



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

ANA LUIZA MENDES MENDONÇA

**AUTONOMIA PRIVADA TESTAMENTÁRIA:
(IM)POSSIBILIDADE DE REVISÃO DA LEGÍTIMA**

Londrina
2022

ANA LUIZA MENDES MENDONÇA

**AUTONOMIA PRIVADA TESTAMENTÁRIA:
(IM)POSSIBILIDADE DE REVISÃO DA LEGÍTIMA**

Dissertação apresentada ao Departamento de Direito da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Negocial.

Orientadora: Profa. Dra. Daniela Braga Paiano

Londrina
2022

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UEL

M539a Mendonça, Ana Luiza Mendes.
Autonomia privada testamentária : (im)possibilidade de revisão da legítima / Ana Luiza Mendes Mendonça. - Londrina, 2022.
148 f.

Orientador: Daniela Braga Paiano.
Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial, 2022.
Inclui bibliografia.

1. Autonomia privada - Tese. 2. Legítima - Tese. 3. Revisão - Tese. 4. Testamento - Tese. I. Paiano, Daniela Braga. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. III. Título.

CDU 34

ANA LUIZA MENDES MENDONÇA

**AUTONOMIA PRIVADA TESTAMENTÁRIA:
(IM)POSSIBILIDADE DE REVISÃO DA LEGÍTIMA**

Dissertação apresentada ao Departamento de Direito da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Negocial.

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Profa. Dra. Daniela Braga Paiano
Universidade Estadual de Londrina - UEL

Profa. Dra. Rozane da Rosa Cachapuz
Universidade Estadual de Londrina - UEL

Prof. Dr. Silas Silva Santos
Universidade do Oeste Paulista - UNOESTE

Londrina, 05 de setembro de 2022.

A Deus, sempre.
Aos meus pais, Reni e Joilton, meus maiores
exemplos de amor e dedicação.
Ao meu namorado, Dimas, que sempre me
apoiou.

AGRADECIMENTOS

À Professora Daniela Braga Paiano, minha orientadora, que me acompanhou em todos os momentos do mestrado, desde a realização dos créditos até a finalização da dissertação. Agradeço por toda a convivência acadêmica, rica e cativante, pelo exemplo de que o caminho do sucesso acadêmico e profissional se faz com muito esforço, dedicação e seriedade. Acima de tudo, agradeço pela amizade criada nesses anos de orientação, pelo incentivo, apoio, compreensão, disponibilidade e, principalmente, pela serenidade com que conduziu a orientação.

À Professora Rozane da Rosa Cachapuz, que compartilhou comigo seu vasto conhecimento de direito de famílias e sucessões, bem como de metodologia, por toda a paciência e esforço dedicados na minha banca de qualificação, e pela inestimável contribuição para a redação final do trabalho.

Ao professor Silas Silva Santos, sempre disponível para a discussão dos assuntos acadêmicos, e que me proporcionou o acesso a obras essenciais para a realização da minha pesquisa, que certamente tornaram o trabalho mais completo e interessante.

À banca examinadora, meu profundo respeito e gratidão.

À Universidade Estadual de Londrina, por me proporcionar uma evolução acadêmica e profissional de tão alto nível. Concluir o Mestrado nesta instituição que já havia me acolhido na Graduação é, acima de tudo, a concretização de um sonho.

Eu vim de infinitos caminhos,
e os meus sonhos choveram lúcido pranto
pelo chão.

Quando é que frutifica, nos caminhos infinitos,
essa vida, que era tão viva, tão fecunda,
porque vinha de um coração?

E os que vierem depois, pelos caminhos infinitos,
do pranto que caiu dos meus olhos passados,
que experiência, ou consolo, ou prêmio
alcançarão?

(Herança – Cecília Meireles)

RESUMO

MENDONÇA, Ana Luiza Mendes. **Autonomia privada testamentária: (im)possibilidade de revisão da legítima.** 2022. 149 f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Centro de Estudos Sociais Aplicados, Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2022.

