (coordenador). São Paulo: Saraiva, 2017. p. 920.

¹⁷⁶ ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela Provisória**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 19.

elementos aptos a demonstrar a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

2.3.1

A probabilidade do direito alegado

O primeiro requisito para a concessão da tutela de urgência já faz parte da técnica processual do Código revogado e consiste na probabilidade do direito pleiteado (*fumus boni iuris*) previsto no art. 273, *caput*, do CPC/1973.

Para a análise do direito provável, o pedido deve ser acompanhado de elementos suficientes para o convencimento do juízo em fase de cognição sumária. Não há que se confundir os elementos suficientes para o convencimento com fatos incontroversos, já que se está diante do juízo de probabilidade, no qual, não obstante a controvérsia do direito material — que será objeto de cognição exauriente —, deve haver elementos concretos capazes de formar a convicção do juiz.¹⁷⁷

Eduardo Arruda Avim ilustra a intensidade do grau de probabilidade exigido pelo caput do art. 300 do CPC, comparando-o à liminar em mandado de segurança que exige a “relevância do fundamento do pedido” (Lei n.º 12.016/2009, art. 7º, III), com a diferença de que, no mandado de segurança, o material probatório — que é documental — deve estar completo quando o juiz aprecia o pedido da medida liminar. Para as tutelas provisórias de urgência, a avaliação dos fatos não é tão rigorosa e exauriente, bastando que o julgador reconheça a plausibilidade do direito alegado, e o processo seguirá com a dilação probatória necessária.¹⁷⁸

De todo modo, reconhece-se que a caracterização da probabilidade do direito está submetida a diferentes graus de convencimento, que podem despertar “a) certeza positiva; b) probabilidade positiva; c) aparência ou verossimilhança positiva; d) dúvida”.¹⁷⁹

¹⁷⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. BUENO, Cassio Scarpinella. **Comentários ao código de processo civil**. Volume 1 (arts. 1º a 317) Cassio Scarpinella Bueno (coordenador). São Paulo: Saraiva, 2017. p. 931.

¹⁷⁸ ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela Provisória**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p.154-156.

¹⁷⁹ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **O “direito vivo” das liminares**: um estudo pragmático sobre os pressupostos para sua concessão. 2009. 172 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 145

2.3.2 A urgência

O segundo requisito previsto no *caput* do art. 300 consiste na existência de perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*), que reproduz o teor do art. 273, I, do CPC/73.

O risco, no caso, contempla duas hipóteses: o perigo de dano, que é o risco de impossibilidade do exercício do direito material pleiteado em sede de cognição exauriente. Trata-se da hipótese em que o perigo na demora na prestação jurisdicional poderá tornar o resultado perseguido no processo inútil.

Nesta hipótese (perigo de dano), a tutela de urgência consiste na antecipação do direito material pleiteado, já que a demora para a concessão da tutela final poderá ocasionar danos irreparáveis ao postulante caso não exerça o direito pleiteado naquele momento, como é o caso de uma ação judicial em que o pedido final consiste no fornecimento de um medicamento, cuja antecipação final pretendida é necessária para resguardar a saúde do autor.¹⁸⁰

Já segunda hipótese (risco ao resultado útil do processo), a tutela de urgência demanda a adoção de medidas cautelares voltadas para resguardar o resultado útil do processo e a futura concretização do direito material — que será analisada ao final do processo —, como, por exemplo, a necessidade de evitar que o devedor se desfaça de seu patrimônio e não tenha futuramente bens suficientes para responder por dívida na hipótese de procedência do pedido do autor, tornando necessário o bloqueio de seus bens como medida acautelatória do resultado final pleiteado.

Por se tratar, ainda, de tutela de urgência, pode ser concedida liminarmente ou após a instauração do contraditório mediante a audiência de justificação prévia (art. 300, §2º, do CPC). Considerando a garantia do contraditório e o devido processo legal, a concessão liminar deve demonstrar a impossibilidade de se aguardar a citação do réu ou o risco de que o conhecimento da ação torne inefetiva a medida.¹⁸¹

¹⁸⁰ Eduardo Arruda Alvim entende que a expressão perigo de dano, numa acepção mais ampla, engloba a “cautelaridade” já que em última análise visa resguardar o resultado útil do processo e a efetividade da prestação jurisdicional. ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela Provisória**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 156.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 166.

Quanto à coexistência dos dois requisitos necessários à concessão da tutela de urgência, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro defende a aplicação da “teoria da gangorra”, isto é, embora ambos os requisitos devam estar presentes (probabilidade do direito e *periculum in mora*), o grau de verificação de cada um varia a depender do caso concreto, em um jogo de proporcionalidade: “quanto maior for o *periculum*, menos importância se dará ao *fumus* para a decisão acerca da tutela de urgência”.¹⁸²

Nessa lógica da “gangorra”, a cognição da tutela de urgência mostra-se variável, e o elemento mais importante de convicção do juiz (apesar de não ser o único) reside justamente no *periculum in mora*, que, como define Leonardo Ferres, é a “pedra de toque”, o “fiel da balança” para a concessão ou não da tutela de urgência.¹⁸³

De fato, apesar de serem requisitos distintos, a comunicação entre o *periculum in mora* e a probabilidade do direito não pode ser ignorada, inclusive para a justificativa da tutela provisória adotada em cada caso, que poderá ser de urgência ou evidência a depender justamente da presença de ditos elementos no caso concreto.

Portanto, a relação entre ambos, na verdade, tem sido de especial atenção doutrinária em razão do que se observa no dia a dia dos Tribunais, como explica Eduardo José da Fonseca Costa ao afirmar que, “na prática cotidiana do foro, o Poder Judiciário tem instituído entre o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* uma ligação de complementariedade.”¹⁸⁴

De maneira similar à lógica defendida por Leonardo Ferres, Eduardo José da Fonseca Costa analisa os pressupostos da tutela de urgência sob uma “lógica de compensação mútua”.¹⁸⁵ Nessa perspectiva, a análise da prática forense relevou ao autor que, ao contrário dos estudos das liminares na teoria, os requisitos da tutela de urgência se comunicam, sendo preciso enfrentá-los sob uma análise conjunta:

¹⁸² RIBEIRO, Leonardo Ferres da. Tutela provisória. In: **CPC em foco. Temas essenciais e sua receptividade**: dois anos de vigência do novo CPC. Teresa Arruda Alvim, coordenação – 2.ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 228-229.

¹⁸³ Ibid., p. 228.

¹⁸⁴ Costa, Eduardo José da Fonseca. **O “direito vivo” das liminares**: um estudo pragmático sobre os pressupostos para sua concessão. 2009. 172 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 104

¹⁸⁵ Ibid., p. 104.

“eles são a face e a contraface de uma mesma moeda”.¹⁸⁶ Como sintetiza o autor, “na prática, a liminar pode ser concedida se a presença “escassa” de um pressuposto for “compensada” pela presença “exagerada” do outro.”¹⁸⁷

Aliás, esta análise se torna fundamental para a definição de qual espécie de tutela provisória deve ser aplicada a cada caso, ou seja, havendo maior grau do *periculum in mora*, a tutela provisória penderá para a urgência, ao passo que na hipótese de o risco ser baixo ou quase inexistente, em especial quando comparado com o grau da probabilidade do direito, a tutela provisória penderá para a caracterização da evidência do direito, que será analisada no item posterior deste capítulo.

Como ambos os requisitos podem estar presentes em diferentes níveis, uma vez que a urgência ou a evidência não se submetem a uma lógica de “tudo ou nada”, Eduardo José da FONSECA Costa propõe uma tábua de graduações para a análise:

Desde a mais grave urgência, que se mostra como *risco de dano extrapatrimonial irreversível*, até a urgência mais tênue, que se apresenta como *risco de dano patrimonial facilmente irreversível*; desde a extrema evidência, que conduz à certeza, até o vazio de *evidência*, que leva à *dúvida*.¹⁸⁸

Quanto ao grau do requisito da urgência, o autor propõe a análise de dois critérios para a sua apuração, quais sejam: (1) irreversibilidade do dano que ameaça; (2) a relevância do bem jurídico ameaçado, permitindo concluir que “o grau do *periculum in mora* é proporcional ao grau de irreversibilidade do dano e ao grau de relevância do bem jurídico ameaçado”.¹⁸⁹

2.3.3

Espécies de tutela provisória de urgência: tutela antecipada e cautelar

¹⁸⁶ Costa, Eduardo José da Fonseca. **O “direito vivo” das liminares**: um estudo pragmático sobre os pressupostos para sua concessão. 2009. 172 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 104.

¹⁸⁷ Ibid., p. 142.

¹⁸⁸ Ibid., p. 125

¹⁸⁹ Para uma análise apurada da densificação dos critérios propostos pelo autor, veja-se Ibid., p. 125-131.

A diferença entre a função que se pretende desempenhar analisada no tópico anterior é de extrema importância para a classificação da tutela de urgência, que pode ser antecipada (também denominada tutela satisfativa), ou cautelar.

Explica-se: enquanto a tutela cautelar destina-se “a assegurar o futuro resultado útil do processo, nos casos em que uma situação de perigo ponha em risco sua efetividade”,¹⁹⁰ a tutela de urgência antecipada visa permitir a imediata realização prática do direito pleiteado, “revelando-se adequada em casos nos quais se afigure presente uma situação de perigo iminente para o próprio direito substancial (perigo de morosidade)”.¹⁹¹

Conforme sintetiza Luiz Guilherme Marinoni, “a tutela cautelar não realiza ou satisfaz o direito por antecipação; a sua função é assegurar o direito ou a tutela efetiva do direito material”. Para o autor, é importante investigar a função da tutela pleiteada para definir a sua natureza: quando a tutela é voltada para obtenção do resultado que se espera no final do processo, constitui tutela antecipada.¹⁹²

A diferenciação entre a tutela cautelar e tutela antecipada é de extrema relevância em virtude da diferenciação de seus efeitos e do tratamento que passou a vigorar na Codificação Processual de 2015, considerando que o Código revogado de 1973 não dava tratamento adequado à matéria, em razão da falta de sistematização das tutelas cautelares e antecipadas.¹⁹³

As duas modalidades de tutela de urgência (cautelar e antecipada) têm como requisito essencial o *periculum in mora*, isto é, a existência de uma situação de

¹⁹⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 160.

¹⁹¹ Ibid., p. 160.

¹⁹² MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência**. Soluções processuais diante do tempo da justiça. 1.ed. em e-book baseada na 1.ed. impressa. Editora Revista dos Tribunais Ltda. p. 35.

¹⁹³ “Não há mais como admitir que a tutela que satisfaz o direito com base em cognição sumária – antecipadamente – possa continuar a ser *equivocadamente* designada de cautelar. Isso acontecia numa época em que, em vista da regra da *nulla executio sine titulo*, não se admitia realização do direito no curso do processo. Hoje, especialmente diante do teor do código de 2015, não há mais motivo algum para continuar a falsear a natureza da tutela satisfativa do direito prestada com base em cognição sumária. Trata-se exatamente da tutela que é *desejada* pelo autor e que, assim, pode ser prestada no curso do processo com base em cognição sumária ou ao final com base em cognição exauriente. Bem por isso, *tutela satisfativa sumária é sinônimo de tutela antecipada*.” MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência**. Soluções processuais diante do tempo da justiça. 1.ed. em e-book baseada na 1.ed. impressa. Editora Revista dos Tribunais Ltda. p. 54.

perigo de dano iminente, cuja demora colocaria em risco a concretização do direito material (caso em que será adequada a tutela de urgência antecipada) ou a efetividade do processo (hipótese na qual será adequada a tutela cautelar).¹⁹⁴ Para José Roberto dos Santos Bedaque:

A tutela antecipada é normalmente mais adequada a assegurar os efeitos relacionados a direitos absolutos ou com eles conexos. Direitos relativos, como os puramente patrimoniais, em regra, são assegurados de forma eficaz com a tutela cautelar, que se revela menos gravosa para quem deve suportá-la. Assim, a concessão da tutela antecipada somente deve ocorrer quando não houver outro meio menos drástico para assegurar o resultado do processo.¹⁹⁵

As tutelas cautelar e antecipada são, portanto, modalidades de tutela provisória de urgência. A tutela cautelar se destina a assegurar as condições para o exercício do direito material, enquanto a antecipada satisfaz os efeitos pleiteados e que só ocorreriam com a decisão final.¹⁹⁶

A distinção entre as tutelas também é relevante na distinção do procedimento e da forma de requerimento, já que a tutela antecipada requerida em caráter antecedente está prevista nos arts. 303 e 304 do CPC, enquanto a tutela cautelar em caráter antecedente está prevista nos arts. 305 a 310, com a previsão, inclusive, de fungibilidade entre as tutelas no parágrafo único do art. 305, caso o juiz entenda que o pedido de tutela cautelar consiste em tutela antecipada e vice-versa.¹⁹⁷ Esse tema, no entanto, não é objeto de aprofundamento neste trabalho, uma vez que a tutela em caráter antecedente não se relaciona com a tutela provisória em inventário.

2.3.4 Contracautela

¹⁹⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 160.

¹⁹⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. BUENO, Cassio Scarpinella. **Comentários ao código de processo civil**. Volume 1 (arts. 1º a 317) Cassio Scarpinella Bueno (coordenador). São Paulo: Saraiva, 2017. p. 935.

¹⁹⁶ ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela Provisória**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 260.

¹⁹⁷ A análise do procedimento da tutela requerida em caráter antecedente não é objeto deste trabalho. Entende-se que a fungibilidade ocorre via de mão dupla, ou seja, das tutelas antecipadas para as cautelares. Para uma melhor análise do tema: Ibid., p. 187-199 e 263.

Como a decisão que concede a tutela provisória pode ser modificada ao final do processo, sempre haverá possibilidade de ser revogada, ainda que a medida não seja provável. Nesse passo, os efeitos da tutela provisória poderão causar dano ao réu, caso saia vencedor ao final do processo, sendo, portanto, a tutela provisória submetida às normas da execução provisória (arts. 297 e 520 do CPC), e podendo o juiz fixar caução real ou fidejussória idônea a seu critério (§1º do art. 300 do CPC).

A caução consiste em mecanismo importante para “abrandar a violência representada pela invasão da esfera jurídica do requerido, sem a adequada cognição da situação descrita pelo requerente”.¹⁹⁸ De fato, a tutela de urgência ocasiona a necessidade de reparação por dano processual e pelo prejuízo sofrido à parte adversa quando a sentença lhe for desfavorável (art. 302, I, do CPC).

A prestação de caução deve ser feita por meio da ponderação entre o direito à tutela jurisdicional efetiva (art. 5º, XXXV, da CF) e o devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), isto é, a tutela entre o direito do autor e do réu.¹⁹⁹

A despeito de não existir previsão de caução para as hipóteses de tutela da evidência analisadas neste capítulo, no item 2.3, a leitura sistemática do instituto da tutela provisória determina a sua aplicação também às hipóteses de evidência sempre que houver risco de dano grave ao réu.²⁰⁰

2.3.5

A irreversibilidade dos efeitos da decisão

A tutela de urgência antecipada exige como requisito a possibilidade de retorno ao *status quo* (art. 300, § 3º, do CPC). Em regra, a concessão da tutela de urgência não pode produzir efeitos irreversíveis.

No entanto, o requisito não é absoluto. Admite-se a concessão de tutela provisória com efeitos irreversíveis, a despeito da vedação do §3º do art. 300 do

¹⁹⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. BUENO, Cassio Scarpinella. **Comentários ao código de processo civil**. Volume 1 (arts. 1º a 317) Cassio Scarpinella Bueno (coordenador). São Paulo: Saraiva, 2017. p. 933-934.

¹⁹⁹ ALVIM, Eduardo Arruda. Op. Cit., p. 162.

²⁰⁰ DOTTI, Rogéria Fagundes. **Tutela da evidência**: probabilidade, defesa frágil e o dever de antecipar a tempo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 157.

CPC, o que foi objeto de enunciado 419 do FPPC: “não é absoluta a regra que proíbe a tutela provisória com efeitos irreversíveis”.

Apesar de a norma se referir apenas à tutela de urgência antecipada, é aplicada a todas as tutelas provisórias, incluindo as tutelas da evidência, diante da leitura sistemática com o art. 296 do CPC.²⁰¹

A irreversibilidade dos efeitos da tutela exige sopesar os interesses envolvidos no caso, pois, ao consagrar a tutela antecipada, o legislador “resolveu conflito entre direito provável e improvável, optando por evitar prejuízo irreparáveis àquele”.²⁰² Assim, a irreparabilidade do prejuízo deve ser examinada em contraponto à irreversibilidade dos efeitos causados pela medida.²⁰³

Consequentemente, exige-se a flexibilização do requisito de irreversibilidade dos efeitos decorrentes da concessão da tutela, o que Alexandre Câmara denomina de irreversibilidade recíproca, ao exemplificar os efeitos irreversíveis da fixação dos alimentos provisórios — que são irrepitíveis —, assim como os casos em que se autoriza a realização de intervenção cirúrgica ou o fornecimento de medicamento.²⁰⁴

Conforme o referido autor, a lógica por trás da regra que veda a irreversibilidade dos efeitos permite compreender as suas exceções:

É que a vedação à concessão de tutela de urgência satisfativa irreversível resulta da necessidade de impedir que uma decisão provisória produza efeitos definitivos. Casos há, porém, em que se estará diante da situação conhecida como de *irreversibilidade recíproca*. Consiste isso na hipótese em que o juiz verifica que a concessão da medida produziria efeitos irreversíveis, mas sua denegação também teria efeitos irreversíveis.²⁰⁵

Conforme ressalta Luiz Guilherme Marinoni, a provisoriedade da tutela

²⁰¹ ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela Provisória**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 144.

²⁰² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. BUENO, Cassio Scarpinella. **Comentários ao código de processo civil**. Volume 1 (arts. 1º a 317) Cassio Scarpinella Bueno (coordenador). São Paulo: Saraiva, 2017. p. 936.

²⁰³ Ibid., p. 935-936

²⁰⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2017. p.161.

²⁰⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2017. p.161.

antecipada deve ser entendida como a sua incapacidade de definir a controvérsia para produzir coisa julgada material, mas a satisfatividade da tutela — e a eventual irreversibilidade de seus efeitos fáticos — não se mostra contraditória à estrutura da tutela provisória, diante da base ética da tutela de urgência que “consiste no sacrifício do improvável em benefício do provável”.²⁰⁶

2.4

A tutela provisória da evidência

Como tratado neste capítulo, a tutela provisória é gênero do qual decorrem as espécies de urgência e evidência. A tutela da evidência, apesar de não reconhecida sob essa nomenclatura na codificação revogada, tinha fundamento no art. 273, II, do CPC/1973, segundo o qual concedia-se a tutela antecipada quando ficasse caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.²⁰⁷

Contudo, a tutela provisória, antes da codificação de 2015, sempre esteve em muito associada à ideia de urgência trazida pelo *periculum in mora*, dificultando assim a tutela dos direitos evidentes quando não se estivesse diante de casos de urgência.

A concepção moderna do processo civil tornou necessária a separação da ideia de urgência e celeridade, até porque “se tudo se torna urgente, nada mais o é”.²⁰⁸

É certo, portanto, que a separação entre a concepção de celeridade e de

²⁰⁶ “Não só a lógica, mas também o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, exigem a possibilidade de sacrifício, ainda que de forma irreversível, de um direito que pareça improvável em benefício de outro que pareça provável. Caso contrário, o direito que tem a maior probabilidade de ser definitivamente reconhecido poderá ser irreversivelmente lesado. Portanto, a ética da tutela de urgência consiste no sacrifício do improvável em benefício do provável.” MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência**. Soluções processuais diante do tempo da justiça. 1.ed. em e-book baseada na 1.ed. impressa. Editora Revista dos Tribunais Ltda. p. 61.

²⁰⁷ Defendia-se também a aplicação com base n §6º do art. 273 do CPC, segundo o qual *a tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso*. No entanto, grande confusão era feita sob o argumento de que confundia-se nesta hipótese a tutela antecipada com a decisão parcial de mérito por se estar diante de *atos incontroversos* – que, conseqüentemente, atraem a cognição exauriente da matéria.

²⁰⁸ DOTTI, Rogéria Fagundes. **Tutela da evidência**: probabilidade, defesa frágil e o dever de antecipar a tempo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 42.

urgência se tornou essencial a partir da entrada em vigor do CPC de 2015 para compreensão dos direitos evidentes, dissociados do requisito da urgência, através da denominada tutela da evidência, cujo tratamento está no art. 311 e seguintes do CPC.

A tutela da evidência, assim, não tem fundamento na situação geradora do perigo de dano, mas “pretensão da tutela imediata se apoiar em comprovação suficiente do direito material da parte. Justifica-se pela possibilidade de aferir liquidez e a certeza do direito material, ainda que sem o caráter da definitividade”.²⁰⁹

Trata-se da tutela do direito que se mostra altamente provável, elevando o grau de utilidade do suposto provimento final, buscando-se afastar o mal causado pela demora do processo.²¹⁰

2.4.1

A efetividade e a celeridade como pressupostos do acesso à justiça para tutela da evidência

A lógica por trás da tutela da evidência decorre de uma visão moderna do direito processual civil, que está intrinsecamente vinculada à celeridade e à efetividade processual: “é o processo que deve se adequar ao tempo do litígio e não o litígio ao tempo do processo”.²¹¹

Se antes o processo civil antecipava o que era urgente e que não podia esperar, o pressuposto da decisão célere passou a ser o que não convém esperar.²¹² Assim sendo, “a inutilidade da perda de tempo passa a ter relevância jurídica para o fim de

²⁰⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Código de Processo Civil anotado** (e-book). Colaboração Humberto Theodoro Neto, Adriana Mandim Theodoro de Mello, Ana Vitória Mandim Theodoro. 25.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 1946.

²¹⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. BUENO, Cassio Scarpinella. **Comentários ao código de processo civil**. Volume 1 (arts. 1º a 317) Cassio Scarpinella Bueno (coordenador). São Paulo: Saraiva, 2017. p. XX

²¹¹ DOTTI, Rogéria Fagundes. Op. Cit., p. 41.

²¹² “Os direitos evidentes já mereciam um tratamento diferenciado no sistema do Código d 1973. A propósito da possibilidade de antecipação prevista no art. 273, II, do diploma anterior, Teresa Arruda Alvim afirmava se tratar de um fenômeno qualitativamente diferente das medidas de natureza cautelar. Realmente, a satisfação antecipada desses direitos, completamente dissociada do *periculum in mora*, decorre de uma exigência de celeridade imposta pelos próprios valores constitucionais.” DOTTI, Rogéria Fagundes. **Tutela da evidência**: probabilidade, defesa frágil e o dever de antecipar a tempo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 91.

autorizar a concessão da tutela sumária.”²¹³

A demanda pela tutela da evidência pautada na ideia de uma justiça mais efetiva e adequada já era defendida por Luiz Fux em meados de 1990, com base no princípio do devido processo legal e na desnecessidade de aguardar o desenrolar dos trâmites do rito ordinário quando se está diante de um direito evidente, em lições que muito influenciaram a concepção do instrumento da tutela da evidência pelo legislador no CPC/2015.²¹⁴

Com efeito, já se sustentava à época pelo autor que o processo civil vivia a “era da efetividade”²¹⁵ e a tutela dos direitos evidentes deveria ser contemplada de forma diferenciada, diante da visão moderna do acesso à justiça que, de um lado, é pautada pelos postulados da efetividade e, de outro, visa resguardar o direito à defesa e respeito ao contraditório.²¹⁶

O acesso à justiça, nessa perspectiva, afastado de uma garantia formal, deve estar intrinsecamente ligado à efetividade e celeridade, pois “satisfazer tardiamente o interesse da parte em face da evidência significa violar o direito maior ao acesso à justiça e, conseqüentemente, ao devido processo instrumental à jurisdição requerida”.²¹⁷

²¹³ Dotti, Rogéria Fagundes. Tutela de evidência: probabilidade, defesa frágil e o dever de antecipar a tempo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p.175 *O Poder Judiciário não é mais um “mero solucionador de conflitos de interesses”, mas exerce “funções de gestão processual, legitimação dos mecanismos alternativos de resolução de conflitos, elaboração de estratégias visando a redução de demandas”. A tutela de evidência estimula comportamentos processuais adequados e incentiva a realização de acordos, dissociada da urgência: independentemente do periculum in mora, a evidência do direito (diante da prova já produzida e da fragilidade da defesa), constitui um pressuposto necessário e suficiente para a antecipação*. Ibid., p. 177.

²¹⁴ Nesse sentido, reconhece Eduardo Arruda Alvim: “Tem-se, na tutela da evidência, instrumento concebido pelo legislador, influenciado fortemente pelas lições do Professor e Ministro do STF, Luiz Fux, para combater o estado de injustiça que se instaura quando o decurso do tempo, necessário à tramitação processual, beneficia aquele que provavelmente não tem razão, subordinado, por outro lado, aquele que demonstra ter razão, ainda que em análise sumária, ao ônus do tempo”. ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela Provisória**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 316.

²¹⁵ O processo vive a “era da efetividade” e por isso, submete-se a um questionamento de sua eficiência como instrumento de soberania e sucedâneo da vingança privada que visa a dar à parte postulante aquilo que ela obterá caso o ordenamento recebesse o cumprimento espontâneo do *adversus*. FUX, Luiz. **A tutela dos direitos evidentes**. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, ano 2, número 16, p. 23-43, abril de 2000. p. 14.

²¹⁶ Ibid., p. 17-18.

²¹⁷ O acesso à justiça para não se transformar em mera garantia formal exige efetividade, que tem íntima vinculação com a questão temporal do processo. Uma indefinição do litígio pelo decurso

Entendia o autor em tese escrita há mais de 20 anos que “a tutela da evidência guarda conexão com o direito líquido e certo”.²¹⁸ Nessa perspectiva, admitia-se a possibilidade de antecipação da tutela, mediante cognição sumária, com base nos conceitos de liquidez e certeza do direito material, originariamente ligados ao procedimento do mandado de segurança, quando, no caso, não houvesse contestação séria, autorizando o juízo a realizar o julgamento pela verossimilhança, mediante a aplicação do regime jurídico destinado à tutela de urgência pautada na segurança, de forma provisória e com a aplicação de perdas e danos na hipótese de reforma do *decisum*.²¹⁹

Passados quase 30 anos da tese defendida por Luiz Fux, com a entrada em vigor do CPC de 2015 e a positivação da tutela da evidência, torna-se premente a dissociação da urgência da ideia de celeridade e efetividade processual.

Nesse contexto, em tese de doutorado acerca da tutela da evidência já sob o regime do CPC/2015, Rogéria Dotti propôs uma outra exigência de celeridade que não esteja fundada no *periculum in mora*.²²⁰ Conforme defende a autora, o mero decurso do tempo para um direito evidente que permanece sem resposta é, por si só, uma lesão,²²¹ sendo esta compreensão da efetividade e celeridade fundamentais para a aplicação da tutela da evidência.

Desse modo, para a concessão da tutela da urgência, parte-se da ideia de celeridade e efetividade desvinculadas do *periculum in mora*, pois como pontua Humberto Theodoro Júnior, a duração do processo não deve redundar em maior prejuízo para quem já demonstrou, satisfatoriamente, a probabilidade do seu

excessivo do tempo não contempla à parte o devido processo legal, senão mesmo o “indevido” processo. FUX, Luiz. **A tutela dos direitos evidentes**. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, ano 2, número 16, p. 23-43, abril de 2000. p. 14.

²¹⁸ “No Brasil, a tutela da evidência guarda conexão com o direito líquido e certo, por isso que o mandado de segurança é o protótipo do procedimento estabelecido em consonância com o direito material objeto do juízo. Para os direitos evidentes, líquidos e certos, mostraram-se ineficientes os procedimentos herdados do direito comum, o que gerou a criação do procedimento específico do decantado Diploma 221 de 1894, que, entretanto, não logrou êxito na prática judiciária”. *Ibid.*, p. 14-21.

²¹⁹ *Ibid.*, 14-17.

²²⁰ DOTTI, Rogéria Fagundes. **Tutela da evidência**: probabilidade, defesa frágil e o dever de antecipar a tempo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 44.

²²¹ *Ibid.*, 45.

direito.²²²

A duração razoável do processo não serve apenas ao interesse da parte, como ressalta Bruno da Rós Bodart, a tutela “tem importância para a administração da justiça como um todo, pois constitui uma estratégia de ação para a melhora da qualidade da prestação jurisdicional”, sendo instituto “destinado a promover verdadeira revolução cultural” e com o escopo de salvaguarda da honra da justiça.²²³ Na visão do autor, a compreensão da tutela da evidência pressupõe a superação do modelo tradicional de processo que atrela a satisfatividade à cognição exauriente e à coisa julgada, o que, portanto, demanda uma outra ótica sob as relações processuais.²²⁴

2.4.2

O necessário luto da urgência para compreensão da tutela provisória da evidência

A tutela da evidência, ao contrário da tutela de urgência, não demanda o requisito do *periculum in mora*. A diferença para Luiz Guilherme Marinoni é de que, na hipótese da evidência, “a tutela final antecipada é concedida com base na prova dos fatos constitutivos e na inconsistência da defesa que reclama produção de prova”, enquanto a tutela antecipada de urgência tem como fundamento — além da verossimilhança — o risco de dano irreparável.²²⁵

²²² THEODORO JUNIOR, Humberto. **Código de Processo Civil anotado** (e-book). Colaboração Humberto Theodoro Neto, Adriana Mandim Theodoro de Mello, Ana Vitória Mandim Theodoro. 25.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 1946.

²²³ BODART, Bruno da Rós. **Tutela de evidência**: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC. 2.ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 151.

²²⁴ Ibid., p. 157.

²²⁵ “Em substância, a tutela “da evidência” também é a tutela pretendida mediante o exercício da ação; é a tutela final prestada mediante probabilidade ou na forma antecipada. A diferença é a de que, tratando-se de tutela da evidência, a tutela final antecipada é concedida com base na prova dos fatos constitutivos e na inconsistência da defesa que reclama produção de prova. A tutela da evidência, assim, permite a distribuição do ônus do tempo do processo de acordo com a evidência do direito do autor e com a fragilidade da defesa do réu, afastando-se da tutela antecipada baseada em perigo de dano em razão do seu diferente fundamento e diversa finalidade. Enquanto a tutela antecipada propriamente dita tem como fundamento a urgência e como objetivo a imediata tutela do direito para evitar dano, a tutela da evidência tem como fundamento a evidência do direito e a inconsistência da defesa e como fim a inversão do ônus do tempo do processo.” MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência**. Soluções processuais diante do

A exigência da celeridade processual dissociada do *periculum in mora* exigível para a tutela de urgência é o que Rogéria Dotti denominou como “dever de antecipar o tempo”.²²⁶ Para autora, “a tempo significa algo que deve ocorrer no momento oportuno, ou seja, no próprio momento”²²⁷, o que não se confunde com o requisito da urgência.

Na realidade, a aplicação da tutela dos direitos evidentes decorre de mudança cultural da sociedade em uma nova ordem jurídica, que dissocia o *periculum in mora* da concessão das tutelas provisórias quando se está diante dos direitos evidentes, como ocorrido na experiência francesa analisada pela referida autora com o instituto do *référé-provision*, cuja aplicação permite a concessão da tutela provisória destituída da urgência sempre que a obrigação não for seriamente constatável.²²⁸

Rogéria Dotti observa como a experiência francesa pode engrandecer o sistema brasileiro de tutelas dos direitos evidentes, já que, naquela jurisdição, os juízes franceses tiveram que enfrentar um verdadeiro luto²²⁹ ao admitir que o procedimento de tutela sumária não estivesse mais condicionado à urgência — o que também deverá ocorrer no Brasil para uma aplicação técnica da tutela da evidência.

Esse é o ponto da doutrina francesa que merece reflexão e desenvolvimento no Brasil. Precisamente aqui é que reside a ideia de uma nova visão de tutela provisória, ou melhor, de uma antecipação aplicada de forma ampla e completamente divorciada da noção de *periculum in mora*. Evidentemente, há uma certa resistência em se admitir a técnica da tutela antecipada sem o requisito da urgência. Tal resistência, que já se mostrava presente na aplicação do art. 273, II, do Código de Processo Civil

tempo da justiça. 1.ed. em e-book baseada na 1.ed. impressa. Editora Revista dos Tribunais Ltda. p. 19.

²²⁶ “O uso dessa expressão a tempo evita uma confusão indesejada com a noção clássica de urgência e mostra que a antecipação da tutela deve ocorrer desde logo, ou seja, no tempo adequado, no tempo propício.” DOTTI, Rogéria Fagundes. **Tutela da evidência**: probabilidade, defesa frágil e o dever de antecipar a tempo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 304.

²²⁷ Ibid., p. 305.

²²⁸ Ibid., p. 308.

²²⁹ “A expressão *deuil* (luto em francês) é extremamente pertinente, pois demonstra a dificuldade e o sofrimento na passagem de uma fase para a outra. Ela bem representa o luto pela perda de algo inerente à tutela provisória e que durante muito tempo constituiu sua essência”. Ibid., p. 46-47.

de 1973, merece ser combatida, a fim de se garantir uma aplicação plena do art. 311 do Código de 2015.²³⁰

Ressalta a autora que a grande diferença entre os sistemas — e, em verdade, o que contribui em muito para o sucesso do instituto na experiência francesa — consiste no fato de que, na França, existe um juízo apenas para julgar as medidas antecipatórias, que não julga o mérito da causa, de forma que o juízo não deixa para depois a providência que pode ser determinada naquele momento. “Se assim não fosse, na maior parte dos casos, a decisão provisória seria fulminada, sob o argumento de ser mais prudente aguardar o julgamento final.”²³¹

Em sistemas como o brasileiro, ao contrário, em que o magistrado detém o poder de concessão da tutela provisória e do mérito, a tendência é de postergar a decisão sempre que não houver urgência, o que, “apesar de lamentável, é de uma clareza absoluta”.²³²

A mudança do enfoque para a compreensão da tutela da evidência efetivamente dissociada do *periculum in mora*, mas aproximada da ideia de um direito efetivo e célere, realizado a tempo, é necessária. Especialmente no que tange aos casos judiciais do inventário objeto deste trabalho, o expediente da evidência permite uma modernização do instituto capaz de aproximá-lo da leitura civil constitucional de atenção aos interesses concretamente envolvidos, conforme se abordará no capítulo terceiro.

Considerando a função da tutela provisória de resguardar o resultado definitivo, a tutela da evidência tem o intuito de aumentar o grau de utilidade do suposto provimento final altamente provável, através de medidas antecipatórias que, ao fim e ao cabo, buscam “afastar o mal causado pela demora do processo (dano marginal) por si mesmo fator de risco para a utilidade do resultado”.²³³

Com efeito, a tutela provisória consiste em uma das técnicas do legislador de

²³⁰ DOTTI, Rogéria Fagundes. **Tutela da evidência**: probabilidade, defesa frágil e o dever de antecipar a tempo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 46.

²³¹ Ibid., p. 317.

²³² Ibid., p. 317.

²³³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. BUENO, Cassio Scarpinella. **Comentários ao código de processo civil**. Volume 1 (arts. 1º a 317) Cassio Scarpinella Bueno (coordenador). São Paulo: Saraiva, 2017. p. 954.

aceleração decisional, amplamente ligada à efetividade preconizada no art. 4º do CPC, pois não basta a declaração do direito mediante provimento jurisdicional final, é preciso que o ordenamento proporcione os meios para satisfazer este direito.

A essência da técnica da antecipação nos casos baseados em evidência consiste na valoração das alegações e das provas produzidas pelas partes, sempre que houver probabilidade da existência do direito do autor e inconsistência das alegações do réu. Busca-se o equilíbrio entre o tempo da espera para a instrução e a celeridade e certeza: “já tendo o autor demonstrado satisfatoriamente os fatos constitutivos de seu direito, não deveria ele sofrer o ônus do tempo necessário para a produção de uma prova requerida pelo réu”.²³⁴

Nessa lógica, redistribui-se o ônus do tempo no processo para melhor reequilibrá-lo entre as partes, com base no princípio da isonomia, duração razoável do processo, efetividade e eficiência. Nessa perspectiva, como a razão para a demora na tutela definitiva decorre *normalmente* de natureza processual (e não material), isto é, do tempo inerente ao próprio procedimento, e não da controvérsia quanto ao direito material em si, há que se buscar os mecanismos para garantir a efetividade da concretização do direito material pleiteado.²³⁵

Em síntese, a tutela a tempo dos direitos evidentes está intrinsecamente ligada à efetividade e à celeridade na prestação jurisdicional. A evidência nesse contexto “exige uma rápida atuação jurisdicional fazendo surgir o dever de antecipar no momento adequado”.²³⁶

²³⁴ DOTTI, Rogéria Fagundes. **Tutela da evidência**: probabilidade, defesa frágil e o dever de antecipar a tempo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p.177.

²³⁵ Portanto, a regra geral consiste em uma antecipação por razões de natureza processual e, conseqüentemente, aplicada genericamente. Usualmente, essa antecipação dos efeitos da tutela final, tal como prevista no art. 311 do Código de Processo Civil, não decorre de nenhuma particular situação de direito material, mas sim da busca de um justo equilíbrio entre as alegações (e provas) das partes. Os princípios da isonomia, da duração razoável do processo, da efetividade e da eficiência autorizam essa forma de antecipação. Logo, independentemente do direito material perseguido no processo, havendo tais circunstâncias, cabe a aplicação da técnica de antecipação sem urgência. Ibid., p. 179.

²³⁶ Não se trata aqui da urgência consistente no *periculum in mora*, ou seja, um dos requisitos para a tutela provisória de urgência. Trata-se da imposição de celeridade dissociada do perigo na demora, caracterizada pela exigência da pronta satisfação da pretensão mais provável. Ela consiste no dever da imediata satisfação da pretensão da parte que provavelmente tem razão. Em outras palavras, a evidência exige uma rápida atuação jurisdicional fazendo surgir o dever de antecipar no momento adequado”. Ibid., p. 315.

2.4.3

O que são os direitos evidentes?

Uma vez feitos tais esclarecimentos quanto à aplicação da tutela da evidência, é importante pontuar os casos em que se vislumbra a sua aplicação, o que ajudará na conceituação da tutela da evidência no bojo do inventário realizada no capítulo terceiro. Afinal, como um direito deverá ser considerado evidente?

O ordenamento não trouxe um conceito fechado do que seriam os direitos evidentes, e, a despeito de ser expressamente tratada no art. 311 do CPC, a tutela da evidência consiste em conceito vago.²³⁷

Para Nelson Nery Jr., trata-se de direito da parte requerente tão óbvio que deve ser prontamente reconhecido pelo juiz.²³⁸ No entanto, a evidência somente é aferível à luz do caso concreto e mediante a comparação entre as alegações e provas já produzidas no processo, ressalvadas as exceções em que a lei já fixou *a priori* a evidência do direito.²³⁹

Rogéria Dotti definiu em sua tese de doutorado os direitos evidentes como aqueles que “carregam a alta probabilidade de reconhecimento judicial futuro, independentemente da natureza ou da relação jurídica de direito material em que estejam inseridos”.²⁴⁰

O direito evidente tem característica mista material e processual. Para Luiz Fux, o direito evidente é aquele “cuja prova dos fatos sobre os quais incide revela-os incontestáveis ou ao menos impossíveis de contestação séria”.²⁴¹ O autor afirma que o direito evidente é “aquele que se projeta no âmbito do sujeito de direito que postula e, no que tange ao aspecto processual, é evidente o direito cuja prova dos fatos sobre os quais incide revela-os incontestáveis ou ao menos impassíveis de

²³⁷ YARSHELL, Flávio Luiz. ABDO, Helena. In: **Tutela provisória no CPC**. Dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015. Coordenação de Cássio Scarpinella Bueno (et al.). 2.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 471

²³⁸ NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado** (livro eletrônico). 3.ed. em e-book baseada na 17.ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 835

²³⁹ DOTTI, Rogéria Fagundes. **Tutela da evidência: probabilidade, defesa frágil e o dever de antecipar a tempo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 93.

²⁴⁰ Ibid., p. 92.

²⁴¹ FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela da evidência**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 311.

contestação séria.²⁴²

Nesse cenário, a tutela da evidência consiste em técnica especial aplicada às situações jurídicas em que a probabilidade de o autor estar com a razão se alia à defesa inconsistente apresentada pelo réu.²⁴³ A fragilidade de defesa do réu é compreendida como elemento inerente à natureza da tutela da evidência e deve ser considerada como premissa norteadora mesmo nas hipóteses em que a lei não preveja expressamente o requisito.²⁴⁴

O direito evidente deve traduzir o grau de probabilidade, o que, a depender do caso, pode existir com maior ou menor intensidade. Para tanto, é necessário estabelecer critérios que permitam averiguar o grau da probabilidade no caso concreto. Nesse ponto, antes da entrada em vigor do CPC/2015, Eduardo José da Fonseca Costa estabeleceu alguns parâmetros que permitem conduzir à evidência do direito, dos quais pode-se destacar: (a) fatos notórios; (b) presunções absolutas; (c) provas emprestadas; (d) questão prejudicial decidida como coisa julgada e posta como premissa de direito submetido a outro juízo; (e) conduta *contra legem* aferível *prima facie*; (f) provas produzidas antecipadamente; (g) fatos confessados em outro processo; (h) prova documental pré-constituída; (i) decadência e prescrição.²⁴⁵

A distinção feita por Bruno da Rós Bodart, que identifica outros graus de verossimilhança além da certeza (pela essência, decorrente de cognição exauriente apta a fazer coisa julgada material). São eles: possibilidade, probabilidade e impossibilidade.²⁴⁶

Para o autor, o juízo de possibilidade “decorre de cognição superficial”, enquadrando-o como “excepcionalmente apto para embasar uma decisão

²⁴² FUX, Luiz. **A tutela dos direitos evidentes**. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, ano 2, número 16, p. 23-43, abril de 2000. p. 7.

²⁴³ DOTTE, Rogéria Fagundes. **Tutela da evidência**: probabilidade, defesa frágil e o dever de antecipar a tempo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 92.

²⁴⁴ Ibid., p. 92.

²⁴⁵ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **O “direito vivo” das liminares**: um estudo pragmático sobre os pressupostos para sua concessão. 2009. 172 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 138-139.

²⁴⁶ BODART, Bruno da Rós. **Tutela de evidência**: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC. 2. Ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 155

judicial”.²⁴⁷ Já o juízo de probabilidade é resultante de cognição sumária, “sempre que o julgador estiver a meio caminho entre a cognição superficial e a exauriente.”²⁴⁸

Considerando a definição dos direitos evidentes como aqueles altamente prováveis pleiteados em sede de cognição exauriente, nesta dissertação compartilha-se do entendimento de que a tutela da evidência é de natureza antecipada e tem a finalidade de antecipar o próprio resultado útil do processo.²⁴⁹

Isso porque, como pontua Arruda Alvim, a tutela da evidência é instrumento que possibilita a redistribuição do ônus do tempo, nos casos em que o direito da parte autora já se mostre evidente, permitindo ao autor que não se sujeite ao decurso temporal do processo.²⁵⁰ Não há, assim, tutela da evidência cautelar.²⁵¹ Com efeito,

²⁴⁷ Ibid., p. 156.

²⁴⁸ Ibid., p. 156.

²⁴⁹ “A urgência pode servir de fundamento à concessão da tutela provisória cautelar ou satisfativa (art. 294, parágrafo único, e 300 do CPC). A evidência, contudo, só autoriza a tutela provisória satisfativa (ou simplesmente tutela antecipada, metonímia legislativa” DIDIER JR, Fredie. Braga, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandre de. Tutela Provisória de Evidência. In: **Grandes temas do Novo CPC**. v. 6: tutela provisória / coordenador geral, Fredie Didier Jr.; Mateus Pereira, Roberto Gouveia, Eduardo José da Fonseca Costa. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 417.

²⁵⁰ ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela Provisória**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 318.

²⁵¹ Em sentido contrário, Humberto Theodoro Júnior vislumbra a aplicação da tutela provisória de evidência cautelar: “Os casos de tutela da evidência são tipicamente hipóteses de antecipação de tutela satisfativa, mesmo porque o que se protege diretamente é a própria usufruição do direito material, e não propriamente a conservação da utilidade do processo. Não é fácil imaginar, in concreto, medidas apenas cautelares na espécie. Não se pode, nada obstante, ser radical a ponto de se negar, em caráter absoluto, o cabimento de eventual medida cautelar, dentro da sistemática da tutela da evidência. Como as medidas cautelares não prescindem do pressuposto do perigo de dano, o caso acabaria, na maioria das vezes, melhor enquadrado nas tutelas de urgência do que na tutela da evidência. No entanto, o direito positivo prevê alguns casos de medidas cautelares que, sem o pressuposto do periculum in mora, cuidam de proteção a direitos evidentes, como, v.g.: (a) o arresto de bens do devedor, quando este não é encontrado para a citação executiva (art. 830); (b) o sequestro de receita pública na execução contra a fazenda pública, no caso de desobediência à ordem cronológica dos precatórios (art. 100, § 6º, da CF); (c) a separação de bens do espólio, no processo de inventário, quando: (i) a habilitação de crédito se funda em título documental (art. 643, parágrafo único),5 e (ii) a solução da habilitação de herdeiro for remetida para as vias ordinárias (art. 627, § 3º);6 (d) a autorização para levantamento imediato pelo réu do depósito feito pelo autor na ação de consignação em pagamento, mesmo quando contestado o pedido (art. 545, § 1º).Em todas essas hipóteses, o fundamento da medida cautelar é simplesmente a comprovação imediata do direito material da parte, sem qualquer cogitação de risco iminente de prejuízo para o credor, de modo que a tutela se apresenta como relacionada com direito evidente apenas.” THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**, volume 1: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum (e-book). 63.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 1466.

como pontua Leonardo Ferres da Silva Ribeiro, trata-se de opção legislativa para redistribuir o ônus do tempo frente ao dano marginal do processo e não diante do *periculum in mora*.²⁵²

2.4.4

A interpretação do art. 311 como regra geral e noção vaga de evidência

Existem tutelas da evidência fixadas *a priori* em determinados casos na lei que estão presentes desde o Código revogado. Em ditos casos, entende-se que há “presunção legal de evidência do direito”²⁵³, como é o caso de liminares em ações possessórias, ações de despejo, embargos de terceiro e ação monitória e, como classificam alguns autores, também a liminar de alimentos provisórios²⁵⁴. Não obstante a controvérsia objeto deste estudo, a tutela do art. 647 parágrafo único do CPC também é enquadrada por parte da doutrina como tutela específica da evidência, conforme será abordado em item posterior.

Além das hipóteses específicas previstas para os procedimentos especiais, o art. 311 do CPC define a regra geral de aplicação da tutela da evidência mediante rol de hipóteses nas quais será dispensado o requisito da urgência, podendo o julgador antecipar os resultados pretendidos pela parte, sendo especificamente quando: (I) ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; (II) as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas

²⁵² RIBEIRO, Leonardo Ferres da. Tutela provisória. In: **CPC em foco. Temas essenciais e sua receptividade**: dois anos de vigência do novo CPC. Teresa Arruda Alvim, coordenação – 2.ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 215.

²⁵³ “Como o legislador prevê liminares em certos procedimentos não excluía a mesma possibilidade em outros, quando se tratar de tutela da evidência. Em certos casos o legislador entendeu de fixar uma presunção legal de evidência do direito, como é o caso da lesão à posse data de menos de ano e dia e o direito à posse, assim evidenciado e lesado merece proteção imediata. Com isso, o legislador insculpiu norma in procedendo, retirando o arbítrio do juiz. Havendo lesão nesse prazo não há que se aguardar o procedimento ordinário e a tutela realiza-se de imediato. Essa é a moderna visão do acesso à justiça, em consonância com os postulados da efetividade e sem ofensa ao direito de defesa, senão uma concessão necessária para que a justiça possa desempenhar-se com exatidão no exercício de seu poder-dever soberano de dar razão a quem tem em prazo razoável.” FUX, Luiz. **A tutela dos direitos evidentes**. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, ano 2, número 16, p. 23-43, abril de 2000. p. 17-18.

²⁵⁴ GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015. In: **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Volume XIV. ISSN 1982-7636. Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. Patrono: José Carlos Barbosa Moreira. pp. 296-330. p. 321

documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; (III) se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa; (IV) a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Com base nesse rol, pode-se distinguir as modalidades de tutela provisória da evidência em punitiva (art. 311, I), quando for caracterizado o abuso do direito de defesa ou propósito protelatório, e documentada, quando há prova documental das alegações de fato da parte (art. 311, II a IV).²⁵⁵ Quanto ao inciso III, trata-se de hipótese específica relativa a contrato de depósito. Nesse ponto, entende-se que a redação fugiu à lógica do artigo, já que a previsão não é genérica, nem baseada em conceitos jurídicos indeterminados, mas em tutela típica.²⁵⁶

Ressalvadas as hipóteses expressas previstas em lei que fixam, *a priori*, o caráter da evidência, existe controvérsia acerca do rol do art. 311 do CPC. Isto é, diverge a doutrina se: (i) as hipóteses previstas encerram *numerus clausus*; ou (ii) se a tutela da evidência, da forma como inserida na legislação no art. 311, consiste em cláusula geral da evidência cuja interpretação deve nortear a tutela dos direitos evidentes.

Parte da doutrina entende pela taxatividade das hipóteses do art. 311, sob o argumento de que o legislador estabeleceu qual direito considera como evidente.²⁵⁷ Para essa parcela da doutrina, “não há uma cláusula geral que possibilite ao juiz conceder, de acordo com as peculiaridades do caso concreto, tutela da

²⁵⁵ DIDIER JR, Fredie. Braga, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandre de. Tutela Provisória de Evidência. In: **Grandes temas do Novo CPC**. v. 6: tutela provisória / coordenador geral, Fredie Didier Jr.; Mateus Pereira, Roberto Gouveia, Eduardo José da Fonseca Costa. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 421.