A sociedade passou por diversas transformações ao longo do século XX, sobretudo no que tange à família e a propriedade, pilares do Direito das Sucessões, e o ordenamento jurídico brasileiro não acompanhou tais mudanças, permanecendo engessado. O presente estudo tem por foco o instituto da legítima no Brasil, que corresponde à metade dos bens da herança que deve ser resguardada aos herdeiros necessários. Assim, em face da dignidade da pessoa humana, da autonomia privada e da coerência e sistematicidade do ordenamento, sobretudo quanto aos parâmetros contemporâneos do Direito das Famílias, questiona-se se há a possibilidade de relativização ou extinção da legítima no Brasil, sendo que a hipótese norteadora da pesquisa traduz-se na possibilidade de sua relativização no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse diapasão, o objetivo geral da pesquisa é demonstrar a aplicabilidade da revisão do instituto da legítima, conciliando a proteção à família e a liberdade de testar, a depender das condições dos sucessores (suas vulnerabilidades), quando comparado com o atual sistema brasileiro, que é fixo em 50% dos bens para aqueles familiares que a legislação considerou próximos ao falecido (descendente, ascendente e cônjuge). Como marco teórico, vale-se da visão de Pietro Perlingieri, Luigi Ferri, Ana Prata e Otavio Luiz Rodrigues Junior sobre autonomia privada, e sobre a legítima e sua revisão utiliza-se de Ana Luiza Maia Nevares, Anderson Shreiber, Giselda Hironaka, Massimo Bianca, Pontes de Miranda, Renata Raupp Gomes, Rolf Madaleno e Roxana Cardoso Borges. A pesquisa terá cunho teórico, exploratório e crítico, bem como será desenvolvida à luz do método científico histórico-dedutivo, enquanto as técnicas empregadas fundamentam-se, preponderantemente, na pesquisa bibliográfica e documental de natureza legislativa. Concluiu-se que o instituto da legítima deve ser reformulado, a fim de proteger os herdeiros necessários vulneráveis, ou seja, os descendentes e ascendentes que sejam menores de idade, idosos ou com deficiência, e o cônjuge/companheiro supérstite que não foi contemplado com meação e não possui meios econômicos de manter seu padrão de vida, uma vez que a família tem proteção constitucional e os entes que a compõem possuem deveres de solidariedade, a fim de cumprir a promoção da pessoa e sua dignidade. Ao final, propôs alteração legislativa a fim de manter o instituto da legítima de modo que respeite a autonomia privada do testador e proteja os parentes vulneráveis do testador, realizando a proteção da família.

Palavras-chave: autonomia privada; legítima; revisão; testamento; vulnerabilidade.

ABSTRACT

MENDONÇA, Ana Luiza Mendes. **Private testamentary autonomy: (im)possibility of review of the legitim.** 2022. 149 p. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Centro de Estudos Sociais Aplicados, Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2022.

Throughout the twentieth century, society underwent several transformations, particularly with regard to family and property, which are pillars of Succession Law; the Brazilian legal system did not follow these changes, and remained stuck. The current study focuses on the legitim in Brazil, which is the portion of a deceased's estate to which their issue are entitled in satisfaction of their legal rights, whether or not the deceased left a will. Thus, given the guiding hypothesis of the dignity of the human person, private autonomy, and the coherence and systematicity of the legal system, particularly in relation to the contemporary parameters of Family Law, it is questioned whether there is a possibility of relativization or extinction of the legitim in Brazil, given that the guiding hypothesis of the research translates into the possibility of its relativization in the Brazilian legal system. The general objective of the research is to demonstrate the applicability of the relativization of the legitim, reconciling the protection of the family and the freedom to bequeath, depending on the conditions of the successors (their vulnerabilities), when compared to the current Brazilian system, which it is fixed at 50 percent of the assets for those family members that the legislation considers close to the deceased (descendant, ascendant and spouse). As a theoretical framework, it uses the vision of Pietro Perlingieri, Luigi Ferri, Ana Prata and Otavio Luiz Rodrigues Junior on private autonomy, and on the legitim and its revision, Ana Luiza Maia Nevares, Anderson Shreiber, Giselda Hironaka, Massimo Bianca, Pontes de Miranda, Renata Raupp Gomes, Rolf Madaleno and Roxana Cardoso Borges. The research has a theoretical, exploratory and critical nature, and it uses historical-deductive scientific method; the techniques employed are based on bibliographic and documentary research on previous and current legislation. It was concluded that the legitim must be reformulated in order to protect the vulnerable heirs, that is, the descendants and ascendants who are minors, elderly, or disabled, and the surviving spouse/companion who were not granted part of the estate and do not have the economic means to maintain their standard of living. The family has constitutional protection and the entities that comprise it have solidarity duties, in order to fulfill the protection of the person and their dignity. Finally, a change in law in order to preserve the legitim is proposed, so that it respects the bequeather's private autonomy and protects the bequeather's vulnerable relatives, thereby carrying out family protection.

Key words: private autonomy; legitim; revision; testament; vulnerability.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 ANÁLISE NEGOCIAL DO TESTAMENTO: UMA INTRODUÇÃO AO DIREITO SUCESSÓRIO	12
1.1 ASPECTOS HISTÓRICOS DO DIREITO SUCESSÓRIO	15
1.1.1 A Sucessão Mortis Causa no Brasil: Questões Históricas.....	24
1.2 A SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA E SUAS IMPLICAÇÕES NEGOCIAIS	28
1.2.1 O Testamento como Negócio Jurídico.....	35
1.2.2 A Função Promocional do Testamento.....	44
2 AUTONOMIA PRIVADA VERSUS LEGÍTIMA	49
2.1 A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE AUTONOMIA PRIVADA	49
2.2 CONTEXTUALIZAÇÃO E ATUAL DISCIPLINA DA LEGÍTIMA	60
2.2.1 Aspectos Históricos da Legítima.....	63
2.2.2 Evolução da Legítima no Ordenamento Jurídico Brasileiro	68
2.2.3 A Disciplina da Legítima no Direito Estrangeiro.....	73
2.3 INGERÊNCIA ESTATAL NAS RELAÇÕES PRIVADAS FAMILIARES: O DIREITO DE FAMÍLIA MÍNIMO	77
2.3.1 A Escolha do Rol de Herdeiros Necessários	81
3 ATUAL REGULAMENTAÇÃO DA LEGÍTIMA NO BRASIL: (DES)NECESSÁRIA REFORMULAÇÃO	89
3.1 DO DIREITO À HERANÇA E DA PROPRIEDADE.....	90
3.2 A LEGÍTIMA NA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL: AUTONOMIA OU SOLIDARIEDADE	99
3.3 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE: APTO (OU NÃO) A JUSTIFICAR A PERMANÊNCIA DA PROTEÇÃO DA LEGÍTIMA ATUALMENTE	106
3.3.1 A Família e a Solidariedade Familiar.....	110
3.4 A VULNERABILIDADE COMO POSSÍVEL CRITÉRIO DE REVISÃO	120
3.4.1 A Legítima em Perspectiva Funcional: Uma Visão Propositiva	128
4 PROPOSTA DE LEGE FERENDA	134

CONCLUSÃO.....135

REFERÊNCIAS.....139

INTRODUÇÃO

O Direito Sucessório no ordenamento jurídico brasileiro tem em sua base pilares essenciais: a família e o patrimônio. Seu propósito é regular a sucessão *mortis causa*, com regras que visam conduzir a liberdade de disposição dos bens para depois da morte do autor da herança, bem como a proteção da família do falecido.

Entre os itens que compõem tal ordenamento encontra-se o instituto da legítima, o qual limita a autonomia privada do *de cuius* para dispor de seus bens em testamento na metade do seu patrimônio quando este possui herdeiros necessários – aqueles herdeiros que a legislação escolheu como próximos do falecido e que merecem proteção patrimonial diante da liberdade do testador.

Ocorre que a disciplina da legítima, assim como o direito sucessório em geral, não acompanhou as mudanças pelas quais a sociedade passou ao longo do século XX, e permanece engessada. Desse modo, questiona-se a regulamentação do mencionado instituto, se a limitação da liberdade do testador em metade dos bens está de acordo com a promoção da dignidade da pessoa humana quando esta possui herdeiros necessários que, na prática, nem sempre são as pessoas próximas e que possuem laços de afetividade e de solidariedade familiar com o autor da herança.

Portanto, objetiva-se examinar a destinação compulsória de parte dos bens da herança para determinados sucessores, limitando o direito de testar, assim como esclarecer a compreensão da autonomia privada na pós-modernidade: sua conformação às garantias constitucionais e sua relação com o planejamento sucessório e com o negócio jurídico testamentário. Ademais, pretende-se verificar se a vulnerabilidade pode ser considerada como critério de reconhecimento do herdeiro necessário, apto a limitar a autonomia testamentária.

Para atingir os mencionados objetivos, a presente pesquisa foi estruturada em três capítulos. O primeiro investiga o direito sucessório propriamente dito, por meio de uma perspectiva histórica, e aborda a sucessão testamentária em si, bem como examina o testamento como negócio jurídico.

O segundo capítulo, por sua vez, explora a autonomia privada e sua limitação no campo sucessório, que se concretiza por meio da legítima. Desse modo, trata da contraposição entre liberdade do testador e proteção patrimonial da família, trazendo a contextualização da disciplina na legítima na legislação brasileira e aponta

como é disciplinada a questão em ordenamentos estrangeiros, levantando a questão da ingerência estatal no direito sucessório através da escolha das pessoas que compõem o rol de herdeiros necessários.