²⁵⁶ DOTTI, Rogéria Fagundes. **Tutela da evidência**: probabilidade, defesa frágil e o dever de antecipar a tempo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 267.

²⁵⁷ “Entendemos que se trata de opção legislativa estabelecer qual direito é tido como evidente, no sentido de existir alta probabilidade de sua existência. Poderia o legislador ter estabelecido uma cláusula geral apta a transferir ao juiz a análise da viabilidade ou não, caso a caso, de requisitos genericamente previstos a autorizar a concessão da tutela da evidência. No entanto, segundo entendemos, não foi essa a opção legislativa”. VEIGA, Daniel Brajal. FONSECA, Geraldo. D’ORIO, Rodrigo. FAGUNDES, Cristiane Druve Tavares. ARMELIN, Roberto. Tutela provisória: questões polêmicas. In: **Tutela provisória no CPC**. Dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015. Coordenação de Cássio Scarpinella Bueno (et al.) – 2.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 529.

evidência”.²⁵⁸ Dentre os autores, Humberto Theodoro Junior entende que o Código enumerou de forma taxativa os casos em que a tutela da evidência incidiria e, portanto, ampliar a sua atuação seria uma interpretação extensiva e não permitida.²⁵⁹

Por outro lado, Daniel Amorim Assumpção Neves, em crítica ao art. 311, entende se tratar de um rol exemplificativo em razão de o Código prever outras tutelas da evidência de forma espalhada na lei:

Já que o legislador criou um artigo para prever as hipóteses de tutela da evidência, deveria ter tido o cuidado de fazer uma enumeração mais ampla, ainda que limitada a situações previstas no Código de Processo Civil. Afinal, a liminar da ação possessória, mantida no Novo Código de Processo Civil, continua a ser espécie de tutela de evidência, bem como a concessão do mandado monitório e da liminar nos embargos de terceiro, e nenhuma delas está prevista no art. 311 do Novo CPC; A única conclusão possível é que o rol de tal dispositivo legal é exemplificativo.²⁶⁰

O referido autor define como espécies de tutela da evidência típica aquelas que estão previstas no rol do art. 311 do CPC e atípicas aquelas previstas esparsamente pelo ordenamento legal. Para as tutelas atípicas, entende o autor que os requisitos seriam específicos dos próprios dispositivos e menos robustos do que aqueles previstos para as tutelas típicas do art. 311 do CPC, como, por exemplo, as hipóteses de liminares possessórias, embargos de terceiro e a ação monitória, nas quais os requisitos são aqueles dos próprios dispositivos, não se submetendo à necessidade de comprovação dos direitos evidentes listados nos incisos do art. 311 do CPC. Frise-se que não houve na listagem do autor menção à tutela provisória em sede de inventário prevista no ar. 647 parágrafo único do CPC.²⁶¹

Rogéria Dotti reconhece o art. 647, parágrafo único do CPC, como hipótese

²⁵⁸ Ibid., p. 530.

²⁵⁹ “Em lugar de conceituar genericamente a tutela da evidência, o novo Código preferiu enumerar, de forma taxativa, os casos em que essa modalidade de tutela sumária teria cabimento. Não se pode, por isso, ampliar sua área de atuação, mediante interpretação extensiva.” THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**, volume 1: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum (e-book). 63.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 693.

²⁶⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. Salvador: JusPODIVM, 2018. p. 558.

²⁶¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. Salvador: JusPODIVM, 2018. p. 564.

específica de tutela da evidência e, na mesma linha de Daniel Assumpção Neves, entende que o fato de o código ter previsto outras hipóteses de tutela da evidência fora do rol do art. 311 demonstra ser o artigo meramente exemplificativo. Contudo, a autora vai além, seguindo nesta linha de raciocínio, defende que a técnica da tutela da evidência não fica restrita às hipóteses tipificadas do Código e deve ser aplicada mediante um poder geral de antecipação da evidência para todas as situações em que houver prova suficiente do direito do autor, fragilidade da defesa e necessidade de continuidade da instrução independentemente da natureza do direito material discutido em juízo.²⁶²

Nessa perspectiva, a concepção da tutela da evidência não fica limitada a um rol taxativo, seja dentro do art. 311, seja nas hipóteses atípicas, já que os direitos evidentes são pautados na probabilidade do direito do autor aliados à inconsistência da defesa do réu, o que depende da análise do caso concreto. Nesse passo, interpretar como hipóteses taxativas de evidência seria admitir a escolha de apenas alguns direitos evidentes específicos de forma aleatória, em detrimento de outros, quando esta não foi a intenção do legislador.²⁶³

Por isso, o art. 311 do CPC deve ser interpretado como uma regra geral de conteúdo aberto²⁶⁴ a ser preenchida no momento de aplicação da norma, pautado pelos conceitos jurídicos indeterminados ali empregados, em especial, quando se analisam os incisos I e IV:

Com efeito, tanto o inciso I como o inciso IV trazem expressões vagas, de preenchimento semântico a partir da aferição do caso concreto. Veja-se assim a noção de abuso de defesa ou manifesto propósito protelatório da parte. São expressões propositadamente dotadas de vagueza semântica, dando margem a uma

²⁶² DOTTI, Rogéria Fagundes. **Tutela da evidência**: probabilidade, defesa frágil e o dever de antecipar a tempo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 178.

²⁶³ Ibid., p. 309-310.

²⁶⁴ “A próprio da distinção entre a cláusula geral e conceito jurídico indeterminado, Judith Martins-Consta esclarece que neste último, o juiz se limita a reportar ao fato concreto o elemento (semanticamente vago) indicado na *fattispecie* (devendo, pois, individuar os confins da hipótese abstratamente posta, cujos efeitos já foram predeterminados legislativamente) na cláusula geral a operação intelectual do juiz é mais complexa. O que se quer dizer é que na cláusula geral a análise e a aferição do magistrado abrangem tanto o preenchimento do conteúdo do pressuposto legal, quanto a atribuição do efeito dele decorrente. Nela, consequentemente, há uma dupla indeterminação, ao passo que no conceito indeterminado essa vagueza se mostra apenas em relação ao pressuposto fático de aplicação da regra”. Ibid., p. 312 *apud* COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação (1999) 2.ed, São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 159.

complementação de sentido pelo aplicador de direito. Afinal, o que constitui abuso do direito de defesa? E o propósito protelatório da parte?²⁶⁵

Apenas no caso concreto se poderá observar o que constitui abuso de direito e propósito protelatório. Da mesma forma, a análise do inciso IV permite questionar: o que seriam as provas capazes de gerar dúvida razoável? “Ou melhor, é possível de antemão e abstratamente, especificar quando a prova cria uma dúvida razoável? A resposta é claramente negativa”.²⁶⁶ Fundamental, nesse contexto, observar que o fato de a tutela da evidência poder ser concedida quando não houver dúvida razoável, não significa confundir o grau de exigência de dita prova como máximo de probabilidade, isto é, que a prova esteja acima de qualquer dúvida, sob pena de tornar a medida inaplicável.²⁶⁷

Pode-se concluir, assim, que o art. 311 prevê as balizas norteadoras para a interpretação da tutela da evidência, que deve, por sua vez, ser flexível para considerar as situações postas no processo à luz do caso concreto e a celeridade que a concretização do direito material impõe no caso vertente.

Filia-se, assim, ao pensamento de Rogéria Dotti quanto à interpretação do art. 311 do CPC como regra geral mediante uma noção vaga de evidência, aplicável a todos os casos de abuso de defesa (art. 311, I) ou de inexistência de dúvida razoável (art. 311, IV), o que permite uma aplicação ampla e genérica da tutela da evidência, assegurando um tratamento paritário e isonômico sem uma taxatividade fixada de antemão a determinadas situações de direito material.²⁶⁸

A tutela da evidência, aplicada assim, de forma ampla e genérica, em todas as situações em que as alegações do autor forem mais prováveis que as do réu e sempre que houver defesa inconsistente, assegura um tratamento paritário e uma distribuição mais justa do ônus do tempo no processo. O que se verifica nesses casos é uma outra exigência de celeridade, não caracterizada pelo *periculum in mora*, mas pelo dever de antecipar a tempo, isto é, no momento oportuno.²⁶⁹

²⁶⁵ DOTTI, Rogéria Fagundes. **Tutela da evidência**: probabilidade, defesa frágil e o dever de antecipar a tempo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 311.

²⁶⁶ Ibid., p. 312.

²⁶⁷ Ibid., p. 273.

²⁶⁸ DOTTI, Rogéria Fagundes. **Tutela da evidência**: probabilidade, defesa frágil e o dever de antecipar a tempo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 313-315.

²⁶⁹ Ibid., p. 315.

2.5

A natureza da tutela provisória e as distinções necessárias para caracterização do art. 647, parágrafo único do CPC

Estabelecidas as premissas quanto ao instituto da provisória como gênero e as espécies de urgência e evidência, passa-se à análise específica da previsão contida no art. 647, parágrafo único, do CPC.

Para analisar o enquadramento da tutela provisória em questão, devem ser feitas algumas considerações para afastar confusões e interpretações quanto à natureza processual do tema que atrapalham a sua interpretação como instrumento apto à realização de interesses existenciais e patrimoniais ligados à herança transmitida.

2.5.1

A natureza satisfativa da tutela provisória em inventário e a distinção para a tutela cautelar

A primeira distinção é com relação à tutela cautelar, que, como exposto neste capítulo, consiste em espécie de tutela provisória de urgência com natureza de medida assecuratória para resguardar a produção final do direito material pleiteado. Dita tutela provisória não se confunde com a tutela antecipada, que visa à produção antecipada do direito material pleiteado.

Considerando que, no caso do inventário, a previsão da tutela provisória em estudo consiste em antecipar o uso e a fruição de determinado bem a algum herdeiro, a tutela provisória não tem natureza de medida assecuratória e cautelar. Busca-se a antecipação da produção dos efeitos do direito material (recebimento do bem que comporá o quinhão do herdeiro) que será confirmada em sede de sentença que julga a partilha de bens.

Assim sendo, considerando as duas finalidades da tutela provisória: assecuratória ou satisfativa, conclui-se que a natureza da tutela provisória ora analisada é de natureza antecipada, na medida em que visa antecipar o resultado útil final pretendido ao término do inventário, que é a inclusão do bem no quinhão do herdeiro que pleiteou a tutela provisória.

2.5.2

Distinção da tutela provisória e decisão antecipada do mérito (art. 355, I, do CPC)

A necessária distinção entre a tutela provisória e a decisão antecipada de mérito é de especial relevância para compreensão do tema, a fim de afastar a equivocada confusão entre os institutos na aplicação no art. 647 parágrafo único do CPC.

Com efeito, tanto a decisão antecipada do mérito como a tutela provisória consistem em institutos processuais que têm a finalidade de resguardar a efetividade do resultado pretendido, como mecanismos de aceleração decisional, nas hipóteses em que não se mostra recomendado — e sequer necessário — aguardar o término da ação judicial.

Enquanto de um lado o julgamento antecipado do mérito pressupõe a cognição exauriente da matéria com a consequente dispensa da continuidade da instrução, a tutela antecipada, ao contrário, pressupõe a cognição sumária da matéria, o prosseguimento da instrução probatória e a confirmação posterior em sentença. Essa distinção é de extrema relevância na compreensão do tema.

Isso porque, a despeito da verossimilhança das alegações ou da falta de contestação séria, trata-se, na tutela provisória, de um juízo de probabilidade e não de certeza, cuja confirmação deve ocorrer após a instrução probatória e através da sentença. Não há, assim, coisa julgada material na concessão da tutela, que, justamente pela natureza provisória do instituto, pressupõe o prosseguimento do feito com a cognição exauriente e a posterior confirmação, podendo ser revertida no curso do processo ou não ser confirmada na sentença.

Inicialmente, a confusão entre os institutos decorria da redação do § 6º do art. 273 do CPC/73²⁷⁰, que previa tutela antecipada caso algum pedido fosse incontroverso. Com efeito, durante a vigência do CPC/73, havia divergência doutrinária sobre o tema: existia corrente doutrinária que sustentava se tratar o dispositivo em questão de hipótese de julgamento parcial da lide, porque se o pedido

²⁷⁰ Art. 273 do CPC. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 6 º-A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

era incontroverso, a cognição logicamente seria exauriente, enquanto, na outra ponta, parcela da doutrina dissonante sustava se tratar de tutela provisória, em razão do princípio da unidade da sentença e diante da falta de previsão legal para o julgamento parcial do mérito.²⁷¹

A controvérsia foi superada pela codificação de 2015, que expressamente introduziu as hipóteses de julgamento antecipado do mérito — integral ou parcial — através de decisão interlocutória conforme os arts. 355 e 356 do CPC. Trata-se, nesse caso, de decisão interlocutória que produz coisa julgada material, na qual a lei determina o pronunciamento judicial para apreciação de pedidos incontroversos, que dispensem dilação probatória em razão da matéria discutida ou em decorrência da revelia.

Assim é que o código distingue os dois institutos, em especial, quanto à tutela da evidência e o julgamento antecipado do mérito. Sintetiza Humberto Theodoro Júnior o tema ao pontuar que, ao contrário do que passa com a tutela provisória da evidência, o julgamento antecipado da lide é definitivo e resolve o mérito da causa. Quanto à tutela provisória da evidência, o provimento é por meio de decisão interlocutória que põe fim ao procedimento cognitivo, devendo o processo prosseguir até a sentença final de mérito.²⁷²

No que tange ao inventário, no entanto, a leitura do parágrafo único do art. 647 do CPC permite afastar qualquer confusão com o julgamento antecipado do mérito e confirma a sua interpretação como hipótese específica de tutela provisória antecipada.

Como se observa do dispositivo em questão, o juiz poderá deferir antecipadamente a qualquer dos herdeiros o exercício dos direitos de usar e fruir de determinado bem. Observa-se que a lei permite a realização de dois dos três atributos da propriedade (utilização e fruição), não autorizando, assim, o último atributo, qual seja, a disposição pelo herdeiro do bem antecipadamente, o que, consequentemente, não permite a retirada dos bens do acervo hereditário antes da conclusão do inventário.

²⁷¹ Leia-se nesse sentido: ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela Provisória**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 79.

²⁷² THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**, volume 1: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum (e-book). 63.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 1468.

Ou seja, a disposição sobre o bem pressupõe a posterior confirmação da tutela por sentença, que, de forma definitiva, atribua o bem no quinhão do herdeiro. Em outras palavras, a disposição do art. 647, parágrafo único, do CPC, consiste em atribuição provisória que permite a utilização e fruição como forma de trazer efetividade à transmissão patrimonial, mas sua concessão pressupõe a confirmação em sentença — como qualquer tutela provisória —, para que o bem integre o quinhão do herdeiro de forma definitiva.

A transmissão da propriedade com o encerramento do estado de indivisão só será concretizada ao final do processo de inventário, com a confirmação de que o bem de fato permanecerá no quinhão do herdeiro e, partir daí, poderá o herdeiro dispor livremente do patrimônio. Dita interpretação, portanto, permite concluir que o deferimento da antecipação de tutela é provisório e deve ser confirmado em sentença para consolidar a propriedade no quinhão do herdeiro.

Além disso, prossegue o parágrafo único do art. 647 do CPC estabelecendo como condição para concessão da tutela provisória que o bem permaneça no quinhão do herdeiro no término do inventário. A leitura dessa “condição” deve ser feita de forma sistemática não apenas com todo o dispositivo — o que, como demonstrado, permite *apenas* que o herdeiro use e frua do bem —, mas com a sua inserção dentro do instituto das tutelas provisórias, do qual o art. 647, parágrafo único, é hipótese específica.

Uma leitura isolada do dispositivo poderia levar a entender que a condição de que o bem permaneça no quinhão do herdeiro ao término do inventário seria equivalente a uma antecipação do mérito, como ocorreu, por exemplo, no julgamento do agravo de instrumento n.º 2175818-68.2019.8.26.0000 pela 6ª Câmara de Direito Privado de relatoria do Relator Des. Vitor Guglielmi.²⁷³

²⁷³ INVENTÁRIO. PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DO EXERCÍCIO DOS DIREITOS DE USAR E FRUIR DE PARCELA DOS BENS DO ESPÓLIO, ANTES DA DELIBERAÇÃO FINAL DA PARTILHA, NOS TERMOS DO ARTIGO 647, PARÁGRAFO ÚNICO DO CPC. INADMISSIBILIDADE. **DISPOSITIVO QUE CONDICIONA TAL ANTECIPAÇÃO A QUE, AO TÉRMINO DO INVENTÁRIO, O BEM INTEGRE A COTA DO HERDEIRO PLEITEANTE. DOUTRINA QUE APONTA A NECESSIDADE DE CERTEZA DE QUE O BEM INTEGRARÁ A COTA DE TAL HERDEIRO, VEZ QUE O DEFERIMENTO DO PEDIDO, EMBORA ANTECIPADO, TEM EFICÁCIA DEFINITIVA.** CASO EM QUE EXISTE INTENSA ANIMOSIDADE DOS HERDEIROS E AUSÊNCIA DE PRÉVIA DEFINIÇÃO DAS COTAS QUE A CADA QUAL CABERÁ. INVENTÁRIO MARCADO POR INÚMEROS INCIDENTES, PEDIDO DE REMOÇÃO DE INVENTARIANTE E DE RECONHECIMENTO DE SONEGAÇÃO DE BENS, ALÉM DA PROPOSITURA, NAS VIAS ORDINÁRIAS, DE AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DO TESTAMENTO. VALOR

A justificativa do voto do relator foi de que a incidência do art. 647 parágrafo único do CPC poderia eventualmente acentuar a litigiosidade dos herdeiros e seria prematura porque, primeiro, não se sabe se o bem de fato integrará o quinhão do herdeiro e, segundo, porque o valor expressivo dos bens a serem partilhados exige do julgador redobrada cautela. Assim, “melhor que se aguarde a decisão de deliberação final da partilha, que resolverá os pedidos das partes e designará os bens que constituirão o quinhão de cada herdeiro, à luz da igualdade, comodidade e prevenção de litígios que devem reger a partilha”.

O acórdão será analisado especificamente no 3º capítulo desta dissertação, no entanto, observa-se que a interpretação da condição se afasta da principal característica da tutela antecipada, que é a sua provisoriedade e, consequentemente, da necessidade de prosseguimento da demanda com a posterior confirmação em sentença da tutela provisória autorizada em sede de cognição sumária.

A tutela provisória em questão tem natureza antecipada e, a depender da situação do inventário *causa mortis*, poderá produzir efeitos irreversíveis, como excepcionalmente se permite e já abordado no item 2.3.5. No entanto, a produção de efeitos irreversíveis não deve ser confundida com a eficácia definitiva da decisão, equiparando-a a uma antecipação do mérito.

A produção de eventuais efeitos irreversíveis — a ser observada e sopesada no caso concreto — não retira o caráter de provisoriedade da tutela e a necessidade de prosseguimento para apuração de sua confirmação com a cognição exauriente ao fim do inventário.

Em outras palavras, encarar a tutela provisória como de caráter definitivo seria afastá-la de sua natureza primordial (provisoriiedade) e torná-la, consequentemente, de impossível aplicação para solução das demandas de inventário que necessitem da antecipação dos efeitos da tutela, sob a premissa equivocada de que, embora antecipada a decisão, tem eficácia definitiva.

No âmbito do inventário, a solução definitiva da partilha de bens com a inclusão dos bens no quinhão dos herdeiros será feita na sentença. Nessa perspectiva, caso o juízo já dispusesse de todos os elementos para a prolação de

ELEVADÍSSIMO DOS BENS DO ESPÓLIO (CERCA DE R\$ 140.000.000,00) QUE RECOMENDA REDOBRADA CAUTELA. DECISÃO DE INDEFERIMENTO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. TJSP, Agravo de Instrumento 2175818-68.2019.8.26.0000; 6ª Câmara de Direito Privado, Relator Des. Vitor Guglielmi, data do julgamento: 03/10/2019, data de registro: 03/10/2019 – grifou-se

sentença, não seria sequer necessária a adoção da tutela provisória. A medida somente se justificaria para retirar o efeito suspensivo em sede de apelação (art. 1.012 do CPC), o que certamente não consiste na principal função da tutela provisória, em especial, no âmbito do inventário.

Portanto, considerando a interpretação sistemática do instituto da tutela provisória, a leitura da “condição” do parágrafo único do art. 647 de que o bem deverá integrar o quinhão do herdeiro ao término do inventário, na verdade, confirma, ao fim e ao cabo, a própria natureza da tutela provisória antecipada pleiteada: a necessidade de confirmação em sede de sentença.

Essa condição, no entanto, não retira o caráter provisório da tutela, ainda que produza efeitos irreversíveis, já que o mecanismo da tutela provisória possui ferramentas aplicáveis à irreversibilidade da decisão, as quais devem ser estendidas ao escopo da tutela provisória específica do inventário.

Trata-se da antecipação do direito material pleiteado, de que o bem integre o quinhão daquele herdeiro no término do inventário. Essa condição apenas elucida a própria função da tutela provisória antecipada e não se confunde com a cognição exauriente e definitiva da matéria tratada com o julgamento antecipado do mérito.

Com efeito, como será tratado no terceiro capítulo, é preciso estabelecer as diretrizes norteadoras da aplicação da tutela provisória em sede de inventário para afastar a interpretação do dispositivo como situação meramente “excepcional” e que deveria ser evitada quando há litígio entre os herdeiros.²⁷⁴

²⁷⁴ AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE ENTREGA ANTECIPADA DO QUINHÃO HEREDITÁRIO. AUTORIZAÇÃO DE USAR E DE FRUIR OS DIREITOS DAS AÇÕES DA PESSOA JURÍDICA. ARTIGO 647 E SEQUINTE DO CPC. JUSTA CAUSA. EXISTÊNCIA DE CONFLITO DE INTERESSES E ANIMOSIDADE ENTRE OS HERDEIROS. NOMEAÇÃO DE INVENTARIANTE JUDICIAL DE NOTÓRIA IDONEIDADE. DECISÃO MANTIDA. 1. A decisão agravada indeferiu o pedido de entrega antecipada do quinhão hereditário, consistente na autorização de usar e de fruir os direitos das ações da pessoa jurídica, nos termos do artigo 647, parágrafo único, do CPC, nos autos da Ação de Inventário. 2. **A antecipação de uso e fruição é faculdade legal que deve ser adotada com as cautelas devidas, tendo em vista que a medida possui cunho satisfativo e não se traduz em direito potestativo do herdeiro. Trata-se de tutela de evidência, que antecipa o resultado prático do processo de inventário, conferindo a possibilidade de deferimento, antecipadamente, a qualquer dos herdeiros, o exercício dos direitos de usar e de fruir de determinados bens da herança. É medida excepcional no processamento do inventário e da partilha, somente cabendo sua admissão quando comprovada a justa causa, além da inexistência de prejuízo às partes interessadas e à Fazenda Pública.** 3. No inventário em curso, existem vários herdeiros e inúmeras desavenças, fato que levou à nomeação de terceiro para administração do acervo hereditário, de modo a possibilitar a finalização do feito, sendo certo que ocorreu após ter sido constatado, no incidente de remoção de inventariante, a incapacidade e inidoneidade do herdeiro para exercer o encargo.

A previsão legal do parágrafo único do art. 647 tem, na realidade, justamente o enfoque de trazer efetividade à transmissão patrimonial *causa mortis* — efetividade esta que deve nortear os processos de inventário, não devendo ser interpretada como mera exceção.

Não raro, os inventários litigiosos demandam décadas para sua conclusão e, conseqüentemente, para a efetivação da transmissão definitiva da propriedade para os herdeiros. Nessa perspectiva, aguardar a sua conclusão com a realização da partilha faz com que o patrimônio fique submetido por anos ao regime jurídico do inventário, se deteriore em razão do tempo do litígio e não concretize o real interesse e as necessidades dos sucessores.

Nesse aspecto, portanto, a tutela provisória do inventário tem a função de trazer efetividade à transmissão *causa mortis*, ainda que de forma provisória, podendo ser mecanismo apto a solucionar conflitos entre os herdeiros e permitir, inclusive, o prosseguimento do inventário de forma mais célere e em cumprimento à função da propriedade que se busca transmitir, evitando que, ao término do processo, tenha o bem se deteriorado.

4. O indeferimento do pedido de remoção de inventariante foi confirmado em sede recursal por esta 20ª Câmara Cível (Agravos de Instrumento nº 0038274-38.2017.8.19.0000, nº 0038290-89.2017.8.19.0000 e nº 38311- 65.2017.8.19.0000), sendo certo que quando da nomeação do inventariante o espólio encontrava-se em extrema precariedade, pois vinha sendo administrado, durante a inventariança do herdeiro, de maneira prejudicial ao monte e aos demais herdeiros (ausência de prestação de contas da administração da herança; uso de procuração falsa em AGE; dilapidação não justificada do patrimônio; dentre outros). 5. O inventariante judicial foi nomeado em razão de sua capacidade e notória idoneidade, portanto, autorizar a fruição dos direitos seria um contrassenso, seria perpetuar as desavenças; ao invés de resultar em soluções concretas a acelerar a conclusão do inventário, a administração do quinhão pelos herdeiros antes da partilha possui o condão de gerar problemas insolúveis à administração da empresa prejudicando o espólio. 6. **Diante do conflito existente entre os herdeiros, que inviabiliza o término do inventário e o regular processamento do feito, há justo motivo para não recomendar a concessão da medida excepcional.** NEGATIVA DE PROVIMENTO AO RECURSO. (TJRJ, Agravo de instrumento 0068197-12.2017.8.19.0000, Vigésima Câmara Cível, Des. Mônica de Faria Sardas, julgamento 22.08.2018 – grifou-se)

3

A leitura sistemática do art. 647, parágrafo único do CPC no instituto das tutelas provisórias sob a perspectiva civil-constitucional

3.1

Os requisitos da tutela provisória satisfativa do art. 647, parágrafo único, do CPC

Estabelecidas as principais características do instituto da tutela provisória no ordenamento brasileiro, permite-se analisar os requisitos da tutela provisória específica do parágrafo único do art. 647 do CPC, que é objeto deste capítulo.

A tutela provisória em inventário autoriza a derrogação do princípio da unidade da sucessão, segundo o qual a herança consiste em um todo indivisível até o momento da partilha dos bens. Com isso, afasta-se a regra geral de aplicação das normas atinentes ao condomínio até a concretização da partilha.

Inicialmente, da leitura do dispositivo, depreende-se que a concessão da tutela em análise pressupõe a assunção do herdeiro dos ônus, com direito a auferir os correspondentes bônus decorrentes do uso e da fruição dos bens (eventuais frutos, naturais, industriais, civis).

Em qualquer hipótese, a decisão deve ser fundamentada para justificar os motivos que levaram à vinculação do bem ao herdeiro, seja pela exigência do próprio parágrafo único do art. 647 do CPC, seja pela leitura sistemática do dispositivo com o art. 93, IX, da Constituição e o art. 489, §1º, do CPC.²⁷⁵

O deferimento da tutela provisória afasta a norma contida no art. 2.020 do CC/2002,²⁷⁶ segundo a qual os herdeiros na posse dos bens da herança são obrigados a trazer ao acervo os frutos que perceberam desde a abertura da sucessão e têm direito ao reembolso das despesas necessárias e úteis que fizeram, respondendo por perdas e danos por aquelas despesas que, por dolo ou culpa,

²⁷⁵ ARAÚJO, Luciano Vianna. **Comentários ao código de processo civil** – volume 3 (arts. 539 a 925 / Cassio Scarpinella Bueno (coordenador) – São Paulo: Saraiva, 2017. p 251.

²⁷⁶ Art. 2.020 do Código Civil. Os herdeiros em posse dos bens da herança, o cônjuge sobrevivente e o inventariante são obrigados a trazer ao acervo os frutos que perceberam, desde a abertura da sucessão; têm direito ao reembolso das despesas necessárias e úteis que fizeram, e respondem pelo dano a que, por dolo ou culpa, deram causa.

tiverem dado causa. Como o bem deverá integrar a cota hereditária do interessado, se este ocasionar o perecimento do bem, será ao final do inventário o único prejudicado.²⁷⁷

Luciano Vianna Araújo entende como requisito inafastável para a concessão da tutela que o bem componha o quinhão do herdeiro ao final do inventário. Isso porque o sucessor passará a usar e fruir do bem, de modo que não seria razoável que o bem coubesse a outro herdeiro, em especial, porque o beneficiado com a tutela provisória teve o ônus e bônus decorrente do exercício do direito de usar e fruir do bem.²⁷⁸

Entende o autor que, depois de requerida — e deferida — a tutela provisória, não pode o herdeiro desistir do pedido de que o bem seja incluído em seu quinhão. De fato, sob esse prisma, o herdeiro não poderá simplesmente desistir do pedido após o seu deferimento, sob pena de condenação em perdas e danos em aplicação da regra geral do art. 2.020 do CC. Do contrário, o herdeiro que usufruiu gratuitamente durante o inventário de determinado bem, como, por exemplo, de um automóvel, ao final do processo poderia decidir não mais permanecer com o bem, que, por sua vez, teve seu valor depreciado no decurso do processo.

Contudo, conforme retratado no segundo capítulo, é preciso bem esclarecer o que se interpreta deste requisito considerando a redação do parágrafo único ao mencionar como condição que, ao término do inventário, o bem integre a cota do herdeiro, para que não se confunda o instituto com o julgamento antecipado do mérito e, consequentemente, com uma partilha antecipada de bens.

Há que se interpretar essa exigência (condição de que o bem integre a cota do herdeiro) dentro da sistemática da tutela provisória. Isto é, como o parágrafo único do art. 647 é uma hipótese específica de tutela provisória em inventário, pressupõe-se a sua concessão mediante juízo de probabilidade. Logo, como não se está diante de um juízo de certeza, o deferimento da tutela provisória deve ser confirmado em sentença e, consequentemente, existe a possibilidade, ainda que remota, de reversão da medida.

Nesse passo, embora não se vislumbre a possibilidade de o herdeiro desistir

²⁷⁷ ARAÚJO, Luciano Vianna. **Comentários ao código de processo civil** – volume 3 (arts. 539 a 925 / Cassio Scarpinella Bueno (coordenador) – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 252.

²⁷⁸ Ibid., p 251.

da tutela provisória sem a sua condenação em perdas e danos, fatos supervenientes podem ocorrer no curso do processo que ocasionem a alteração das premissas de concessão da medida. Por exemplo, a superveniência de eventuais herdeiros até então desconhecidos ou a existência de dívidas do falecido que ocasionem a redução do monte. Naturalmente, como o processo ainda não se encerrou, a decisão não tem caráter definitivo e poderá ser revista.

Em sentido contrário, Antonio Carlos Marcato sustenta se tratar a decisão de uma antecipação de partilha, na qual “a decisão apesar de antecipatória, tem eficácia definitiva, pois o efetivo exercício do direito pelo herdeiro beneficiado acarretará, necessariamente, a inclusão do bem em seu quinhão hereditário”.²⁷⁹ Com efeito, a interpretação tem sido invocada pelos Tribunais para negar a aplicação da norma.²⁸⁰

Ocorre que o aludido posicionamento desconsidera a sistemática das tutelas provisórias fundadas necessariamente em juízo de cognição sumária. Caso tivesse a decisão eficácia definitiva e natureza de partilha antecipada, o bem deveria sair do monte partilhável e ser destinado definitivamente ao herdeiro. No entanto, ao contrário, o herdeiro não pode dispor do bem até a deliberação final da partilha.

Nesse ponto, não se pode confundir eficácia definitiva com irreversibilidade dos efeitos da tutela provisória, conforme item 2.3.5 desta dissertação, já que é possível a concessão da tutela provisória com a produção de efeitos irreversíveis.

A interpretação da norma não comporta a possibilidade de partilha antecipada. Isto é, permite-se que o herdeiro utilize e usufrua, mas não se autoriza que disponha do bem. Nesse contexto, a decisão tem necessariamente caráter provisório, e a sua leitura integrada dentro da sistemática das tutelas provisórias permite concluir que esse requisito (bem integrante no quinhão do herdeiro) não é definitivo.

O requisito expressa, na literalidade, a natureza primordial de qualquer tutela provisória: a necessidade de demonstrar a probabilidade do direito, ou seja, as

²⁷⁹ MARCATO, Antonio Carlos. **Procedimentos Especiais**. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2021. p. 278.

²⁸⁰ “INVENTÁRIO. Decisão que indefere pedido de concessão aos herdeiros dos direitos de uso e fruição sobre quotas sociais das empresas que integram o Grupo THOMEU. Manutenção. Circunstâncias do caso concreto que não possibilitam acolher a pretensão das herdeiras. Inteligência do art. 647, parágrafo único, do CPC/2015. Litigiosidade elevada entre as partes. Eficácia definitiva da medida que, em tese, poderia elevar ainda mais a carga litigiosa. Controvérsia entre herdeiros que não deve contaminar a administração das empresas. Recurso improvido” (Agravado de Instrumento nº 2143298-60.2016.8.26.0000, 1ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Francisco Loureiro, j. 09/09/2016).

razões pelas quais a tutela — de natureza antecipada — deverá ser confirmada para manter o bem no quinhão do herdeiro.

Portanto, o requisito não pode ser enfrentado como de eficácia definitiva, apto a ensejar uma partilha antecipada, sob pena de se afastar da natureza da tutela provisória, além de tornar a norma de baixa aplicabilidade, restringindo-a às situações em que não exista litígio entre as partes e seja possível desde logo consensualmente atribuir um bem no quinhão do herdeiro. Essa não deve ser única função que a norma pode desempenhar.

Limitar a aplicação da norma a hipóteses consensuais afastaria a sua função no ordenamento como potencial mecanismo de tornar o inventário um campo de maior efetividade e atenção ao patrimônio e interesses concretos em casos marcados pelo litígio. São essas as demandas que mais necessitam da aplicabilidade de tutela provisória.

Não raro, as ações de inventário perduram por décadas no Poder Judiciário, e, durante a tramitação do inventário, a administração do espólio incumbe exclusivamente ao inventariante. A depender da complexidade do acervo, ou da existência de litígio com os demais herdeiros, o inventariante não consegue dar a devida destinação ao patrimônio.

Nesse passo, a tutela provisória poderá servir como instrumento apto a trazer maior efetividade à administração patrimonial e conservação do patrimônio, permitindo que herdeiros que de fato tenham vinculação com os bens os administrem e, conseqüentemente, os conservem, desde que o bem integre seu quinhão no final do processo.

Cabe ao herdeiro demonstrar, em juízo de probabilidade: (i) que o bem caberá em seu quinhão, sem violação da legítima dos herdeiros necessários; (ii) e as razões pelas quais deveria existir a vinculação do herdeiro ao bem, aptas, em juízo de merecimento de tutela, a justificar a derrogação do princípio da unidade da sucessão, sendo relevante nesse ponto a análise dos critérios norteadores da divisão patrimonial previstos no art. 648 do CPC em sua leitura à luz da Constituição, em especial, da função social da propriedade e da necessidade, conforme analisado nos itens 1.5 e 1.6 do primeiro capítulo.

Observa-se, no entanto, que o enquadramento da norma suscita divergência na doutrina. Como pontua Daniel Assumpção Neves, de um lado, não existe dúvida quanto à natureza interlocutória da decisão, que é recorrível por agravo de

instrumento (art. 1.015, parágrafo único, do CPC), mas, de outro lado, existe dúvida quanto à natureza da norma:

Não se trata de julgamento antecipado de mérito porque o herdeiro recebe apenas o exercício dos direitos de usar e usufruir do bem, e não sua propriedade. Por outro lado, embora se assemelhe a tutela provisória (da evidência, porque a lei não prevê o *periculum in mora* como requisito para sua concessão), parte da certeza de que o bem integra a cota do herdeiro beneficiado pela concessão da tutela, o que contraria o juízo de mera probabilidade típico das tutelas provisórias”.²⁸¹

Apesar de reconhecer que o caso não se enquadra como julgamento antecipado do mérito, a dúvida do autor tem fundamento justamente no requisito do parágrafo único do art. 647, ou seja, a suposta certeza de que o bem integrará a cota do herdeiro não seria típico do instituto das tutelas provisórias. Percebe-se, assim, que a redação do artigo, ao estabelecer como condição que o bem integre o quinhão do herdeiro, gera imensas dúvidas quanto ao enquadramento e às repercussões da norma.

Ocorre que, no caso, a interpretação dentro da sistemática de tutelas provisórias — da qual o art. 647, parágrafo único, é hipótese específica — permite concluir ser um requisito de probabilidade e não de certeza. Isto é, o herdeiro deve demonstrar a probabilidade de seu direito de que, ao término do inventário, o bem integre o seu o quinhão.

A leitura do dispositivo como hipótese específica de tutela provisória impede que o requisito seja enfrentado sob a ótica definitiva. Evita-se com isso a confusão entre o instituto da tutela provisória e o julgamento antecipado do mérito, que não subsiste no processo civil após o advento do CPC/2015.

Por evidente, no curso do inventário, não há como de forma definitiva atribuir os bens aos herdeiros em juízo de certeza. A atribuição definitiva dos bens ocorreria caso o juízo já detivesse o conhecimento exauriente da demanda, hipótese em que, a rigor, a tutela provisória seria despicienda, sendo mais produtiva a realização da partilha de bens, com a consequente permissão para que os herdeiros disponham livremente do patrimônio mediante a transferência de titularidade.

Adota-se nesta dissertação o entendimento de que o art. 647, parágrafo único,

²⁸¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. Salvador: JusPODIVM, 2018. p. 977.

do CPC não consiste em julgamento antecipado (art. 335, I, do CPC/2015) e não representa partilha antecipada. Trata-se de espécie de tutela provisória antecipada (CPC/2015, art. 303 e ss.), pois satisfativa, na linha do que entendem Ricardo Alexandre da Silva e Eduardo Lamy²⁸² e Luiz Guilherme Marinoni²⁸³.

É preciso bem delimitar o enquadramento da tutela provisória em questão para, então, aproximá-la da função que visa promover no inventário: a concretização do direito de *saisine* e a transmissão — ainda que provisória — da propriedade mais atenta aos interesses dos sucessores e ao cumprimento da função social da propriedade.

Dita leitura permite tornar o fenômeno processual do inventário *causa mortis* em espaço de maior eficiência, com a concretização do direito material tutelado, em especial, quando se está diante de patrimônios complexos ou intenso litúgio entre os herdeiros, o que, conseqüentemente, demandará tempo de resolução, além de adoção das fases processuais inerentes ao procedimento ordinário previsto na legislação processual até a deliberação da partilha.

O procedimento de inventário e partilha tem a função “de promover a listagem e a avaliação dos bens e direitos integrantes de uma universalidade a ser dissolvida e a sua atribuição aos respectivos interessados”.²⁸⁴ Mais do que isso, o inventário, na perspectiva constitucional, é espaço de promoção dos interesses dos sucessores e dos bens que integram o acervo hereditário.

O inventário, como instrumento necessário e obrigatório à concretização da transmissão patrimonial *causa mortis*, não pode ter sua função limitada à listagem, avaliação e divisão patrimonial, em especial, mediante a aplicação dos critérios de maior igualdade entre os quinhões de forma estanque. Essa interpretação não subsiste mais na metodologia do direito civil constitucional.

²⁸² SILVA, Ricardo Alexandre da. LAMY, Eduardo. Comentários ao Código De Processo Civil. v. IX (arts. 539 ao 673). 2.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 442/444.

²⁸³ “Fruição provisória de bem. O art. 647, parágrafo único, estabelece modalidade específica de tutela provisória satisfativa. Sua previsão, porém, não exclui a possibilidade de outras medidas fundadas em urgência ou evidência, que sejam adequadas à situação concreta (STJ, 3ª Turma. REsp 1.738.656/RJ. Rel. Min. Nancy Andrighi. DJe 05.12.2019).” MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado** (livro eletrônico). 7.ed. São Paulo: TR Brasil, 2021. p. 558.

²⁸⁴ ROCHA, Felipe Borring. Comentário ao art. 609. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo [coord.]. **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: GenForense, 2.ed., 2016. p. 942.

O procedimento de inventário sob a perspectiva constitucional, tanto do direito civil como do processo civil, deve estar atento à dignidade dos sucessores envolvidos no processo judicial, e, conseqüentemente, há que se contemplar os seus interesses concretos, a promoção do patrimônio hereditário, o que pressupõe uma transmissão efetiva, célere e apta a concretizar o direito material pleiteado.

Nessa perspectiva, a tutela provisória satisfativa do art. 647, parágrafo único, consiste em importante mecanismo do inventário para concretização dos interesses que recaem sobre os bens. A aplicação da tutela provisória se aplica ao herdeiro, seja legítimo, testamentário ou legatário, conforme o Enunciado 181 do Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC.²⁸⁵

Mesmo que o dispositivo tenha sido inserido na seção que disciplina a partilha de bens, nada impede que a tutela provisória seja aplicada antes da deliberação da partilha e da apresentação das últimas declarações.²⁸⁶ Defende-se que melhor teria sido inserir a tutela provisória nas disposições gerais do inventário e partilha ou nas disposições comuns a todas as seções, mas de toda forma o requerimento pode ser formulado a qualquer tempo pelo interessado desde a abertura da sucessão.²⁸⁷

Embora não haja previsão expressa da necessidade de contraditório para concessão da tutela provisória específica do inventário, recomenda-se o respeito ao contraditório e a necessidade de consulta às demais partes (CPC/2015, art. 10).²⁸⁸

Recomenda-se ao menos o conhecimento do rol de sucessores, dos bens e da existência de dívidas, com a apresentação das primeiras declarações que permita ao juízo do inventário o conhecimento das balizas iniciais necessárias para formar seu

²⁸⁵ Enunciado 181 do FPPC: “A previsão do parágrafo único do art. 647 é aplicável aos legatários na hipótese do inciso I do art. 645, desde que reservado patrimônio que garanta o pagamento do espólio”.

²⁸⁶ SILVA, Ricardo Alexandre da. LAMY, Eduardo. Comentários ao Código De Processo Civil. v. IX (arts. 539 ao 673). 2.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 442-444.

²⁸⁷ ARAÚJO, Luciano Vianna. **Comentários ao código de processo civil** – volume 3 (arts. 539 a 925 / Cassio Scarpinella Bueno (coordenador) – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 253.

²⁸⁸ “Ainda que o dispositivo conste, topograficamente, na seção que disciplina a partilha, nada impede que, respeitados os princípios da cooperação e do contraditório, a utilização e a fruição antecipada de bens seja deferida antes mesmo das últimas declarações e da fase de partilha. Constitui, portanto, tutela concedida a um herdeiro que muito provavelmente será o futuro destinatário do bem, aumentando-se a efetividade do feito, mas devendo-se atentar, no sistema do CPC/2015, à necessidade de consulta às demais partes (CPC/2015, art. 10), respeitando-se os princípios da cooperação e do contraditório substancial.” SILVA, Ricardo Alexandre da. LAMY, Eduardo. Op. Cit., p. 442-444.

juízo de convencimento acerca da probabilidade do direito do herdeiro postulante.

Estabelecidas as premissas e requisitos necessários para classificação do art. 647, parágrafo único, do CPC como tutela provisória específica de natureza antecipada, passa-se à análise de seu enquadramento como espécie de urgência e evidência, a fim de estabelecer os requisitos de sua aplicação.

3.2

Enquadramento da tutela provisória em inventário: tutela da evidência e de urgência

Formulado o pedido de tutela provisória por um dos herdeiros, sem oposição dos demais, a sua concessão pelo juízo não parece ter maiores controvérsias. Inclusive, em se tratando de um acordo, permite-se às partes, dentro dos limites da cláusula geral de negociação do art. 190 do CPC, estabelecer a tutela provisória da evidência diante de prova documentada.²⁸⁹

A questão, no entanto, ganha diferente relevo quando se está diante de uma situação litigiosa entre os herdeiros (partilha judicial), ou, ainda, em razão de conflito entre as disposições de última vontade do autor da herança e o interesse dos sucessores (partilha-testamento), considerando, neste aspecto, os limites da autonomia testamentária funcionalizada, trabalhados no primeiro capítulo.

Nessas hipóteses, caberá ao juízo do inventário a decisão acerca da concessão da tutela provisória (art. 612 do CPC), com a avaliação: (i) dos requisitos processuais ensejadores da medida; e (ii) dos critérios que deverão fundamentar a decisão e que poderão vincular o bem ao herdeiro.

Como analisado no segundo capítulo desta dissertação, a tutela provisória antecipada pode ser concedida: (i) na modalidade de urgência, com a comprovação da probabilidade do direito e a demonstração do *periculum in mora*; e (ii) na modalidade da evidência, com a demonstração da probabilidade do direito do autor

²⁸⁹ “Mas registre-se, de logo, que, no âmbito da tutela de evidência documentada, nada impede que as partes selem entre si negócio jurídico, antes ou durante o processo, dentro dos limites da cláusula geral de negociação do art. 190 do CPC, para atribuir a um documento a aptidão para permitir ou não a tutela de evidência, nas hipóteses do art. 311, II a IV, do CPC. Essa é, inclusive, uma hipótese que tende a ser muito usual de negócio jurídico processual.” DIDIER JR, Fredie. Braga, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandre de. Tutela Provisória de Evidência. In: **Grandes temas do Novo CPC**. v. 6: tutela provisória / coordenador geral, Fredie Didier Jr.; Mateus Pereira, Roberto Gouveia, Eduardo José da Fonseca Costa. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 421.

e dispensando-se a demonstração do risco ao resultado do processo ou risco de dano ao exercício do direito material. Ambas as espécies de tutela provisória têm as suas particularidades e requisitos próprios.

Quanto à tutela provisória no inventário, não há no dispositivo o requisito do *periculum in mora*. Por isso, uma primeira leitura, de forma *excludente*, acabaria por inserir a tutela provisória antecipada como hipótese de evidência, como majoritariamente mostra-se o posicionamento da doutrina no sentido de que a tutela em questão funda-se na evidência.²⁹⁰

Nesse sentido, Marco Antonio Rodrigues e Conrado Paulino da Rosa entendem que a tutela no inventário é aplicável caso se esteja diante do rol do art. 311 do CPC, como, por exemplo, no caso do abuso do direito de defesa ou manifesto protelatório de alguma parte, reconhecendo os autores ser a hipótese do art. 647, parágrafo único, do CPC, uma hipótese de tutela da evidência.²⁹¹

Para Luciano Vianna Araújo, a tutela provisória do parágrafo único do art. 647 do CPC funda-se “*mais na evidência do que na urgência*”.²⁹² Nesse sentido, pode a tutela ser concedida independentemente da existência de risco ao resultado útil do processo e de perigo de dano conforme a previsão do *caput* do art. 311 do CPC e “não se faz necessária, em regra, a presença do *periculum in mora* (tutela de urgência), bastando para a concessão da tutela provisória, a evidência do direito (tutela da evidência).”²⁹³ Exemplifica o autor:

Em certas situações, por exemplo, um interessado pode, antes mesmo do óbito do inventariado, morar num dos imóveis inventariado. Se não há prejuízo para os demais interessados que este imóvel lhe seja partilhado exclusivamente, nada mais razoável que o juiz defira a tutela provisória e, desde logo, atribua a esse interessado

²⁹⁰ “Nota-se que além da condição de que o bem venha a integrar a cota do herdeiro a quem se anteciparam os direitos de uso e fruição e da previsão de que esse herdeiro arque com os ônus decorrentes do exercício desses direitos, nada mais se exige para que o juiz os antecipe. Não se trata, portanto, de antecipação de tutela condicionada à existência de perigo de dano. Nada se exige nesse sentido”. VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa. Dos procedimentos especiais. In: **CPC em foco**. Temas essenciais e sua receptividade: dois anos de vigência do novo CPC / Teresa Arruda Alvim, coordenação – 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 428.

²⁹¹ ROSA, Conrado Paulino da. **Inventário e Partilha**. 4.ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2022. p.415

²⁹² ARAÚJO, Luciano Vianna. **Comentários ao código de processo civil** – volume 3 (arts. 539 a 925 / Cassio Scarpinella Bueno (coordenador) – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 253.

²⁹³ Ibid., p. 253.

o direito de usar e fruir do imóvel, arcando com todos os ônus e bônus daí decorrentes. Não há, nesta hipótese, necessariamente *periculum in mora*. Repita-se: a bem da verdade, realizou-se, do ponto de vista processual, a ficção jurídica do direito *de saisine*.²⁹⁴

Apesar de enquadrar o dispositivo, em princípio, como tutela da evidência, o autor não descarta a hipótese de o juiz se valer da tutela de urgência quando houver litígio entre os herdeiros.²⁹⁵ Ou seja, por essa leitura, depreende-se que o autor defende a aplicação da tutela da evidência quando (i) não houver prejuízo aos demais herdeiros; ou (ii) se estiver diante da concordância de todos. Caso exista conflito, eventualmente poderá o julgador ter que se valer dos requisitos da tutela de urgência.

De igual forma, Eduardo Lamy e Ricardo Alexandre da Silva reconhecem que se trata a hipótese de tutela provisória antecipada, na qual os requisitos “não são típicos da tutela de urgência, possuindo mais caráter de evidência do que de urgência”.²⁹⁶ Não excluem os autores a possibilidade de enquadramento da norma como tutela de urgência “especialmente para que o próprio bem possa ser protegido, como seria o caso, por exemplo, da utilização antecipada de um automóvel, também com o objetivo de não deixá-lo parado”.²⁹⁷

Entendem os autores que a própria demora do inventário já seria “razão o suficiente para o deferimento da medida ao herdeiro que, com maior probabilidade, deverá ficar com determinado bem”.²⁹⁸ De fato, a demora do inventário e a necessidade de resolução do direito material a tempo estão intrinsecamente associadas à ideia de efetividade e celeridade processual que fundamentam a tutela da evidência, justamente para permitir a realização do resultado útil pretendido

²⁹⁴ ARAÚJO, Luciano Vianna. **Comentários ao código de processo civil** – volume 3 (arts. 539 a 925 / Cassio Scarpinella Bueno (coordenador) – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 253.

²⁹⁵ “Caso haja oposição por um dos herdeiros ao pedido de tutela provisória no processo de inventário e de partilha de bens, caberá ao juiz decidir a questão (art. 612 do CPC/2015. Nesta hipótese, talvez se revele necessário comprovar os requisitos da tutela da urgência”. ARAÚJO, Luciano Vianna. **Comentários ao código de processo civil** – volume 3 (arts. 539 a 925 / Cassio Scarpinella Bueno (coordenador) – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 253.

²⁹⁶ SILVA, Ricardo Alexandre da. LAMY, Eduardo. **Comentários ao Código De Processo Civil**. v. IX (arts. 539 ao 673). 2.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 442-444.

²⁹⁷ Ibid., p. 442-444.

²⁹⁸ Ibid., p. 442-444.

independentemente de risco ligado ao requisito do *periculum in mora*.

Rodrigo Mazzei enquadra a tutela provisória como hipótese de evidência, entendendo que o art. 647, parágrafo único, do CPC guarda especial relação com os incisos I e IV do art. 311 do CPC. Apesar de denominar a norma como “partilha antecipada” — denominação que, como demonstrado no item 3.1. tem levado a confusões de interpretação do dispositivo com relação ao julgamento antecipado do mérito —, o referido autor reconhece o enquadramento da norma como tutela provisória da evidência, o que, no entanto, “não exclui — por exemplo — a postulação de tutela provisória baseada na urgência, inclusive para efeito de antecipação de partilha.”²⁹⁹

A tutela provisória em inventário não fica restrita ao enquadramento dentro do regime da tutela da evidência. Na realidade, como tutela provisória antecipada, pode ser fundamentada tanto na evidência como na urgência, a depender da situação do caso concreto.³⁰⁰

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o enquadramento da tutela provisória como de urgência ou evidência foi analisado no julgamento do Recurso Especial 1.738.656/RJ de relatoria da Ministra Nancy Andrighi. Conforme a ementa do acórdão³⁰¹, um dos objetos do recurso consistia em definir “se a antecipação de

²⁹⁹ MAZZEI, Rodrigo (Comentários ao Código de Processo Civil: volume XII (arts. 610 a 673). José Roberto Ferreira Gouvêa, Luis Guilherme Bondioli e José Francisco Naves da Fonseca (coords). São Paulo: Saraiva, no prelo.

³⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado** (livro eletrônico). 7.ed. São Paulo: TR Brasil, 2021. p. 558.

³⁰¹ CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INVENTÁRIO. CELEBRAÇÃO DE NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL ATÍPICO. CLÁUSULA GERAL DO ART. 190 DO NOVO CPC. AUMENTO DO PROTAGONISMO DAS PARTES, EQUILIBRANDO-SE AS VERTENTES DO CONTRATUALISMO E DO PUBLICISMO PROCESSUAL, SEM DESPIR O JUIZ DE PODERES ESSENCIAIS À OBTENÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA, CÉLERE E JUSTA. CONTROLE DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS QUANTO AO OBJETO E ABRANGÊNCIA. POSSIBILIDADE. DEVER DE EXTIRPAR AS QUESTÕES NÃO CONVENCIONADAS E QUE NÃO PODEM SER SUBTRAÍDAS DO PODER JUDICIÁRIO. NEGÓCIO JURÍDICO ENTRE HERDEIROS QUE PACTUARAM SOBRE RETIRADA MENSAL PARA CUSTEIO DE DESPESAS, A SER ANTECIPADA COM OS FRUTOS E RENDIMENTOS DOS BENS. AUSÊNCIA DE CONSENSO SOBRE O VALOR EXATO A SER RECEBIDO POR UM HERDEIRO. ARBITRAMENTO JUDICIAL. SUPERVENIÊNCIA DE PEDIDO DE MAJORAÇÃO DO VALOR PELO HERDEIRO. POSSIBILIDADE DE EXAME PELO PODER JUDICIÁRIO. QUESTÃO NÃO ABRANGIDA PELA CONVENÇÃO QUE VERSA TAMBÉM SOBRE O DIREITO MATERIAL CONTROVERTIDO. INEXISTÊNCIA DE VINCULAÇÃO DO JUIZ AO DECIDIDO, ESPECIALMENTE QUANDO HOUVER ALEGAÇÃO DE SUPERVENIENTE MODIFICAÇÃO DO SUBSTRATO FÁTICO. NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL ATÍPICO QUE APENAS PODE SER BILATERAL, LIMITADOS AOS SUJEITOS

PROCESSUAIS PARCIAIS. JUIZ QUE NÃO PODE SER SUJEITO DE NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL. INTERPRETAÇÃO ESTRITIVA DO OBJETO E DA ABRANGÊNCIA DO NEGÓCIO. NÃO SUBSTRAÇÃO DO EXAME DO PODER JUDICIÁRIO DE QUESTÕES QUE DESBORDEM O OBJETO CONVENCIONADO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA. REVISÃO DO VALOR QUE PODE SER TAMBÉM DECIDIDA À LUZ DO MICROSSISTEMA DE TUTELAS PROVISÓRIAS. ART. 647, PARÁGRAFO ÚNICO, DO NOVO CPC. SUPOSTA NOVIDADE. TUTELA PROVISÓRIA EM INVENTÁRIO ADMITIDA, NA MODALIDADE URGÊNCIA E EVIDÊNCIA, DESDE A REFORMA PROCESSUAL DE 1994, COMPLEMENTADA PELA REFORMA DE 2002. CONCRETUDE AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. HIPÓTESE ESPECÍFICA DE TUTELA PROVISÓRIA DA EVIDÊNCIA QUE OBVIAMENTE NÃO EXCLUI DA APRECIÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA. REQUISITOS PROCESSUAIS DISTINTOS. EXAME, PELO ACÓRDÃO RECORRIDO, APENAS DA TUTELA DA EVIDÊNCIA. ACORDO REALIZADO ENTRE OS HERDEIROS COM FEIÇÕES PARTICULARES QUE O ASSEMELHAM A PENSÃO ALIMENTÍCIA CONVENCIONAL E PROVISÓRIA. ALEGADA MODIFICAÇÃO DO SUBSTRATO FÁTICO. QUESTÃO NÃO EXAMINADA PELO ACÓRDÃO RECORRIDO. REJULGAMENTO DO RECURSO À LUZ DOS PRESSUPOSTOS DA TUTELA DE URGÊNCIA.

1- Recurso especial interposto em 19/12/2016 e atribuído à Relatora em 25/01/2018.

2- Os propósitos recursais consistem em definir: (i) se a fixação de determinado valor a ser recebido mensalmente pelo herdeiro a título de adiantamento de herança configura negócio jurídico processual atípico na forma do art. 190, caput, do novo CPC; (ii) se a antecipação de uso e de fruição da herança prevista no art. 647, parágrafo único, do novo CPC, é hipótese de tutela da evidência distinta daquela genericamente prevista no art. 311 do novo CPC.

3- Embora existissem negócios jurídicos processuais típicos no CPC/73, é correto afirmar que inova o CPC/15 ao prever uma cláusula geral de negociação por meio da qual se concedem às partes mais poderes para convencionar sobre matéria processual, modificando substancialmente a disciplina legal sobre o tema, especialmente porque se passa a admitir a celebração de negócios processuais não especificados na legislação, isto é, atípicos.

4- O novo CPC, pois, pretende melhor equilibrar a constante e histórica tensão entre os antagônicos fenômenos do contratualismo e do publicismo processual, de modo a permitir uma maior participação e contribuição das partes para a obtenção da tutela jurisdicional efetiva, célere e justa, sem despir o juiz, todavia, de uma gama suficientemente ampla de poderes essenciais para que se atinja esse resultado, o que inclui, evidentemente, a possibilidade do controle de validade dos referidos acordos pelo Poder Judiciário, que poderá negar a sua aplicação, por exemplo, se houver nulidade.

5- Dentre os poderes atribuídos ao juiz para o controle dos negócios jurídicos processuais celebrados entre as partes está o de delimitar precisamente o seu objeto e abrangência, cabendo-lhe decotar, quando necessário, as questões que não foram expressamente pactuadas pelas partes e que, por isso mesmo, não podem ser subtraídas do exame do Poder Judiciário.

6- Na hipótese, convencionaram os herdeiros que todos eles fariam jus a uma retirada mensal para custear as suas despesas ordinárias, a ser antecipada com os frutos e os rendimentos dos bens pertencentes ao espólio, até que fosse ultimada a partilha, não tendo havido consenso, contudo, quanto ao exato valor da retirada mensal de um dos herdeiros, de modo que coube ao magistrado arbitrá-lo.

7- A superveniente pretensão do herdeiro, que busca a majoração do valor que havia sido arbitrado judicialmente em momento anterior, fundada na possibilidade de aumento sem prejuízo ao espólio e na necessidade de fixação de um novo valor em razão de modificação de suas condições, evidentemente não está abrangida pela convenção anteriormente firmada.

8- Admitir que o referido acordo, que sequer se pode conceituar como um negócio processual puro, pois o seu objeto é o próprio direito material que se discute e que se pretende obter na ação de inventário, impediria novo exame do valor a ser destinado ao herdeiro pelo Poder Judiciário, resultaria na conclusão de que o juiz teria se tornado igualmente sujeito do negócio avençado entre as partes e, como é cediço, o juiz nunca foi, não é e nem tampouco poderá ser sujeito de negócio jurídico material ou processual que lhe seja dado conhecer no exercício da judicatura,

uso e de fruição da herança prevista no art. 647, parágrafo único, do novo CPC, é hipótese de tutela da evidência distinta daquela genericamente prevista no art. 311 do novo CPC”.

No caso em análise, depreende-se do voto da relatora do recurso especial que os herdeiros haviam pactuado, em 2013, negócio jurídico processual, ainda na vigência do CPC/1973, para recebimento de rendimentos e frutos dos bens que compunham a herança, proporcionais aos seus quinhões hereditários, com o propósito específico de que cada herdeiro reunisse condições de custear as suas despesas do cotidiano. Ao final do inventário, os valores recebidos deveriam

especialmente porque os negócios jurídicos processuais atípicos autorizados pelo novo CPC são apenas os bilaterais, isto é, àqueles celebrados entre os sujeitos processuais parciais.

9- A interpretação acerca do objeto e da abrangência do negócio deve ser restritiva, de modo a não subtrair do Poder Judiciário o exame de questões relacionadas ao direito material ou processual que obviamente desbordem do objeto convencionado entre os litigantes, sob pena de ferir de morte o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal e do art. 3º, caput, do novo CPC.

10- A possibilidade de revisão do valor que se poderá antecipar ao herdeiro também é admissível sob a lente das tutelas provisórias, sendo relevante destacar, nesse particular, que embora se diga que o art. 647, parágrafo único, do novo CPC seja uma completa inovação no ordenamento jurídico processual brasileiro, a tutela provisória já era admitida, inclusive em ações de inventário, desde a reforma processual de 1994, que passou a admitir genericamente a concessão de tutela antecipatória, em qualquer espécie de procedimento, fundada em urgência (art. 273, I, do CPC/73) ou na evidência (art. 273, II, do CPC/73), complementada pela reforma de 2002, que introduziu a concessão da tutela fundada em incontestabilidade (art. 273, §6º, do CPC/73), microssistema que deu concretude aos princípios constitucionais da inafastabilidade da tutela jurisdicional e da razoável duração do processo.

11- O fato de o art. 647, parágrafo único, do novo CPC, prever uma hipótese específica de tutela provisória da evidência evidentemente não exclui da apreciação do Poder Judiciário a pretensão antecipatória, inclusive formulada em ação de inventário, que se funde em urgência, ante a sua matriz essencialmente constitucional.

12- A antecipação da fruição e do uso de bens que compõem a herança é admissível: (i) por tutela provisória da evidência, se não houver controvérsia ou oposição dos demais herdeiros quanto ao uso, fruição e provável destino do referido bem a quem pleiteia a antecipação;

(ii) por tutela provisória de urgência, independentemente de eventual controvérsia ou oposição dos demais herdeiros, se presentes os pressupostos legais.

13- Na hipótese, o acordo celebrado entre as partes é bastante singular, pois não versa sobre bens específicos, mas sobre rendimentos e frutos dos bens que compõem a herança ao espólio, bem como porque fora estipulado com o propósito específico de que cada herdeiro reunisse condições de custear as suas despesas do cotidiano, assemelhando-se, sobremaneira, a uma espécie de pensão alimentícia convencional a ser paga pelo espólio enquanto perdurar a ação de inventário e partilha.

14- Tendo o acórdão recorrido se afastado dessas premissas, impõe-se o rejugamento do recurso em 2º grau de jurisdição, a fim de que a questão relacionada à modificação do valor que havia sido arbitrado judicialmente seja decidida à luz da possibilidade de majoração sem prejuízo ao espólio e da necessidade demonstrada pelo herdeiro, o que não se pode fazer desde logo nesta Corte em virtude da necessidade de profunda incursão no acervo fático-probatório.

15- Recurso especial conhecido e provido, para cassar o acórdão recorrido e determinar que o agravo de instrumento seja rejugado à luz dos pressupostos da tutela provisória de urgência, observando-se, por fim, que eventual majoração deverá respeitar o limite correspondente ao quinhão hereditário que couber à parte insurgente. (REsp n. 1.738.656/RJ, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 3/12/2019, DJe de 5/12/2019.)

integrar a cota de cada herdeiro.

Em 2016, um dos herdeiros pediu a majoração da quantia recebida, ao fundamento de que haveria, de um lado, a probabilidade do direito fundada na possibilidade de reajuste do valor sem prejuízo ao espólio e, de outro lado, a necessidade de reajuste em virtude de residir o herdeiro requerente no exterior, de modo que a conversão em dólar por ocasião dos pagamentos gerava redução de seu poder aquisitivo desproporcional em comparação aos demais herdeiros.

O caso julgado inicialmente pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro de relatoria do Desembargador Alexandre Freitas Câmara enquadrou o acordo firmado como hipótese de negócio jurídico processual atípico de adiantamento de herança, não obstante a peculiaridade do caso dizer respeito ao recebimento de frutos e rendimentos dos bens da herança e não, à antecipação dos bens *em si*.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro indeferiu o pedido do herdeiro de majoração dos valores recebidos, sob o fundamento de que, não existindo novo pacto entre os herdeiros, a modificação do valor só poderia ser concedida mediante tutela da evidência “com base no art. 647, parágrafo único, do CPC, cujos pressupostos devem ser examinados à luz das hipóteses de tutela da evidência genericamente previstas no art. 311 do novo CPC”.

Nessa interpretação adotada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a tutela específica do art. 647 do CPC foi encaixada como hipótese específica de tutela da evidência submetida à leitura das hipóteses do art. 311 do CPC.

O acórdão do Tribunal de Justiça partiu da premissa de que a tutela específica no inventário seria medida excepcional, e sua concessão, dentro da sistemática da evidência, deveria preencher alguma das hipóteses tipificadas no art. 311 do CPC, de modo que, em análise ao caso concreto, o pleito do herdeiro não caracterizava abuso de direito de defesa, manifesto propósito protelatórios dos requeridos e tampouco nenhuma das hipóteses dos incisos I a IV do art. 311 do CPC.

Importante observar que a interpretação adotada subordinou a análise do art. 647, parágrafo único do CPC aos requisitos da regra geral do art. 311 do CPC. Isto é, primeiro enquadrou-se a norma como tutela da evidência e, em seguida, firmou-se o entendimento de que a hipótese específica no inventário deve contemplar as hipóteses do art. 311 do CPC, em leitura taxativa do rol deste dispositivo.

Observa-se que a interpretação adotada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro está em sentido contrário da interpretação especificada no item 2.4.5 e adotada nesta dissertação, no sentido de que os direitos evidentes não estão restritos às hipóteses taxativas do art. 311 do CPC. O dispositivo consiste, na verdade, em cláusula geral interpretativa dos direitos evidentes, que não ficam restritos às hipóteses taxativas daquele dispositivo.

No julgamento do recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça afirmou ser peculiar a “convenção sobre a antecipação da tutela jurisdicional fundada na possibilidade de adiantamento de parcela da herança, conjugada com a necessidade de o herdeiro custear suas despesas”, cuja natureza mais se aproximava de uma pensão alimentícia convencional.

Quanto à aplicação específica do art. 647, parágrafo único, do CPC, o entendimento da Corte Superior partiu do pressuposto de que a tutela provisória em inventário disciplinou “situação específica — antecipação de tutela em ação de inventário — que a bem da verdade, já era suscetível de concessão, nas modalidades urgência e evidência antes mesmo da entrada em vigor do novo diploma processual”.

Esse posicionamento partiu de análise do sistema processual de 1973. Para a relatora, desde o CPC/1973, não haveria óbice à concessão de tutela provisória em inventário no CPC de 1973, seja na modalidade de urgência ou de evidência e o parágrafo único do art. 647 seria “despiciendo”.

Isso porque na revisão da relatora, os “embriões da tutela da evidência” já existiam no CPC revogado. Isto é, a tutela da evidência poderia ser concedida com fundamento no abuso do direito de defesa e propósito protelatório do réu, independentemente do risco, na forma do art. 273, II, do CPC/1973. Além disso, a tutela antecipada poderia ser concedida quando o pedido fosse incontroverso, na forma do art. 273, §6º do CPC/1973.

Diante disso, para a relatora, os referidos dispositivos (art. 273, II e § 6º do CPC/1973) foram incluídos na legislação processual após o art. 1.027 do CPC/73, segundo o qual “passada em julgado a sentença mencionada no artigo antecedente, receberá o herdeiro os bens que lhe tocarem”. Uma leitura isolada deste último dispositivo, conforme o voto da relatora Ministra Nancy Andrigli, poderia dar a entender pela “eventual impossibilidade de tutela provisória para antecipação de partilha ou de legado”.

Contudo, não existiria razão para o microssistema de tutelas provisórias deixar de ser aplicado às ações de inventário, seja porque o art. 273, I, II e §6º do CPC/73 foi incluído posteriormente ao art. 1.027 do mesmo Código, seja pelo fato de que o sistema de tutelas provisórias “está topologicamente situado nas disposições gerais do processo e do procedimento (não se referindo, pois, apenas ao procedimento ordinário).”

Nessa lógica, a tutela provisória específica do art. 647, parágrafo único, deve ser interpretada dentro da sistemática das tutelas provisórias, permitindo enquadrá-la, portanto, como espécie de evidência ou de urgência.

O resultado do julgamento concluiu que, mesmo inexistindo o requisito da urgência no parágrafo único do art. 647 do CPC, a sua análise dentro da sistemática de tutelas provisórias permite que a antecipação dos bens por tutela provisória ocorra “seja na hipótese de urgência, seja na hipótese de incontrovérsia entre as partes”, o que atende “aos princípios constitucionais da inafastabilidade da tutela jurisdicional e da razoável duração do processo.”

Em suma, a antecipação da fruição e do uso de bens que compõem a herança é admissível: (i) por tutela provisória da evidência, se não houver controvérsia ou oposição dos demais herdeiros quanto ao uso, fruição e provável destino do referido bem a quem pleiteia a antecipação; (ii) por tutela provisória de urgência, independentemente de eventual controvérsia ou oposição dos demais herdeiros, se presentes os pressupostos legais.

Nesse caso, a peculiaridade do acordo celebrado entre as partes constatou natureza semelhante a uma pensão alimentícia convencional — e não o vínculo com determinado bem — razão pela qual se assemelhava mais à urgência do que à evidência, já que, na hipótese, o acordo não versou sobre bens específicos do monte, mas sobre o recebimento de rendimentos e frutos dos bens, estipulado com o propósito específico de que cada herdeiro reunisse condições de custear as suas despesas do cotidiano.

O acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro foi anulado para que o caso fosse reanalisado sob o viés da tutela provisória de urgência, e não da evidência. Assim, outro acórdão foi proferido em seu lugar conforme determinação do Superior Tribunal de Justiça “à luz dos pressupostos da tutela provisória de urgência, observando-se, por fim, que eventual majoração deverá respeitar o limite correspondente ao quinhão hereditário que couber ao recorrente”.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ao julgar novamente o caso dentro do regimento da tutela de urgência, entendeu que não estavam presentes os elementos para concessão da medida.³⁰²

A despeito das peculiaridades do caso concreto, estabeleceram-se a partir desse julgamento importantes premissas em sede de jurisprudência para a análise do art. 647, parágrafo único, do CPC.

Houve o reconhecimento da tutela provisória específica para o inventário como de natureza antecipada, que pode ser tanto de urgência como de evidência, a despeito do dispositivo em questão não fazer menção ao requisito do *periculum in mora*.

Com efeito, a distinção entre as espécies de tutela é fundamental para a aplicação da tutela provisória em inventário, já que os requisitos para a sua configuração são distintos, a depender do fundamento adotado, com base na urgência ou na evidência. A depender da fundamentação, maior peso será dado ao *periculum in mora* do que à probabilidade do direito e vice-versa, apurando-se assim a espécie de tutela aplicável ao caso com base no jogo de proporcionalidade entre os requisitos, conforme desenvolvido no segundo capítulo.

Por exemplo, o bem poderá ser antecipado ao herdeiro em razão do critério da necessidade decorrente de vínculos de dependência econômica que o herdeiro tinha com o autor da herança, como na hipótese tratada acima na qual a antecipação ao herdeiro mais se assemelhava à natureza de pensão alimentícia, o que poderá atrair a demonstração do *periculum in mora*.

Por outro lado, podem ocorrer hipóteses em que não exista *periculum in mora*, mas ainda assim subsistam motivos suficientes para caracterização do direito evidente. Pode-se exemplificar com o caso de vínculos de trabalho, em que a

³⁰² Direito Processual Civil. Direito das Sucessões. Inventário e partilha. Herdeiro que já recebe valores mensais a título de adiantamento de seu quinhão hereditário e pretende, agora, a revisão desse valor a título de tutela de urgência. Requisitos da tutela provisória de urgência que são cumulativos. Hipótese dos autos em que não ficou demonstrada a existência de situação de urgência. Adiantamento de valores que, conforme reconhecido pelo STJ em acórdão proferido neste processo, tem natureza de pensão alimentícia convencional. Majoração do valor que dependeria da demonstração de que o valor atualmente recebido, somado à remuneração profissional que percebe por seu trabalho em importante instituição financeira com sede nos Estados Unidos da América, não seja suficiente para assegurar sua sobrevivência digna. Ausência de elementos que justifiquem, ao menos neste momento, a majoração do valor. Desprovisionamento do recurso. (Agravado de Instrumento 0030990-13.2016.8.19.0000, Des. Rel. Alexandre Antonio Franco Freitas Câmara, 2ª CCTJ, Data de Julgamento: 16/09/2020 - Data de Publicação: 18/09/2020).

atribuição para determinado herdeiro poderia cumprir a função social para promoção do bem, quando, na hipótese, este for o herdeiro mais qualificado para administrá-lo, além de não existir contestação séria para impedir a antecipação ao herdeiro, aliado à necessidade de solucionar o direito material a tempo.

Além dos pontos acima, através do posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, é preciso afastar duas ideias quanto à aplicação da tutela provisória em inventário.

A primeira delas consiste no fato de que a tutela provisória em inventário se trataria de hipótese “despicienda”. Na verdade, a tutela provisória em questão se enquadra como hipótese específica e atípica, que, assim como as demais tutelas provisórias específicas e atípicas espalhadas pela codificação³⁰³ (como, por exemplo, liminares possessórias, embargos de terceiro e a ação monitória) deve ser analisada sob seus requisitos próprios, especificados no item 3.1. acima.

Com efeito, o fato de a tutela em inventário ser submetida à leitura sistemática dentro do regime de tutelas provisórias e poder ser enquadrada como de urgência e de evidência não a torna despicienda. Por consistir em hipótese atípica de vinculação de bens aos herdeiros, a sua leitura deve observar os requisitos próprios e específicos desta modalidade de tutela provisória.

Embora se pudesse genericamente pensar na possibilidade de tutela provisória em inventário pelo microssistema da tutela antecipada no CPC/1973, não existia até então na legislação processual dispositivo que permitisse a vinculação do bem ao herdeiro, em possibilidade de derrogação do princípio da unidade da sucessão. Aliás, justamente pela falta de previsão legal apta a vincular bens aos herdeiros, as partilhas dos procedimentos litigiosos pautavam-se — e ainda são norteadas — por critérios estanques e que não levam em consideração os interesses dos sucessores e a função da propriedade.³⁰⁴

A segunda ideia adotada no julgamento e que deve ser afastada constitui aquela de que a tutela da evidência somente pode ser aplicada “se não houver controvérsia ou oposição dos demais herdeiros quanto ao uso, fruição e provável destino do referido bem a quem pleiteia a antecipação”. Limitar a aplicação da tutela

³⁰³ Nesse sentido, veja-se o item 2.4.5 desta dissertação.

³⁰⁴ Vide item 1.5.3 quanto à insuficiência dos critérios legais na hipótese de conflito ou inexistência de divisão cômoda entre os herdeiros.

da evidência em inventário às hipóteses de acordo entre os herdeiros significaria esvaziar e, aliás, contrariar a própria função da tutela provisória em inventário.

A tutela provisória serve para dirimir controvérsias entre as partes, em especial, no inventário quando se está diante de um cenário litigioso. A previsão do ordenamento de concessão da tutela da evidência tem, na verdade, como pressuposto a necessidade de intervenção judicial. Caso a hipótese fosse de consenso, a tutela da evidência seria dispensável.

Nesse passo, a função da tutela da evidência tem o intuito de promover a função social do acervo hereditário e atender aos interesses dos sucessores, conferindo-lhes acesso aos bens do inventário desde logo e, conseqüentemente, aproximar o inventário da efetiva concretização do direito de *saísine*.

Portanto, quando se estiver diante de direitos evidentes que mereçam ser tutelados, a inexistência de consenso entre os herdeiros não pode servir para invocar a inaplicabilidade da tutela da evidência, que deve ser objeto de decisão pelo Poder Judiciário. Da mesma forma, o litígio entre os herdeiros, por si só, não pode ser a justificativa para deixar de aplicar a tutela provisória.

Até porque, como pontua Rogéria Dotti, “além de gerar comportamentos processuais mais adequados, a concessão da tutela da evidência também contribui para obtenção de soluções consensuais gerando economia processual”.³⁰⁵ Destaca a autora nesse sentido:

Conforme se observa em estudos de análise econômica do direito e na experiência do *référé-provision*, a antecipação baseada apenas na probabilidade do direito constitui um importante estímulo para as transações. Isso porque ela faz desaparecer o otimismo dos litigantes e a chamada assimetria na informação a respeito do possível desfecho do processo. Além disso, o fato de as partes sofrerem os efeitos concretos do provimento geral gera um impacto extremamente favorável à conciliação.³⁰⁶

O pensamento é compartilhado por Bruno da Rós Bodart no sentido de que, “ao atribuir ao demandado os custos do tempo do processo, o magistrado desestimula práticas procrastinatórias, de modo que o processo tende a terminar

³⁰⁵ DOTTI, Rogéria Fagundes. **Tutela da evidência**: probabilidade, defesa frágil e o dever de antecipar a tempo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 215.

³⁰⁶ Ibid., p. 215.

mais rápido”³⁰⁷.

Desde que não ocasione prejuízo no quinhão dos demais herdeiros, não se impede o deferimento da tutela provisória caso preenchidos os requisitos autorizadores da medida. Passa-se, então, a analisar o enquadramento da tutela provisória em ambas as hipóteses de evidência e urgência, bem como os requisitos específicos para concessão da medida.

3.3

Os critérios para o reconhecimento do direito evidente em sede de tutela provisória no inventário

A essência da técnica da antecipação baseada na evidência consiste na valoração das alegações e das provas produzidas pelas partes, sempre que houver probabilidade do direito do autor e a inconsistência das alegações do réu, na busca de equilíbrio, de um lado, do tempo da espera para a instrução e, do outro, da celeridade e certeza.³⁰⁸

Como pontua Luiz Fux, o direito evidente tem característica mista material e processual: do ponto de vista do direito material, o direito evidente é “aquele que se projeta no âmbito do sujeito de direito que postula” e; no que tange ao aspecto processual, “é evidente o direito cuja prova dos fatos sobre os quais incide revelações incontestáveis ou ao menos impassíveis de contestação séria”.³⁰⁹

Nessa perspectiva, a regra geral do art. 311 do CPC deve nortear a tutela dos direitos evidentes pautando-se pela prova suficiente do direito do autor, fragilidade da defesa e necessidade de continuidade da instrução independentemente da natureza do direito material discutido em juízo.³¹⁰ A aplicação da tutela da evidência no âmbito do inventário pressupõe a análise sistemática do art. 647, parágrafo único, do CPC mediante a incidência interpretativa da regra geral de

³⁰⁷ BODART, Bruno da Rós. **Tutela de evidência**: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC. 2. Ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 157.

³⁰⁸ Conforme objeto de estudo no item 2.4 desta dissertação.

³⁰⁹ FUX, Luiz. **A tutela dos direitos evidentes**. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, ano 2, número 16, p. 23-43, abril de 2000. p. 7.

³¹⁰ DOTTE, Rogéria Fagundes. **Tutela da evidência**: probabilidade, defesa frágil e o dever de antecipar a tempo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 178.

conteúdo aberto do art. 311 do CPC.

Com efeito, a decisão que concede a tutela provisória deve ser fundamentada, mediante a regra geral do art. 489 do CPC e da leitura do parágrafo único do art. 647 do CPC. Apesar disso, a codificação não estabelece quais os critérios norteadores da decisão, isto é: em quais cenários o direito de usar e fruir do bem deve ser considerado como evidente em derrogação ao princípio da unidade da sucessão?

Observa-se que o dispositivo estabeleceu tão somente a condição de que, ao término do inventário, o bem integre a cota do herdeiro, cabendo a este, desde o deferimento, todos os ônus e bônus decorrentes do exercício daqueles direitos.³¹¹ No entanto, dita condição não reflete os motivos aptos a ensejar a decisão fundamentada do juiz para a aplicação da tutela provisória que permitirá a vinculação do bem ao herdeiro.

Da mesma forma, a análise isolada do art. 311 do CPC é insuficiente para caracterizar o direito evidente do herdeiro. Relembre-se aqui que o rol do art. 311 do CPC dispõe que será concedida a tutela da evidência quando: (I) ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; (II) as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; (III) se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa; (IV) a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Considerando, portanto, a regra geral do art. 311 como norteador interpretativo, caracteriza-se o direito evidente no inventário quando existirem provas suficientes da probabilidade do direito do herdeiro em ter reconhecida a sua vinculação com o bem, a fim de que o bem integre o seu quinhão, impassível de contestação séria por outros herdeiros.

Ainda, é possível que seja configurado abuso de direito e propósito protelatório das partes que atrasarem o procedimento de inventário judicial, como,

³¹¹ Como tratado no item 3.1 acima, a condição traduz a própria essência da tutela provisória e não é absoluta, devendo ser confirmada em sentença.

por exemplo, pela demora para a prática dos atos necessários à finalização do processo, avaliação do acervo, apresentação de documentação necessária, dentre outras medidas inerentes ao procedimento.

Não raro, herdeiros que permanecem na posse dos bens durante o processo de inventário se beneficiam do estado de indivisão e da morosidade inerente ao procedimento de inventário, em detrimento de outros herdeiros, que não estão na posse dos bens, ocasionando intuito protelatório, até mesmo por comportamento omissivo em dar prosseguimento ao feito. A tutela provisória, neste aspecto, consiste em mecanismo para combater o desequilíbrio entre as partes, proporcionando um processo mais paritário, além de eficiente.

Considerando que a tutela provisória em análise permite a vinculação de um bem a determinado herdeiro, a caracterização do direito evidente deve ser norteadada por critérios aptos a proporcionar uma divisão de bens eficiente dentro da perspectiva civil constitucional, em especial, mediante a promoção dos valores da solidariedade e da função social da propriedade, em uma leitura promocional das regras dos arts. 648 do CPC/2015 e 2.017 do CC/2002.³¹²

De fato, a legislação brasileira não estabelece expressamente as hipóteses que podem autorizar a vinculação dos bens aos herdeiros para a elaboração final da partilha ao contrário, por exemplo, de legislações estrangeiras, como é o caso do *Code Civil* francês, cuja experiência pode em muito enriquecer a aplicação da tutela provisória ora analisada. Eis as hipóteses destacadas por Ana Luiza Nevares definidas pela legislação francesa para atribuição preferencial em partilha de bens:

De acordo com o art. 831 do Code Civil, a atribuição preferencial será prerrogativa do cônjuge sobrevivente ou de qualquer herdeiro coproprietário na sucessão: (i) de empresa agrícola, comercial, industrial, artesanal ou liberal de cuja exploração aquele participe ou tenha participado efetivamente; (ii) do local que lhe serve efetivamente de habitação, se nele o beneficiário tem a sua residência à época da abertura da sucessão e dos móveis que o guarnecem; (iii) do local que lhe serve efetivamente ao exercício profissional e dos móveis que o guarnecem e (iv) do conjunto dos bens móveis necessários à exploração de um bem rural cultivado pelo autor da herança a título de arrendatário ou de rendeiro (este último aquele que se encarrega da cultura de um terreno com a condição de dar ao proprietário metade dos frutos), quando tal conjunto permanece no proveito do demandante ou quando um novo contrato é consentido em substituição ao antigo. Em caso de conflito entre demandantes do direito de preferência, a autoridade judiciária deverá levar em conta as aptidões dos diferentes requerentes quanto à gestão e à manutenção dos bens

³¹² Vide itens 1.5 e 1.6 desta dissertação.

disputados, e, quanto às empresas, em particular, o tempo de duração da participação pessoal daqueles na atividade que é explorada (Code Civil, arts. 832-833).³¹³

Como se vê, a atribuição preferencial prevista na legislação francesa considera a função dos bens do acervo hereditário e o papel que ditos bens desempenham para os sucessores, em aplicação atenta aos valores da solidariedade e função social da propriedade, privilegiando vínculos de moradia, trabalho e a exploração econômica dos bens.

Na mesma linha, destacam Ana Carolina Brochado Teixeira e Alexandre Miranda de Oliveira que a elaboração de uma partilha de bens eficiente deve levar em consideração:

(i) eventuais vulnerabilidades dos herdeiros (quanto à idade, saúde etc.); (ii) vínculos que os herdeiros tenham com algum bem do acervo, seja por profissão, moradia, ocupação do bem etc.; (iii) manutenção dos bens, liquidez, potencial de exploração econômica, o que acaba por remeter às condições financeiras e inclinações pessoais de cada herdeiro.³¹⁴

Embora não haja dispositivo específico de atribuição preferencial na legislação brasileira, a leitura dos critérios da maior igualdade possível, da comodidade e da prevenção de litígios futuros (art. 648 do CPC e art. 2.017 do CC), à luz dos princípios constitucionais, permite alcançar soluções semelhantes para a efetivação da partilha de bens mais atenta aos interesses dos sucessores e à função social da propriedade,³¹⁵ em especial, através da tutela provisória analisada nesta

³¹³ NEVARES, Ana Luiza Maia. As inovações do Código de Processo Civil de 2015 no direito das sucessões. In: **Anais do X Congresso Brasileiro de Direito de Família** - Famílias nossas de cada dia. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. v. 01. p. 141-183. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/239.pdf>. Acesso em: 06.10.2022. p. 160.

³¹⁴ OLIVEIRA, Alexandre Miranda. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Qualificação e quantificação da legítima: critérios para partilha de bens. In: **Arquitetura do Planejamento Sucessório**. Daniele Chaves Teixeira (Coord). Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 37.

³¹⁵ “Poder-se-ia dizer que, pelos critérios da maior igualdade possível, da comodidade e da prevenção de litígios futuros, aplicados segundo a normativa constitucional, chegar-se-ia a resultados semelhantes, ou seja, ao estabelecimento da partilha consoante a vinculação de determinados sucessores a específicos bens integrantes do acervo, conforme as particularidades dos primeiros, inclusive com a possibilidade de se afastar a licitação, pois, à luz da dignidade da pessoa humana, não se pode priorizar o critério econômico em detrimento das especificidades dos sucessores em relação ao bem disputado. Entretanto, seria mais salutar que a legislação sucessória efetivamente tivesse essa preocupação, afastando-se da neutralidade, com garantia de realização dos valores constitucionais na divisão hereditária.” NEVARES, ANA LUIZA MAIA. Em que medida o Código de processo civil de 2015 trouxe maior efetividade para o direito sucessório? In MATOS, Ana Carla Harmatiuk; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado;

dissertação.

Cita-se como exemplo a existência de uma fazenda que produza atividades econômicas e que componha o acervo hereditário. Na hipótese de litígio entre os sucessores, a continuidade das atividades pressupõe a sua administração por herdeiro que eventualmente já desempenhava atividade laboral antes do falecimento do *de cuius* ou que melhor possa desempenhá-la na falta de consenso. Não é recomendável que a propriedade perca seu valor econômico e importância social em razão de litígio entre os sucessores e demora no término do inventário.

Nesse cenário, a antecipação da resolução do tema por meio da tutela provisória vai de encontro à efetividade processual que se busca no procedimento e que permite tornar o inventário espaço de promoção da função daquela propriedade transmitida, impedindo que do falecimento resulte a perda do valor econômico do bem, em prejuízo dos herdeiros e da sociedade.

Encontram-se nos tribunais casos nos quais se busca a maior efetividade na transmissão patrimonial para concretização da função social da propriedade, como se observa, por exemplo, de caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo,³¹⁶ no qual herdeiros formularam pedido de antecipação do exercício dos direitos de usar e de fruir de diversos bens do acervo hereditário, dentre eles

TEPEDINO, Gustavo (Coord.) Direito Civil, Constituição e unidade do sistema: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – V Congresso IBDCivil. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 379

³¹⁶ INVENTÁRIO. PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DO EXERCÍCIO DOS DIREITOS DE USAR E FRUIR DE PARCELA DOS BENS DO ESPÓLIO, ANTES DA DELIBERAÇÃO FINAL DA PARTILHA, NOS TERMOS DO ARTIGO 647, PARÁGRAFO ÚNICO DO CPC. INADMISSIBILIDADE. DISPOSITIVO QUE CONDICIONA TAL ANTECIPAÇÃO A QUE, AO TÉRMINO DO INVENTÁRIO, O BEM INTEGRE A COTA DO HERDEIRO PLEITEANTE. DOUTRINA QUE APONTA A NECESSIDADE DE CERTEZA DE QUE O BEM INTEGRARÁ A COTA DE TAL HERDEIRO, VEZ QUE O DEFERIMENTO DO PEDIDO, EMBORA ANTECIPADO, TEM EFICÁCIA DEFINITIVA. CASO EM QUE EXISTE INTENSA ANIMOSIDADE DOS HERDEIROS E AUSÊNCIA DE PRÉVIA DEFINIÇÃO DAS COTAS QUE A CADA QUAL CABERÁ. INVENTÁRIO MARCADO POR INÚMEROS INCIDENTES, PEDIDO DE REMOÇÃO DE INVENTARIANTE E DE RECONHECIMENTO DE SONEGAÇÃO DE BENS, ALÉM DA PROPOSITURA, NAS VIAS ORDINÁRIAS, DE AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DO TESTAMENTO. VALOR ELEVADÍSSIMO DOS BENS DO ESPÓLIO (CERCA DE R\$ 140.000.000,00) QUE RECOMENDA REDOBRADA CAUTELA. DECISÃO DE INDEFERIMENTO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. (TJSP; Agravo de Instrumento 2175818-68.2019.8.26.0000; Relator (a): Vito Guglielmi; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro de Barretos - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 03/10/2019; Data de Registro: 03/10/2019)

percentuais de algumas fazendas deixadas no monte.³¹⁷

Na hipótese, o juízo de primeiro grau negou o pedido sob a justificativa de que existia elevada animosidade entre os herdeiros e indefinição acerca dos bens que comporiam a cota hereditária de cada um. Interposto recurso de agravo de instrumento, as razões dos herdeiros pautaram-se no fato de que, apesar da postura colaborativa por eles adotada no curso do inventário, diversos incidentes e ações temerárias ocasionaram a demora do feito até a concretização da partilha de bens.

A posição dos herdeiros levava em conta que, à exceção de uma das fazendas, “já são, cada qual, proprietários de 25% das demais fazendas que adquiriram em virtude do falecimento prévio de sua genitora”, além de não existir risco ao resultado útil do processo e à justa partilha de bens por serem, juntos, herdeiros de ao menos 66,66% da herança deixada pelo *de cujus*.

No julgamento do recurso, foi constatado que o monte tinha valor declarado de aproximadamente R\$ 140.000.000,00 (cento e quarenta milhões de reais), composto de inúmeras fazendas, imóveis residenciais, maquinário agrícola, aplicações financeiras e obras de arte, bem como que o processo, de fato, foi marcado por inúmeras impugnações, pedido de remoção da inventariante e de reconhecimento de sonegação de bens, e mesmo pelo ajuizamento nas vias ordinárias de uma ação declaratória de nulidade de testamento.

O pedido foi negado pelo Tribunal de Justiça sob a justificativa de que a incidência do art. 647, parágrafo único, do CPC poderia eventualmente acentuar a litigiosidade já existente. Assim sendo, na visão do tribunal, a aplicação do artigo seria prematura porque seria necessário antes averiguar se o bem de fato integrará o quinhão daqueles que pleitearam a medida.

A posição adotada pelo Tribunal de Justiça partiu da leitura definitiva da condição mencionada no art. 647, parágrafo único, do CPC, isto é, no sentido de que deveria existir a certeza de que o bem integrará a cota do herdeiro que pleiteia

³¹⁷ Conforme se observa do relatório disponível no acórdão “Trata-se de pedido contra decisão que indeferiu o pedido de antecipação do exercício dos direitos de usar e fruir de inúmeros bens do espólio, nos termos do art. 647, parágrafo único, do CPC, notadamente as frações ideais de 25% da Fazenda Lagoinha da Figueira (Matrícula no 50.405 perante o Registro de Imóveis de Barretos); 25% da Fazenda Santa Iza (Matrículas no 12.282, 16.214, 11.063 e 2.696 perante o 1º Ofício de Registro de Imóveis de Uberaba-MG); 25% de um imóvel residencial (Matrícula no 41.326 perante o Registro de Imóveis de Barretos); 25% de um apartamento (Matrícula no 91.810 perante o 13º Oficial de Registro de Imóveis de São Paulo); 33,33% da Fazenda Disco (Matrículas no 5.777, 5.778, 5.779 e 5.780, todas perante o Registro de Imóveis de Paranaiguara Goiás).”

a antecipação do uso e fruição. Na falta dessa certeza, não haveria como aplicar a tutela provisória.

Essa leitura do dispositivo, como já destacado no item 3.1, se afasta da interpretação dentro da sistemática de tutelas provisórias, já que a condição não pode ser interpretada sob o viés definitivo, sob pena de tornar o artigo inaplicável e, aliás, afastá-lo da função que pretende desempenhar para alcançar a maior efetividade na concretização do direito material.

Ademais, concluiu o Tribunal de Justiça de São Paulo que o valor expressivo dos bens a serem partilhados exigira do julgador redobrada cautela e melhor seria aguardar a deliberação final da partilha, “que resolverá os pedidos das partes e designará os bens que constituirão o quinhão de cada herdeiro, à luz da igualdade, comodidade e prevenção de litígios que devem reger a partilha”.

No caso retratado, buscava-se concretizar o interesse dos herdeiros, antecipando a utilização de imóveis dos quais já eram coproprietários, o que é, aliás, recomendável pela regra do art. 648 do CPC. Além disso, buscava-se a concretização da função da propriedade que compunha o acervo hereditário, marcada pela exploração de cunho econômico no desenvolvimento de atividade agrícola.

Tais interesses para concretização da função da propriedade devem ser sopesados tanto para a aplicação dos princípios que norteiam a partilha final de bens, como para a justificativa a ser adotada para a antecipação dos bens no quinhão dos herdeiros.

O papel da tutela provisória em inventário permite que seja antecipada a apreciação pelo julgador das razões que permitirão atribuir o bem ao herdeiro no momento da partilha de bens. Ou seja, antecipa-se a análise de questões que já terão que ser eventualmente enfrentadas após o pedido de quinhão (art. 647, *caput*, do CPC), para a definição da partilha de bens.

A apreciação do pedido em sede de tutela provisória proporciona solução atenta aos interesses envolvidos na transmissão patrimonial sucessória, em mudança de perspectiva que prestigia a concretização do direito material, sob o viés da celeridade e efetividade como pressupostos do acesso à justiça do processo civil contemporâneo.

Aguardar a análise do pedido final de quinhão, quando já existem elementos que permitem a apreciação da tutela sob o fundamento da evidência, submeteria as

partes a uma demora desnecessária para a concretização do direito material, causando dano marginal pelo prolongamento da definição do pedido que já poderia ser apreciado naquele momento.

Nesse contexto, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo analisou caso em que um herdeiro pleiteou a antecipação das cotas do escritório de advocacia deixadas pelo *de cujus*, por ser o herdeiro advogado e, conseqüentemente, ter maior aptidão para representar os interesses junto à sociedade de advocacia, uma vez que a inventariante não era advogada.³¹⁸

O pedido foi indeferido pelo acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo sob o fundamento de que não se saberia a extensão do monte partilhável e haveria patente animosidade entre os herdeiros, tornando impossível afirmar que o escritório integrará o quinhão do herdeiro recorrente ao final do inventário.

De fato, o conhecimento da extensão do monte partilhável consiste em ponto importante para a concessão da tutela provisória. Por outro lado, é preciso levar em conta o vínculo que une a pessoa ao bem e o fato de que a divisão patrimonial é suscetível de determinar o modo de vida das pessoas que sobrevivem ao *de cujus*.

Ana Luiza Nevares destaca que a verificação do vínculo é salutar para garantir a observância da função social do bem, com enfoque na metodologia civil constitucional adotada nesta dissertação, através da qual se consideram que as situações jurídicas patrimoniais são instrumentos para a concretização da vida digna e do pleno desenvolvimento dos sucessores.³¹⁹

Nesse passo, quando o bem integrante do espólio possui vínculo juridicamente tutelável pelo ordenamento, como é o caso de vínculos de moradia, local ou instrumento para o exercício da profissão — necessários à concretização

³¹⁸ AGRAVO DE INSTRUMENTO – INVENTÁRIO – Pedido de antecipação da partilha, com fundamento no art. 647, parágrafo único do CPC. Desacolhimento. Hipótese em que ainda não se tem conhecimento do monte partilhável, sendo impossível afirmar que o escritório de advocacia pertencerá ao quinhão do agravante. Inventariante que atua no interesse do espólio, não lhe sendo aplicável a vedação do artigo 16, do Estatuto da Advocacia. Decisão mantida. Recurso improvido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2100934-68.2019.8.26.0000; Relator (a): Fábio Podestá; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Foro de Guarulhos - 4ª. Vara de Família e Sucessões; Data do Julgamento: 02/07/2019; Data de Registro: 02/07/2019)

³¹⁹ NEVARES, Ana Luiza Maia. Em que medida o Código de Processo Civil de 2015 trouxe maior efetividade para o direito sucessório? In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Direito Civil, Constituição e Unidade do Sistema**: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – V Congresso IBDCivil. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 384.

da dignidade do sucessor —, deverá ser atribuído *in natura* ao interessado, subtraído, inclusive, de outros destinos que poderiam ser conferidos em testamento pelo autor da herança e que contrariem a função social daquele bem.³²⁰ Destaca-se, neste ponto, a posição de Ana Luiza Nevares:

Desse modo, atribuir o bem integrante do acervo hereditário ao sucessor que reúne as qualidades para lhe dar o melhor destino, na linha da função promocional do direito, é medida que promove os objetivos constitucionais, ou seja, é medida que estimula o exercício da propriedade pelo herdeiro em atendimento às necessidades sociais, exatamente como preconiza o projeto constitucional, por força da concepção da propriedade como fonte de deveres fundamentais, ou seja, como instrumento para o atendimento das necessidades sociais.³²¹

Nesse passo, na linha do que argumenta Ana Luiza Nevares, a aplicação da tutela provisória do parágrafo único do art. 647 do CPC reforça os interesses e vínculos relevantes dos herdeiros em relação aos bens da herança, que devem ser devidamente comprovados pelo herdeiro para concessão da tutela provisória, podendo o dispositivo ser invocado mesmo contra eventual cláusula testamentária “já que na escala de valores serão mais relevantes os vínculos específicos e qualificados do herdeiro com o bem”.³²²

Com efeito, estabelecer os critérios para reconhecimento do direito evidente em sede de inventário é fundamental para afastar a premissa que vem sendo observada em sede jurisprudencial de que a tutela provisória “não é admissível se existente grande litigiosidade no feito, interesse de outros herdeiros no indigitado bem e várias controvérsias que aguardam solução”.³²³

³²⁰ NEVARES, Ana Luiza Maia. Em que medida o Código de Processo Civil de 2015 trouxe maior efetividade para o direito sucessório? In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Direito Civil, Constituição e Unidade do Sistema:** Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – V Congresso IBDCivil. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 385.

³²¹ Ibid., p. 386.

³²² Ibid., p. 386.

³²³ EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO PARTILHA - HERANÇA - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO -- MATÉRIA RECURSAL DIVERSA - PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE - INAPLICABILIDADE - PRECLUSÃO CONSUMATIVA - INOCORRÊNCIA - RECURSO CONHECIDO - PEDIDO DE FRUIÇÃO ANTECIPADA DE BENS - ART. 647 DO CPC - IMPOSSIBILIDADE. - Segundo entendimento pacífico vige no direito processual civil pátrio o princípio da unirrecorribilidade das decisões vedando a interposição simultânea de mais de um recurso em face de uma mesma decisão.

Na verdade, a tutela provisória pressupõe a existência de litígio, e, para sua aplicação, os critérios precisam ser claros. Justamente nesse sentido é que, em sede de cognição sumária, demanda-se a análise dos princípios definidores da partilha de bens do art. 648 do CPC e art. 2.017 do CC, à luz dos parâmetros da necessidade e da função social da propriedade, antecipando, assim, o que ocorreria no momento do pedido de quinhão (art. 647 do CPC).

Com efeito, recomenda-se para a concessão da medida: (i) o conhecimento dos bens que compõem o acervo e do rol dos sucessores, através da apresentação das primeiras declarações acervo; (ii) a informação sobre dívidas que o falecido tenha porventura deixado em vida e que poderão reduzir o monte partilhável.

Por outro lado, a tutela provisória que atribui o bem *in natura* no quinhão do herdeiro não deve ser condicionada à comprovação de que o bem caberá no quinhão do herdeiro no final da partilha. Existindo dúvidas quanto a se o valor do bem excederá o quinhão do herdeiro, o respeito à quota-parte dos demais poderá ser garantido de outras maneiras.

Uma dessas medidas consiste na aplicação pelo juízo de contracautela (art. 300, § 1º, do CPC)³²⁴ na hipótese de dúvidas quanto à necessidade de reposição, isto é, caso o valor do bem antecipado exceda o quinhão do sucessor.

Considerando a dinâmica da contracautela abordada no segundo capítulo, no sentido de que os efeitos da tutela poderão causar danos à contraparte, caso seja revogada ao final do processo, pode o juiz fixar caução real ou fidejussória idônea a seu critério (§1º do art. 300 do CPC).

A mesma lógica se aplica à tutela provisória no inventário: nada impede a

-
- Sendo interpostos embargos de declaração e agravo de instrumento em face da mesma decisão, porém com objetos para análise distintos não há que se falar em preclusão consumativa pela aplicação do princípio da unirrecorribilidade.
 - O agravo de instrumento, que trata de matéria distinta da analisada nos embargos de declaração, deverá ser conhecido.
 - **Somente há que se falar em uso e fruição antecipada de determinado bem se esse vier a integrar a cota parte da pretensão herdeira requerente, isto é, seu respectivo quinhão hereditário em futura partilha, no caso de procedência do pedido inicial, nos termos do artigo 647 do Código de Processo Civil, o que não é admissível se existente grande litigiosidade no feito, interesse de outros herdeiros no indigitado bem e várias controvérsias que aguardam solução.** (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.19.096793-5/001, Relator(a): Des.(a) Ângela de Lourdes Rodrigues, 8ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 13/02/2020, publicação da súmula em 18/02/2020)

³²⁴ A despeito de não existir previsão de contracautela para a tutela da evidência, a leitura sistemática do instituto da tutela provisória determina a sua aplicação também às hipóteses de evidência sempre que houver risco de dano grave, conforme o item 2.2.4.

aplicação da contracautela para que o herdeiro apresente garantia de que não prejudicará a quota-parte dos demais, caso não existam bens suficientes para satisfazer os seus quinhões.

Além disso, alternativa também destacada por Ana Luiza Nevares consiste na aplicação do art. 1.489, IV, do CC³²⁵, devendo o herdeiro que permaneceu com o bem *in natura* repor em dinheiro eventual excesso, de modo que os demais herdeiros tenham uma garantia de recebimento da aludida torna, a partir da hipoteca legal quando se tratar da adjudicação de imóvel.³²⁶

3.4

O enquadramento do parágrafo único do art. 647 do CPC como tutela de urgência

Pode-se dizer que a maior diferença entre a tutela de urgência e de evidência está no requisito do *periculum in mora*. Aliado à probabilidade do direito, conforme o *caput* do art. 300 do CPC, a tutela de urgência será concedida quando existir perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Conforme observado neste capítulo, a tutela provisória em inventário pode ser concedida tanto na espécie de evidência como de urgência. Resta, assim, distinguir os critérios que ensejam uma e outra em se tratando de antecipação de bens através do art. 647, parágrafo único, do CPC.

Para a concessão da tutela da evidência, a probabilidade do direito é pautada pelos motivos que vinculam o herdeiro ao bem, em ponderação dos interesses envolvidos. Nessa perspectiva, comprovado o vínculo juridicamente tutelável, estará caracterizado o direito evidente.

Em outras palavras, o vínculo que une o bem ao herdeiro, em ponderação de interesses, com atenção à função social que a propriedade desempenha na vida privada dos sucessores e na sociedade, tem especial aplicação para a concessão da tutela da evidência. Nesses casos, não é necessária a demonstração do *periculum in*

³²⁵ Art. 1.489 do Código Civil. A lei confere hipoteca: IV - ao co-herdeiro, para garantia do seu quinhão ou torna da partilha, sobre o imóvel adjudicado ao herdeiro reponente.

³²⁶ NEVARES, Ana Luiza Maia. Em que medida o Código de Processo Civil de 2015 trouxe maior efetividade para o direito sucessório? In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Direito Civil, Constituição e Unidade do Sistema**: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – V Congresso IBDCivil. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 386.

mora para o reconhecimento do direito material.

Hipótese diferente ocorre na tutela de urgência, na qual a comprovação do *periculum in mora* é requisito indispensável, aliado à probabilidade do direito. Como retratado no segundo capítulo, tratando-se de tutela de urgência, há uma cognição variável apurada de acordo com o caso concreto cujo elemento mais importante reside justamente no *periculum in mora*.³²⁷ Para Leonardo Ferres, diante da situação de urgência, a intensidade do perigo, embora não seja o único elemento de convicção do juiz, é a “pedra de toque” e o “fiel da balança” para a concessão ou não da tutela de urgência.³²⁸

Como o art. 647, parágrafo único, do CPC contempla hipótese de vinculação de bens a herdeiros (tutela provisória de natureza antecipada), para caracterização da urgência, o *periculum in mora* pressupõe situação perigo de dano à concretização do direito material envolvido.

Isto é, deve-se demonstrar os motivos pelos quais aguardar o término do inventário para conceder ao herdeiro o uso e a fruição de determinado bem causaria a esse herdeiro um dano de difícil reparação.

Conforme objeto de estudo no primeiro capítulo, o direito sucessório sob a perspectiva civil constitucional deve considerar a situação concreta dos personagens envolvidos no fenômeno sucessório. Assim, a partilha de bens no inventário mais eficiente deve aplicar os princípios da maior comodidade, igualdade e prevenção de litígios futuros mediante a ponderação dos critérios da necessidade do sucessor.³²⁹

Enquanto para a tutela da evidência vislumbra-se a maior atenção para critérios que aproximem o direito sucessório da concretização da função social da propriedade, para a concessão da tutela de urgência vislumbra-se maior peso às necessidades do sucessor.

O critério da necessidade pressupõe a “ausência de algo material

³²⁷ RIBEIRO, Leonardo Ferres da. Tutela provisória. In: **CPC em foco. Temas essenciais e sua receptividade**: dois anos de vigência do novo CPC. Teresa Arruda Alvim, coordenação – 2.ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 228.

³²⁸ Ibid., p. 228.

³²⁹ Vide item 1.6.1.

indispensável à concretização de uma vida digna”.³³⁰ Essa concepção aproxima o direito sucessório do direito alimentar, que, para Arnaldo Wald, deve permear o instituto sucessório, já que ambos os institutos visam, mediante normas de ordem pública, assegurar a solidariedade econômica entre os membros da família.³³¹

Como exemplo, tem-se o caso retratado no item 3.2 deste capítulo, julgado pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça de relatoria da Min. Nancy Andrichi, que enquadrou a tutela provisória como de urgência sob o fundamento de que a convenção se aproximava de uma pensão alimentícia convencional fundada na possibilidade de adiantamento de parcela da herança, conjugada com a necessidade de o herdeiro custear suas despesas.

Trata-se de caso pautado no critério da necessidade do sucessor, que embora não tenha vínculo específico com o bem (como trabalho ou moradia), demandava, em caráter de urgência, o recebimento de quantia voltada para a sua subsistência, devido à aproximação do direito sucessório com o direito alimentício.

Após o julgamento do referido caso, o Superior Tribunal de Justiça enfrentou novamente a aplicação da tutela provisória em inventário no ano de 2022. Dessa vez, sob relatoria da Min. Maria Isabel Gallotti, houve o julgamento monocrático do recurso especial 1958947/MG³³² interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que concedeu a antecipação de frutos e de bens, autorizando duas herdeiras a receberem quantia mensal de R\$ 3.000,00 do espólio como adiantamento de quinhão pautado no art. 647, parágrafo único, do CPC.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais concedeu a tutela provisória sob o fundamento de que as herdeiras do espólio vinham sobrevivendo apenas com a pensão deixada pelo falecido, pouco superior ao valor do salário mínimo. Além disso, as herdeiras estavam na iminência de serem despejadas do imóvel no qual moravam a título de comodato, circunstâncias que, aliadas ao frágil estado de saúde, demonstravam perigo de dano.

³³⁰ NEVARES, Ana Luiza Maia. **A função promocional do testamento – tendências do direito sucessório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 209.

³³¹ WALD, Arnaldo. **Direito das sucessões**. Com a colaboração do professor Roberto Rosas e da Professora Débora Gozzo. 12.ed. Rev. ampl. e atual. de acordo com a legislação vigente, jurisprudência dos tribunais e o novo código civil (Lei nº. 10.406, de 10.01.2002). São Paulo: Saraiva, 2002. p. 166.

³³² AREsp n. 1.958.947, Ministra Maria Isabel Gallotti, DJe de 08/02/2022.

Por esse motivo, o Tribunal de Justiça concedeu a tutela de urgência e determinou que a inventariante depositasse mensalmente o valor de R\$ 3.000,00 como antecipação dos frutos e rendimentos do quinhão das herdeiras, ou adiantamento do próprio quinhão na hipótese dos frutos e rendimentos serem inferiores aos valores que caberiam às herdeiras ao final do inventário.

Em sede de recurso especial, não houve revisão da matéria, diante da vedação da Corte Superior em reanalisar a matéria fática que ensejou a concessão da tutela provisória de urgência.³³³ Contudo, ainda assim, ponderou-se que o art. 647, parágrafo único, do CPC/2015 trata de “hipótese específica de tutela provisória, presentes os pressupostos da tutela de urgência, como reconhecido na decisão originária, não há exigência legal de intimação prévia ou anuência dos demais herdeiros.” Dois pontos da decisão merecem especial atenção.

O primeiro deles se refere ao contraditório. Quanto à exigência da intimação dos demais herdeiros, embora o dispositivo não faça menção expressa ao contraditório, a regra geral demanda a sua observância, somente podendo ser afastado em casos excepcionais. Não se caracterizando caso excepcional de concessão de medida liminar (parágrafo único do art. 9º do CPC), o contraditório deve ser observado para não gerar um injustificado estado de incerteza jurídica.

Igual importância deve ser dada ao contraditório para deferimento da medida no inventário. É através do contraditório que se permite observar os vínculos dos herdeiros com os bens que sejam juridicamente tuteláveis para embasamento da decisão. Além disso, é o contraditório que permitirá analisar se existem outros vínculos com o bem objeto da tutela, e, neste aspecto, realizar a ponderação dos interesses envolvidos.

O segundo ponto consiste na aplicação da tutela provisória para autorizar a distribuição de frutos dos bens do espólio, quando, na realidade, o dispositivo faz alusão à antecipação dos bens da herança em si e, conseqüentemente, a assunção dos ônus e ônus decorrentes da antecipação: daí incluídos os frutos.

Há que se distinguir esses dois cenários para separar, de um lado, o pagamento

³³³ Neste ponto, a decisão monocrática: “Destaco que esta Corte Superior tem firme posicionamento, na esteira e entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, de que não cabe recurso especial, em regra, contra provimento de natureza cautelar ou antecipatória, em face ao caráter precário de que é revestido, a par de estar intrinsecamente ligado aos fatos da causa, como ensina o enunciado n. 735 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.”

dos frutos dos bens do espólio — sem adiantamento de bens que deverão compor a herança, apenas dos frutos correspondentes ao percentual do quinhão — e, do outro lado, a antecipação dos bens em si, com o consequente recebimento dos frutos.

Para fins deste estudo, é importante observar que o caso analisado faz menção à antecipação do próprio quinhão na hipótese de os frutos não serem suficientes para custear o valor mensal estipulado e, para o deferimento da tutela provisória, o critério da necessidade caracterizou o *periculum in mora*.

De fato, o vínculo da necessidade tem especial relevância no direito sucessório pautado na solidariedade constitucional. É através desse critério que se permite a proteção dos mais necessitados, como o caso dos incapazes, dos vulneráveis e daqueles que mantinham com o autor da herança vínculo de dependência econômica.

Nesse aspecto, o critério da necessidade permite a aplicação dos princípios norteadores da partilha (art. 648 do CPC e art. 2.017 do CC) mais atentos à concretização e realização de uma vida livre e digna dos sucessores.

Pertinente aqui a ponderação feita por Anderson Schreiber e Francisco Viégas no sentido de que o direito sucessório contemporâneo deve “redirecionar a proteção legal ao atendimento da necessidade efetiva dos herdeiros”.³³⁴

Desse modo, debate-se, dentre a ordem de vocação hereditária consagrada na legislação, como tornar a divisão patrimonial mais eficiente, considerando as singularidades de cada herdeiro, suas eventuais vulnerabilidades e os vínculos desenvolvidos com o autor da herança que atraiam a maior incidência do critério da necessidade nos princípios norteadores da partilha de bens.

Nesse aspecto, a incidência do critério da necessidade permite aproximar o direito sucessório do princípio norteador da solidariedade e, com isso, realizar divisões patrimoniais mais atentas aos interesses dos herdeiros no que tange à concretização de uma vida digna.

No âmbito de aplicação do parágrafo único do art. 647 do CPC, a caracterização da urgência tem especial fundamento no critério da necessidade dos sucessores, demandando a análise da vinculação do bem com os herdeiros para

³³⁴ SCHREIBER, Anderson; Viégas, Francisco de Assis. Por uma releitura funcional da legítima no direito brasileiro. In: **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. vol. 19. ano 6. p. 211-250. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2019. p. 236.

proporcionar uma vida digna, cuja concretização não poderá aguardar até o término do processo de inventário.

3.5

Aplicação da tutela provisória e o exercício da autonomia testamentária

Conforme abordado ao longo desta dissertação, os princípios legais previstos nos arts. 648 do CPC e 2.017 do CC são de especial aplicação nas hipóteses de partilha de bens que não contam com a participação dos sucessores, quais sejam: (i) a partilha judicial, na qual cabe ao juiz decidir e não existe consenso entre os herdeiros, e (ii) a partilha testamentária, elaborada pelo testador sem a participação dos herdeiros. Ditos princípios, à luz dos critérios norteadores da função social da propriedade e da necessidade, têm especial aplicação na tutela provisória em inventário.

Quanto às partilhas judiciais nas quais o falecido não deixou testamento, a análise da tutela provisória tem especial aplicação através das premissas trabalhados nos itens 3.1 a 3.4. acima.

Quanto à partilha testamentária, isto é, nas sucessões em que o *de cujus* deixou disposições de divisão de bens a serem seguidas por seus sucessores, algumas ponderações são necessárias para análise da tutela provisória, em razão da vontade do testador e do papel atualmente desempenhado pela autonomia privada testamentária no ordenamento.

Isto é, como deve ser aplicada a tutela provisória quando a vontade do autor da herança estiver em contraposição com os interesses dos sucessores em uma hipótese de conflito? Para melhor estabelecer os critérios de aplicação da tutela provisória, necessária a análise da autonomia privada testamentária e os seus limites no direito civil constitucional.

3.5.1

Os limites da autonomia privada testamentária

Conforme o tema trabalhado no primeiro capítulo³³⁵, o testador tem a

³³⁵ Vide item 1.4 quanto à partilha-testamento

faculdade de realizar a partilha por meio de testamento no exercício de sua autonomia privada.

Com efeito, historicamente, enorme peso é dado à real vontade do testador, considerada, aliás, pelo art. 1.899 do CC como regra hermenêutica para análise das cláusulas testamentárias dúbias. Na existência de interpretações diversas, prevalece aquela que assegura a vontade do testador.

Todavia, mesmo diante do peso destinado à autonomia privada, existe a necessidade de observar os valores do ordenamento, em especial, a solidariedade familiar e a função social da propriedade. Isso porque o negócio testamentário é ato unilateral com efeitos *post mortem*, não admite receptividade de vontades e, somente com o falecimento do autor da herança, é que a vontade do testador será executada perante os seus herdeiros.³³⁶

Nesse passo, no âmbito do direito sucessório contemporâneo, a autonomia privada testamentária não é irrestrita e não pode estar alheia à solidariedade familiar e aos interesses dos herdeiros contemplados em testamento, que só poderão expressar sua concordância após o falecimento do autor da herança.

A autonomia privada é definida por Pietro Perlingieri como “o poder reconhecido ou concedido pelo ordenamento jurídico a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas como consequência de comportamentos — em qualquer medida — livremente assumidos”.³³⁷

No âmbito testamentário, a sua função, como instrumento dessa autonomia privada, se modifica à luz das concepções valorativas que norteiam as relações privadas e, conseqüentemente, dos valores constitucionais,³³⁸ o que pressupõe uma análise do perfil funcional do instituto jurídico, tal como proposta por Pietro Perlingieri. Isto é, deve ser questionado “para que serve” o instituto jurídico — no caso, o negócio testamentário —, em vez de se realizar uma análise de sua estrutura tão somente, afastando-o de noções estanques e que se distanciam da realidade

³³⁶ Vide item 1.4.4.1 desta dissertação.

³³⁷ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3.ed. Rev. e Ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 17.

³³⁸ MEIRELES, Rose Melo Vencelau; NEVARES, Ana Luiza Maia; TEPEDINO, Gustavo. **Direito das Sucessões**. Organização Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

social.³³⁹

Ocorre que a atenção dada ao testamento, em especial, à limitação da autonomia privada testamentária tal como prevista pela legislação, não parece promover os interesses constitucionalmente previstos. Isso porque a autonomia testamentária é limitada quantitativamente pela legítima dos herdeiros necessários, pela determinabilidade e a possibilidade do objeto da disposição testamentária e da forma *ad substantiam* do testamento, além de um juízo de licitude do ordenamento³⁴⁰.

Tais mecanismos se mostram estanques e insuficientes para pensar uma limitação da autonomia testamentária de forma qualitativa, tornando importante buscar balizas destinadas a promover a proteção dos sucessores e interesses que recaem sobre os bens existentes na herança. Segundo Ana Luiza Nevares, a análise qualitativa possibilitará individuar instrumentos hábeis capazes de tutelar interesses qualificados do testador, que poderão estar presentes no ato de última vontade, a saber, os interesses existenciais³⁴¹.

Da mesma forma, a regra hermenêutica específica para interpretação das disposições testamentárias prevista no art. 1899 do CC, como aquela da busca da real vontade do testador, considerada como a projeção máxima da expressão da autonomia privada, não leva em consideração a existência de outros interesses no fenômeno sucessório, em especial, o princípio da solidariedade.³⁴²

Isso porque o fato de a interpretação do negócio testamentário atender à vontade do testador não exclui por si só a funcionalização das disposições testamentárias aos valores constitucionais, em um juízo de merecimento de tutela, sob pena de subversão do sistema, na qual a norma relativa à interpretação do testamento seria aplicada de forma isolada e em situação de primazia diante dos

³³⁹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3.ed. Rev. e Ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 94.

³⁴⁰ NEVARES, Ana Luiza Maia. **A função promocional do testamento – tendências do direito sucessório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 21.

³⁴¹ Ibid., p. 23.

³⁴² Ibid., p. 34.

valores constitucionais.³⁴³

É preciso, assim, contemplar a funcionalização da autonomia privada testamentária, de forma que o testamento seja um instrumento para a concretização dos valores constitucionais, assegurando-se a existência digna, a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, para além da vontade exclusiva do autor da herança.³⁴⁴

A regra interpretativa da real vontade do testador, embora seja a única adotada pelo CC, deve ser ponderada com outras regras de interpretação hermenêutica, observadas as circunstâncias sociais relevantes e os valores constitucionais, ponderando, especialmente, a liberdade testamentária decorrente da última manifestação de vontade do autor da herança, com o princípio da solidariedade e, especialmente, os interesses daqueles que serão afetados pelas disposições testamentárias, direta ou indiretamente.³⁴⁵

3.5.2

Aplicação da tutela provisória: ponderação entre a autonomia privada testamentária, solidariedade social e a função social da propriedade

Considerando, portanto, os limites à autonomia testamentária, como solucionar as hipóteses em que o testador estipula os quinhões dos herdeiros em desacordo com os seus interesses e expectativas? Ou deixa de privilegiar vínculos específicos dos herdeiros com os bens? Ou, ainda, se forem formados vínculos de sucessores com determinados bens após a elaboração do testamento? Pode a tutela provisória ser expediente apto a dirimir litígios envolvendo a vontade do testador e a dos herdeiros?

A doutrina enxerga como desafio “estabelecer critérios para a tensão que pode surgir diante das disposições testamentárias entre os herdeiros e seus interesses e a

³⁴³ NEVARES, Ana Luiza Maia. **A função promocional do testamento – tendências do direito sucessório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 34/35.

³⁴⁴ Ibid., p. 45.

³⁴⁵ Ibid., p. 37.

vontade do autor da herança”.³⁴⁶ Esse desafio demanda a aplicação da técnica de ponderação entre os interesses manifestados em testamento e aqueles dos sucessores:

Em outras palavras, trata-se da verificação de um conflito entre a autonomia privada testamentária, expressão da livre-iniciativa e da liberdade (Constituição da República, art. 1º, inciso IV, art. 5º, caput, art. 170) e direitos fundamentais calcados na dignidade da pessoa humana (Constituição da República, art. 1º, III), quando o bem objeto da disposição testamentária serve ou é indispensável/relevante à moradia ou ao exercício profissional do sucessor, pois as consequências das disposições testamentárias passam a ser muito relevantes num ordenamento jurídico que prioriza, em todas as suas esferas, a proteção integral à pessoa, sendo a propriedade um instrumento para a concretização desta proteção, a partir da sua função social.³⁴⁷

Embora sem fazer menção ao negócio testamentário, a metodologia adotada por Maria Celina Bodin de Moraes é invocada para solucionar conflitos decorrentes entre a liberdade e a solidariedade, ao propor que se busque analisar quais são os interesses envolvidos no caso:

O princípio cardeal do ordenamento é o da dignidade da pessoa humana, que se busca atingir através de uma medida de ponderação que oscila entre dois valores, ora propendendo para a liberdade, ora para a solidariedade. A resultante dependerá dos interesses envolvidos, de suas consequências perante terceiros, de sua valoração em conformidade com a tábua axiológica constitucional, e determinará a disponibilidade ou indisponibilidade da situação jurídica protegida³⁴⁸.

No âmbito do negócio testamentário, deve-se ponderar a tensão existente entre os interesses dos atingidos pelas disposições testamentárias e a liberdade do autor da herança. Com base nisto, Ana Luiza Nevares pontua que a tendência é, assim, a prevalência da solidariedade sobre a liberdade:

Conclui-se, portanto, que na ponderação entre a autonomia privada do testador, calcada nos valores constitucionais da liberdade e da livre iniciativa, e os legítimos interesses dos sucessores legais, baseados na essencialidade do bem integrante do

³⁴⁶ NEVARES, Ana Luiza Maia. Em que medida o Código de Processo Civil de 2015 trouxe maior efetividade para o direito sucessório? In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Direito Civil, Constituição e Unidade do Sistema:** Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – V Congresso IBDCivil. Belo Horizonte: Fórum, 2019. Fls. 384.

³⁴⁷ Ibid., Fls. 384-385.

³⁴⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana:** estudos de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar. 2010. p. 264-265.

acervo hereditário para a concretização de sua dignidade, a tendência é prevalecer a solidariedade e não a liberdade, já que será a solidariedade, realizada pela restrição da autonomia privada do testador que garantirá na maioria dos casos a dignidade da pessoa humana na problemática em tela.³⁴⁹

Da mesma forma, há que se ponderar se a função social da propriedade está atendida pelas disposições testamentárias, não podendo a vontade do testador ferir a função que os bens que compõem o acervo hereditário exercem na vida dos herdeiros ou na sociedade. Como expõe a referida autora:

Quando um bem integrante do acervo hereditário serve ao herdeiro como sua moradia ou como local ou instrumento para o exercício de sua profissão, sendo-lhe, portanto, essencial e necessário para a concretização de sua dignidade, deverá ser atribuído in natura ao aludido sucessor, estando, em regra, subtraído de outros destinos que lhe poderiam ser conferidos pela autonomia privada testamentária. O mesmo se digna quando o sucessor não utilizava o bem antes da abertura da sucessão, porém é aquele que reúne as qualidades para lhe dar a melhor destinação, por força de suas necessidades específicas e, ainda, por força de sua formação profissional.³⁵⁰

A autora cita como referência o conceito de sucessão anômala adotado pela doutrina italiana, como a possibilidade de que o bem seja atribuído a determinado sucessor em atenção à natureza ou origem do bem, como ainda devido às qualidades pessoais do sucessor, hipóteses em que, como critérios, observam-se o nível de dependência econômica, costumes de vida com o defunto, assim como interesse coletivo, mutações da propriedade que possam causar perturbação de desmembramento de unidades econômicas produtivas, bem como a conservação de fontes de renda de herdeiros que trabalhavam com o de cujus.³⁵¹

Importante registrar que, quando se está diante de herdeiros facultativos, é preciso maior cautela para analisar o conflito entre a autonomia do testador e os interesses relevantes segundo a tábua axiológica da Constituição Federal, considerando, nesse ponto, a plena liberdade de testar do autor da herança por não possuir herdeiros necessários. De toda forma, para Ana Luiza Nevares, os mesmos critérios podem ser observados quando o sucessor “já utilizava o bem no momento

³⁴⁹ NEVARES, Ana Luiza Maia. **A função promocional do testamento – tendências do direito sucessório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 213.

³⁵⁰ Ibid., p. 211.

³⁵¹ Ibid., p. 62.

da abertura da sucessão para sua moradia e/ou exercício profissional”,³⁵² de modo que houve uma expectativa quanto ao recebimento de tal bem, sendo nesse ponto o autor da herança responsável pela criação do vínculo.

Aliado a isso, importante lembrar que o testamento consiste em um negócio jurídico unilateral de natureza *causa mortis*, e a interpretação difere daquela destinada especialmente aos negócios jurídicos *inter vivos* em que há receptividade de vontades.

Como a manifestação de vontade do testador é um ato unilateral, a aceitação do beneficiário seria outro ato unilateral, que só pode ocorrer depois do falecimento do autor da herança, sendo, portanto, esses dois atos totalmente independentes, não apenas temporalmente distintos.³⁵³

Nesse ponto, aliás, há que se distinguir o contrato e o testamento, já que não obstante ambos contenham declarações de vontade que precisam ser interpretadas. O contrato consiste em um acordo mútuo de vontades, enquanto o testamento só produz efeitos após a morte e pressupõe uma vontade unilateral. Nesse sentido, distingue Zeno Veloso:

Quanto ao contrato e ao testamento, ambos contêm declaração de vontade, que precisa ser interpretada, para que se alcance seu verdadeiro sentido, o real querer dos declarantes. Contudo, o contrato é consentimento, acordo mútuo, gerando uma *vontade contratual*, que é a interação ou a integração dos propósitos das partes. No contrato, as vontades são receptícias, os conflitos de interesses são compostos, o acordo vai circular no comércio jurídico, projetando-se a sua eficácia perante terceiros, levando-se em conta, precipuamente, a boa-fé dos convenientes. No testamento, a vontade é unilateral, personalíssima, não receptícia, só produzindo efeitos após a morte do testador.

Não há, portanto, como se aplicar o mesmo peso à autonomia privada entre os contratos, que pressupõem receptividades de vontades, e às disposições feitas pelo testador, que são atos unilaterais e somente produzirão efeitos após a morte, não contando com a concordância daqueles que estão nela contemplados.

Assim é que, pautando-se nos critérios estabelecidos por Daniel Sarmiento

³⁵² NEVARES, Ana Luiza Maia. Em que medida o Código de Processo Civil de 2015 trouxe maior efetividade para o direito sucessório? In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Direito Civil, Constituição e Unidade do Sistema**: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – V Congresso IBDCivil. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 385.

³⁵³ VELOSO, Zeno. **Testamentos**. 2.ed. Belém: CEJUP, 1993. p. 32.

para a restrição da autonomia privada, Ana Luiza Nevares propõe que a restrição à autonomia testamentária observe: (i) o grau de desigualdade fática entre os envolvidos; (ii) a proteção da autonomia que sofrerá maior intensidade na esfera existencial dos particulares e maior restrição na esfera patrimonial; (iii) se o ato conta com a participação ou não daquele por ela afetado. Quando o atingido não participa do ato, o peso atribuído à autonomia privada é menor, já quando existe consentimento ao ato, o que se dá sobretudo nos casos envolvendo a aplicação de cláusulas contratuais, torna-se necessário considerar a autonomia da vontade de suas partes envolvidas.³⁵⁴

Conforme pontua Thamís Dalsenter, no âmbito da patrimonialidade, a proteção da autonomia “está condicionada à sua função promocional, que se traduz na realização de interesses socialmente relevantes e dos valores que fundamentam a ordem democrática”,³⁵⁵ com destaque à solidariedade familiar e dignidade, ressaltando, neste ponto, que os limites à autonomia privada patrimonial não são apenas externos, mas integram a sua própria função, “a exemplo do que ocorre através da incidência das cláusulas gerais da boa-fé e da função social nas relações contratuais e na propriedade”.³⁵⁶

É nesse cenário que a autonomia privada testamentária sofre limitações externas e internas e deve ser sopesada e ponderada com outros valores do ordenamento quando existir conflito entre a vontade declarada em testamento e os valores do ordenamento.

Seguindo a necessária funcionalização da autonomia testamentária e a ponderação de interesses proposta por Maria Celina Bodin de Moraes, na sucessão testamentária prevalecem em regra a solidariedade e os interesses dos sucessores para recebimento do bem, “quando tais interesses se justificarem pelo princípio da dignidade da pessoa humana porque os referidos bens determinam o modo de vida

³⁵⁴ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no Direito Comparado e no Brasil, In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 272/284 *apud* NEVARES, Ana Luiza Maia. **A função promocional do testamento. – tendências do direito sucessório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 181-183

³⁵⁵ CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. A função da cláusula de bons costumes no Direito Civil e a teoria tríplice da autonomia privada existencial. In: **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 14, p. 99-125, out./dez. 2017. p. 102.

³⁵⁶ *Ibid.*, p. 102.

daqueles herdeiros”.³⁵⁷

Por esses motivos, a aplicação da tutela provisória no inventário consiste em mecanismo apto a concretizar uma partilha de bens mais eficiente, quando se está diante de conflito entre a vontade do autor da herança e os interesses concretamente envolvidos na sucessão, mas de outro lado, se esteja diante da probabilidade do direito de que o bem permaneça no quinhão do sucessor, seja através dos requisitos do reconhecimento do direito evidente e a concessão da tutela da evidência, seja em razão dos critérios da necessidade e da existência de *periculum in mora* inerentes à tutela de urgência.

Em outras palavras, permite-se que a tutela provisória seja invocada contra as cláusulas testamentárias para a realização da ponderação dos interesses envolvidos sempre que as disposições testamentárias não refletirem os valores tutelados pelo ordenamento.

O parágrafo único do art. 647 do CPC não excepciona a hipótese em que o bem esteja contemplado em disposição testamentária, o que permite concluir que não há óbice à invocação da tutela provisória mesmo diante de testamento.³⁵⁸

Pode, portanto, a tutela baseada na urgência ou na evidência ser invocada, conforme os critérios trabalhados nos itens 3.3 e 3.4, mesmo contra a cláusula testamentária sempre que, de um lado, a autonomia privada não refletir a sua verdadeira função e, do outro lado, se estiver diante de necessidades específicas de determinados sucessores, ou de vínculos criados com o bem que tornem certo herdeiro, dentre os sucessores, o mais adequado para administrar e promover a função do bem.

³⁵⁷ NEVARES, Ana Luiza Maia. **A função promocional do testamento – tendências do direito sucessório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 213.

³⁵⁸ NEVARES, Ana Luiza Maia. Em que medida o Código de Processo Civil de 2015 trouxe maior efetividade para o direito sucessório? In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Direito Civil, Constituição e Unidade do Sistema**: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – V Congresso IBDCivil. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 386.

Conclusão

O presente trabalho procurou analisar como o parágrafo único do art. 647 do CPC pode contribuir para a distribuição patrimonial decorrente da sucessão *causa mortis* mais eficiente, célere e voltada aos interesses dos sucessores, sob a perspectiva do direito sucessório contemporâneo.

O dispositivo em questão está inserido na legislação processual que tem como princípios norteadores a realização de um processo mais atento à dignidade humana, célere e eficiente. Consequentemente, a aplicabilidade dos princípios do processo civil deve nortear o processo de inventário e partilha, que, em sua essência, não obstante a mudança recente da legislação, ainda carece de uma transmissão patrimonial *causa mortis* apta a concretizar os interesses dos sucessores e a função social da propriedade.

Não subsiste mais na perspectiva do direito sucessório constitucional, tampouco na perspectiva do processo civil contemporâneo, a análise abstrata dos sujeitos envolvidos nas relações jurídicas. Na realidade, a incidência direta da dignidade da pessoa humana nas normas infraconstitucionais demanda que sejam considerados os indivíduos concretamente envolvidos na transmissão decorrente da herança.

Nesse sentido, deve-se redimensionar o papel até então destinado à transmissão sucessória *causa mortis* para transformar o processo de inventário em espaço de promoção dos interesses dos sucessores e de concretização da função social da propriedade que compõe o acervo hereditário.

Nesse contexto é que o parágrafo único do art. 647, do CPC, introduzido pela legislação processual de 2015, consiste em mecanismo capaz de trazer à sucessão *causa mortis* maior efetividade na transmissão patrimonial em concretização do direito material sucessório.

O dispositivo em questão consiste em tutela provisória de natureza antecipada, que permite ao juiz antecipar a utilização e fruição de bens a herdeiros, que, com a concessão da medida, passam a arcar com os ônus e bônus decorrentes do deferimento, em derrogação do princípio da unidade da sucessão, com a condição de que, ao término do inventário, o bem integre o quinhão do herdeiro que pleiteou a medida.

A referida norma vai ao encontro de princípios preconizados pela legislação processual para a concretização de um processo de inventário mais eficiente, já que, ao autorizar a fruição dos bens pelos sucessores antes do término do inventário, permite aos herdeiros a concretização do direito de *saísine* e a maior celeridade no recebimento da herança e, igualmente, tem a função promocional de permitir uma transmissão, ainda que provisória, atenta às especificidades da herança em questão, devendo ser a decisão interlocutória fundamentada.

Não obstante as confusões quanto ao enquadramento da norma, em especial com o julgamento antecipado do mérito, trata-se de tutela provisória de caráter antecipado, marcada por juízo de probabilidade, não de certeza, e que demanda confirmação em sentença. Isso porque o dispositivo permite a realização de dois dos três atributos da propriedade (utilização e fruição), não autorizando, assim, o último atributo, qual seja, a disposição pelo herdeiro do bem antecipadamente, o que, conseqüentemente, não permite a retirada dos bens do acervo hereditário antes da conclusão do inventário.

Desse modo, o requisito previsto no parágrafo único do art. 647 do CPC, na realidade, expressa a natureza primordial de qualquer tutela provisória: a necessidade de demonstrar a probabilidade do direito, ou seja, as razões pelas quais a tutela deverá ser confirmada em sentença para manter o bem no quinhão do herdeiro.

Por isso, deve o requisito ser enfrentado dentro da sistemática processual da tutela provisória, fundada em juízo de probabilidade, com o prosseguimento do feito até a prolação de sentença. Conseqüentemente, a tutela provisória está sujeita à possibilidade, ainda que remota, de modificação ao final do inventário.

Uma vez definida a natureza do dispositivo, há que se considerar que a tutela de antecipação do uso e fruição dos bens pode ser concedida tanto pela espécie de urgência como pela evidência. Apesar de o dispositivo não fazer menção ao requisito do *periculum in mora* para a concessão da medida, a tutela provisória antecipada pode ser concedida em ambas as modalidades.

No entanto, a distinção entre as espécies de tutela é fundamental para a aplicação da tutela provisória em inventário, já que os elementos que poderão ensejar uma e a outra, no caso do inventário, são distintos.

Além disso, a possibilidade de que os requisitos do *periculum in mora* e probabilidade do direito estejam presentes em maior ou menor grau no caso

concreto será fundamental para o enquadramento da tutela no caso concreto, ora como de urgência, ora como de evidência.

Cabe ao herdeiro demonstrar: (i) que o bem caberá em seu quinhão, sem violação da legítima dos herdeiros necessários; (ii) e as razões pelas quais deveria existir a vinculação do herdeiro ao bem, aptas, em juízo de merecimento de tutela, a justificar a derrogação do princípio da unidade da sucessão. Para tanto, relevante a análise dos critérios norteadores da divisão patrimonial previstos no art. 648 do CPC, em sua leitura à luz da Constituição, em especial, da função social da propriedade e da necessidade.

De toda forma, a tutela provisória que atribui o bem *in natura* no quinhão do herdeiro não deve ser condicionada por si só à comprovação de que o bem caberá no quinhão do herdeiro no final da partilha, podendo o juízo se valer da aplicação da contracautela (art. 300, § 1º do CPC)³⁵⁹ na hipótese de dúvida quanto à eventual necessidade de reposição, isto é, caso o valor do bem antecipado exceda o quinhão do sucessor.

Nesse contexto, para a caracterização do direito evidente que atrairá a concessão da tutela provisória da evidência, o vínculo que une o bem ao herdeiro, em ponderação de interesses, com atenção à função social que a propriedade desempenha na vida privada dos sucessores e na sociedade, tem especial aplicação para a concessão da tutela provisória.

Isto é, quando o bem integrante do espólio possui vínculo juridicamente tutelável pelo ordenamento, como é o caso de vínculos de moradia, local ou instrumento para o exercício da profissão — necessários à concretização da dignidade do sucessor —, deverá ser atribuído *in natura* ao interessado, subtraído, inclusive, de outros destinos que poderiam ser conferidos em testamento pelo autor da herança e que contrariem a função social daquele bem.

Já no que tange à tutela da urgência, deve-se demonstrar os motivos pelos quais aguardar o término do inventário para conceder ao herdeiro o uso e a fruição de determinado bem causaria a esse sucessor, ou ao bem, um dano de difícil reparação.

Portanto, o que indicará, no caso, a tutela provisória aplicável será a

³⁵⁹ A despeito de não existir previsão de contracautela para a tutela da evidência, a leitura sistemática do instituto da tutela provisória determina a sua aplicação também às hipóteses de evidência sempre que houver risco de dano grave, conforme o item 2.2.4.

proporcionalidade entre os requisitos da probabilidade do direito e a existência do *periculum in mora*, analisando-se o grau de presença de cada um no caso concreto. Para a caracterização da tutela da evidência, vislumbra-se maior atenção para critérios que aproximem o direito sucessório da concretização da função social da propriedade, enquanto para a concessão da tutela de urgência, vislumbra-se maior peso às necessidades do sucessor.

Referências

- ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela Provisória**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- AMERICANO, Jorge. **Comentários ao Código do Processo Civil do Brasil**. 2º Volume. Arts. 291 a 674. São Paulo: Ed. Saraiva & Cia, 1941.
- ARAÚJO, Luciano Vianna. **Comentários ao código de processo civil** – volume 3 (arts. 539 a 925 / Cassio Scarpinella Bueno (coordenador) – São Paulo: Saraiva, 2017.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. A teoria geral do negócio jurídico e o negócio testamentário. In: **Comemorações dos 35 anos do código civil e dos 25 anos da reforma de 1977**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. 2004.
- BARBOZA, Heloisa Helena. **A disciplina jurídica da partilha em vida**: validade e efeitos. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 5, n. 1, 2016. Disponível em: <http://civilistica.com/a-disciplina-juridica-da-partilha-em-vida>. Acesso em: 20.06.2021.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. BUENO, Cassio Scarpinella. **Comentários ao código de processo civil**. Volume 1 (arts. 1º a 317) Cassio Scarpinella Bueno (coordenador). São Paulo: Saraiva, 2017.
- BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1943, v. IV.
- BODART, Bruno da Rós. **Tutela de evidência**: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC. 2.ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- BUCAR, Daniel. Existe o *droit de saisine* no sistema sucessório brasileiro? In: **Direito das sucessões**: problemas e tendências. Coord. Ana Carolina Brochado Teixeira e Ana Luiza Maia Nevares. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2022.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Inventário e partilha**: judicial e extrajudicial. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.
- CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. A função da cláusula de bons costumes no Direito Civil e a teoria tríplice da autonomia privada existencial. In: **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 14, p. 99-125, out./dez. 2017.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **O “direito vivo” das liminares**: um estudo pragmático sobre os pressupostos para sua concessão. 2009. 172 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação (1999) 2.ed, São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

DIDIER JR, Fredie. Braga, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandre de. Tutela Provisória de Evidência. In: **Grandes temas do Novo CPC**. v. 6: tutela provisória / coordenador geral, Fredie Didier Jr.; Mateus Pereira, Roberto Gouveia, Eduardo José da Fonseca Costa. Salvador: Juspodivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e procedimento de conhecimento. 18.ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016.

DOTTI, Rogéria Fagundes. **Tutela da evidência**: probabilidade, defesa frágil e o dever de antecipar a tempo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

FUX, Luiz. **A tutela dos direitos evidentes**. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, ano 2, número 16, p. 23-43, abril de 2000.

FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela da evidência**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 311.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **“União Estável” no Código Civil de 2002**. R. SJRJ, Rio de Janeiro, n. 18, p. 61-94, 2006. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9674-9673-1-PB.pdf>. Acesso em: 06.06.2015.

GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015. In: **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Volume XIV. ISSN 1982-7636. Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. Patrono: José Carlos Barbosa Moreira. pp. 296-330.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil** – volume 6: sucessões. 7. ed. São Paulo: Saraiva, Educação, 2021.

LÔBO, Paulo. **Direito Constitucional à herança, saisine e liberdade de testar**. Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família. Famílias: Pluralidade e Felicidade. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/290.pdf>. Acesso em: 23.08.2022.

LÔBO, Paulo. Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do numerus clausus. In: **Família e Cidadania** – Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família, coord. Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/128/Entidades+familiares+constitucionalizadas:+par+a+al%C3%A9m+do+numerus+clausus> Acesso em: 23.08.2022.

MARCATO, Antonio Carlos. **Procedimentos Especiais**. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado** (livro eletrônico). 7.ed. São Paulo: TR Brasil, 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência**. Soluções processuais diante do tempo da justiça. 1.ed. em e-book baseada na 1.ed. impressa. Editora Revista dos Tribunais Ltda.

MAZZEI, Rodrigo (Comentários ao Código de Processo Civil: volume XII (arts. 610 a 673). José Roberto Ferreira Gouvêa, Luis Guilherme Bondioli e José Francisco Naves da Fonseca (coords). São Paulo: Saraiva, no prelo.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau; NEVARES, Ana Luiza Maia; TEPEDINO, Gustavo. **Direito das Sucessões**. Organização Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MIRANDA, Pontes de. **Direito das sucessões: testamentário**: inventário e partilha. Atualizado por Giselda Hironaka, Paulo Lôbo, Euclides de Oliveira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012 (Coleção tratado de direito privado: parte especial; 60).

MONTEIRO, Washigton de Barros. PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de direito civil**. v. 6: direito das sucessões. 39.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar. 2010

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Princípios constitucionais e o direito das sucessões. In: **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**. Ano 8, vol. 29, janeiro a março de 2007.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado** (livro eletrônico). 3.ed. em e-book baseada na 17.ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

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

NEVARES, Ana Luiza Maia. A proteção da legítima deve ser mantida, excluída ou diminuída do ordenamento jurídico brasileiro? In: **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**. v.1 (jan./fev.). Belo Horizonte: IBDFAM, 2018.

NEVARES, Ana Luiza Maia. **A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NEVARES, Ana Luiza Maia. As inovações do Código de Processo Civil de 2015 no direito das sucessões. In: **Anais do X Congresso Brasileiro de Direito de**

Família - Famílias nossas de cada dia. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. v. 01. p. 141-183.

NEVARES, Ana Luiza Maia. Em que medida o Código de Processo Civil de 2015 trouxe maior efetividade para o direito sucessório? In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Direito Civil, Constituição e Unidade do Sistema: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – V Congresso IBDCivil**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. Salvador: JusPODIVM, 2018.

OLIVEIRA, Alexandre Miranda. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Qualificação e quantificação da legítima: critérios para partilha de bens. In: **Arquitetura do Planejamento Sucessório**. Daniele Chaves Teixeira (Coord). Belo Horizonte: Fórum, 2021.

OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. **Tratado de Direito das Sucessões**. 4.ed. Rev. e atualizada. Vol. III. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1952.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de; AMORIM, Sebastião Luiz. **Inventários e partilhas: direito das sucessões: teoria e prática**. 13. Ed., rev. e ampl. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões**. vol. VI. 23.ed. Rev. e atual. por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3.ed. Rev. e Ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da. Tutela provisória. In: **CPC em foco. Temas essenciais e sua receptividade: dois anos de vigência do novo CPC**. Teresa Arruda Alvim, coordenação – 2.ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

ROCHA, Felipe Borring. Comentário ao art. 609. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo [coord.]. **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2.ed., 2016.

ROQUE, André Vasconcelos. **Inventário e o novo CPC: mais do mesmo?** Jota. 12 dez. 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/inventario-e-o-novo-cpc-mais-mesmo-12122016>. Acesso em: 09.08.2022.

ROSA, Conrado Paulino da, **Inventário e Partilha**. 4.ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2022.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2005.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no Direito Comparado e no Brasil, In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A Nova Interpretação Constitucional**: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SCHREIBER, Anderson. **Direito civil constitucional**. Coordenação Anderson Schreiber, Carlos Nelson Konder. 1.ed. São Paulo: Atlas, 2016.

SCHREIBER, Anderson; Viégas, Francisco de Assis. Por uma releitura funcional da legítima no direito brasileiro. In: **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. vol. 19. ano 6. p. 211-250. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2019.

SILVA, Clovis do Couto e. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1977. Vol. 11. T. 1.

SILVA, Ricardo Alexandre da. LAMY, Eduardo. Comentários ao Código De Processo Civil. v. IX (arts. 539 ao 673). 2.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

TEPEDINO, Gustavo. A Disciplina Civil-constitucional das Relações Familiares. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999c. Disponível em <https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/disciplina-civil-constitucional-das-rela%C3%A7%C3%B5es-familiares> Acesso em: 29.09.2022.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Código de Processo Civil anotado** (e-book). Colaboração Humberto Theodoro Neto, Adriana Mandim Theodoro de Mello, Ana Vitória Mandim Theodoro. 25.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processo Civil**. vol. II / 54. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 56.ed. v. I. Ver., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2015.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**, volume 1: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum (e-book). 63.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa. Dos procedimentos especiais. In: **CPC em foco**. Temas essenciais e sua receptividade: dois anos de vigência do novo CPC / Teresa Arruda Alvim, coordenação – 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

VEIGA, Daniel Brajal. FONSECA, Geraldo. D'ORIO, Rodrigo. FAGUNDES, Cristiane Druve Tavares. ARMELIN, Roberto. Tutela provisória: questões polêmicas. In: **Tutela provisória no CPC**. Dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015. Coordenação de Cássio Scarpinella Bueno (et al.) – 2.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

VELOSO, Zeno. **Comentários ao Código Civil: parte especial**: direito das sucessões. vol. 21, (arts. 1.857 a 2.027); coord. Antonio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003.

VELOSO, Zeno. **Das disposições testamentárias**. Anais do X Congresso Brasileiro de Direito de Família - Famílias nossas de cada dia. 2015. Disponível em:

<https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/252.pdf#:~:text=Antes%20de%20cumprir%20e%20executar,o%20objetivo%2C%20revelar%20a%20inten%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 04.07.2021.

VELOSO, Zeno. **Testamentos**. 2.ed. Belém: CEJUP, 1993.

WALD, Arnaldo. **Direito das sucessões**. Com a colaboração do professor Roberto Rosas e da Professora Débora Gozzo. 12.ed. Rev. ampl. e atual. de acordo com a legislação vigente, jurisprudência dos tribunais e o novo código civil (Lei nº. 10.406, de 10.01.2002). São Paulo: Saraiva, 2002.

WALD, Arnaldo. O regime jurídico da partilha em vida. In: **Revista dos Tribunais**. v. 76, n. 622, p. 7–15. São Paulo: ago., 1987.

YARSHELL, Flávio Luiz. ABDO, Helena. In: **Tutela provisória no CPC**. Dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015. Coordenação de Cássio Scarpinella Bueno (et al.). 2.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.