Por fim, o último tópico investiga a necessidade de reformulação da disciplina da legítima no Brasil por meio da pesquisa sobre o direito à herança e o direito de propriedade, garantidos constitucionalmente, questionando se o princípio da solidariedade é apto a justificar a permanência da limitação à liberdade de testar, e a possibilidade de relativizar a legítima com base no critério de vulnerabilidade dos herdeiros, como se observará a seguir.

1 ANÁLISE NEGOCIAL DO TESTAMENTO: UMA INTRODUÇÃO AO DIREITO SUCESSÓRIO

Quando se estuda o direito das sucessões, em especial o negócio jurídico testamentário, o instituto da legítima não pode ser desconsiderado. A disposição da legítima, prevista no artigo 1.846 do Código Civil pátrio, afirma expressamente pertencer, de pleno direito aos herdeiros necessários, a metade dos bens da herança – constituindo o mencionado instituto.

Desse modo, com o objetivo de analisar o testamento sob o enfoque negocial, o presente capítulo abordará aspectos gerais e históricos do direito sucessório, com especial destaque à sucessão testamentária e ao negócio jurídico testamentário. Questiona-se a origem do testamento, sua conceituação e natureza jurídica, motivo pelo qual é imperioso realizar uma introdução ao direito sucessório, a fim de chegar ao cerne da problemática da pesquisa.

O estudo da atual disposição da legítima – quota destinada aos herdeiros necessários ou reservatários – no ordenamento jurídico brasileiro, frente à limitação da autonomia privada do testador, deve partir do estudo do direito sucessório, analisando os fundamentos nele contidos que sustentam a referida limitação.

O tema é de extrema importância tendo em vista que “a liberdade de testar [...] não deve ser restringida *a priori*, malgrado seja esta (a restrição à liberdade de testar, na medida da porção legítima) a grande marca do vigente sistema de sucessão forçada.”¹

Observa-se que, para chegar à análise dos referidos fundamentos, deve-se investigar, de outro lado, o negócio jurídico testamentário e as razões que dão suporte à liberdade testamentária, para, ao final, estabelecer se a legítima deve ser mantida, sofrer modificações ou ser extinta do ordenamento jurídico brasileiro.

Antes de analisar o testamento propriamente dito, inicia-se esta pesquisa com o direito sucessório, verificando sua importância e a justificativa da existência das sucessões legítima e testamentária no ordenamento jurídico brasileiro, bem como suas definições.

¹ CORTIANO JUNIOR, Eroulths; RAMOS, André Luiz Arnt. Liberdade testamentária versus sucessão forçada: anotações preliminares sobre o direito sucessório brasileiro. *Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (Univel)*, Cascavel, n. 4, p. 41-73, maio 2015, p. 67.

Clóvis Beviláqua apontou que tanto Montesquieu como Augusto Comte eram contrários à sucessão legítima e favoráveis à sucessão testamentária, uma vez que o dever dos pais é de alimentar e dar educação completa a seus filhos e não os fazer herdeiros, bem como os filhos não deveriam esperar o patrimônio dos pais após receber a mencionada educação.²

Dentre os opositores do direito hereditário no geral, encontram-se alguns socialistas que negam legitimidade à propriedade privada e consideram que o processo de sucessão cria e incentiva a desigualdade entre os homens, alimentando a injustiça social, além do que, pessoas aquinhoadas com herança não precisam trabalhar, diminuindo a mão de obra.³

Clóvis Beviláqua era contrário a tal posicionamento e sustentava que o direito sucessório é de extrema importância para o aumento da riqueza pública, um meio de distribuí-la de forma mais apropriada para sua conservação, bem como é um vínculo para a consolidação da família e estímulo para o altruísmo, de modo que cabe aos legisladores regularem a sucessão *causa mortis* de modo mais adequado aos interesses combinados da sociedade, da família e dos indivíduos, sem nunca a eliminar por completo.⁴

Os argumentos favoráveis ao direito hereditário são no sentido de que o homem, com o objetivo de adquirir riqueza em seu interesse, aumenta o patrimônio da sociedade e, almejando assegurar o bem-estar de seus sucessores, poupa e busca aumentar os seus bens, de modo que, quando não admitida a sucessão hereditária, faltaria a ele incentivo para aumentar e conservar a riqueza, esbanjando o patrimônio nos últimos anos de sua vida. Observa-se que, ao permitir a transmissão dos bens aos herdeiros, estimula-se a produção de riquezas e conservam-se unidades econômicas a serviço do bem comum, aumentando o patrimônio da sociedade, desempenhando, pois, o direito das sucessões, importante função social.⁵

Por oportuno, cita-se a experiência da extinta União Soviética, que demonstrou, na prática, a inconveniência da supressão do direito sucessório *causa mortis* que, além de não conseguir manter a proibição, resultou em consequências tão

² BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1983, p. 14-15.

³ CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das sucessões*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p.44.

⁴ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1983, p. 16.

⁵ CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das sucessões*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p.44.

prejudiciais para a economia nacional que o legislador russo teve de recuar e restabelecer a possibilidade da transmissão de herança.⁶

Para Pontes de Miranda, é na divisão das heranças que se encontra um dos mais graves problemas de política científica. As consequências da fragmentação das fortunas, ordenada em nome do individualismo cego que não vê os grandes males que resultam do regime de sucessão de sua época, por si só justificariam, para o autor, a revisão do direito sucessório.⁷

No tocante aos conceitos de sucessão, Inocêncio Galvão Telles leciona que, embora tenham utilização como sinônimos, há certa distinção. Nesse sentido, a palavra sucessão tem seu sentido amplo – no qual o termo transmissão é seu sinônimo – e sentido estrito – o qual designa a transmissão por morte, isto é, apenas uma das espécies de transmissão.⁸

A sucessão propriamente dita é a transmissão de direitos e deveres, podendo ocorrer de dois modos – em vida (*inter vivos*) e após a morte (*causa mortis*) – e o objeto do presente trabalho, o direito sucessório, dedica-se inteiramente à sucessão *causa mortis*, prevista a partir do artigo 1.784 do Código Civil brasileiro, o qual dispõe que a herança é transmitida desde logo aos herdeiros legítimos e testamentários quando aberta a sucessão.

A sucessão realizada em virtude do falecimento foi definida por Clóvis Beviláqua como “a transmissão dos direitos e obrigações de uma pessoa morta a outra sobreviva, em virtude da lei ou da vontade expressa do transmissor.”⁹, isto é, pela sucessão legítima ou pela testamentária.

No mesmo sentido expõe Cesare Massimo Bianca, apontando que a morte da pessoa não extingue seus direitos de propriedade, em vez disso requer sua transmissão a outros. Esta transmissão dos direitos da pessoa após a sua morte integra a história da sucessão por morte, como uma sucessão que tem na morte o seu pressuposto necessário e justificador.¹⁰

⁶ CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das sucessões*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p.44.

⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. T. LV: sucessão em geral: sucessão legítima. Atualizado por: Giselda Hironaka e Paulo Lôbo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 219.

⁸ TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das sucessões: noções fundamentais*. 2. ed. Lisboa: Centro de estudos de Direito Civil, 1973, p. 23.

⁹ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1983, p. 17.

¹⁰ BIANCA, Cézare Massimo. *Diritto civile: la famiglia le successioni*. 4. ed. rev. e atual. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 2005, p. 530.

Portanto, embora existam dois tipos de sucessão, “a sucessão por excelência é a transmissão por morte. Daí chamar-se direito das sucessões ou direito sucessório ao complexo normativo que a rege.”¹¹ Motivo pelo qual, doravante o termo “sucessão” utilizado no presente trabalho será para designar a sucessão *causa mortis*.

Esclarece-se que o termo herança, em sentido amplo, compreende a herança, os legados e outros benefícios, enquanto que em senso estrito, o que passa do falecido a outra pessoa ou outras pessoas, como patrimônio ou parte de patrimônio.¹² É um bem jurídico imóvel, universal e indivisível – ainda que possua apenas bens móveis singulares e divisíveis –, formada com a transmissão do conjunto de relações patrimoniais pertencentes ao morto.¹³

Embora este estudo não tenha o viés metodológico de pesquisa histórica, é imperioso o estudo sobre como se deu a sucessão desde os antigos até o Código Civil brasileiro, a fim de descobrir a justificativa da limitação da legítima sobre o patrimônio do testador.

1.1 ASPECTOS HISTÓRICOS DO DIREITO SUCESSÓRIO

Considerando, portanto, a necessidade de análise histórica acerca do direito sucessório, verifica-se que o Brasil possui um direito sucessório que foi influenciado por diversas origens, como o direito romano, o germânico, canônico e medieval, e não apenas o direito português, mesmo porque o último possuiu também suas influências distintas.

Nesse sentido, Antônio Junqueira de Azevedo aponta que o direito sucessório que vigora no Brasil e em outros países é resultante de distantes e contraditórias origens, sendo fundamentado em larga escala no Direito Romano (clássico e pós-clássico), no qual predominava a sucessão testamentária, mas também influenciado profundamente pelo Direito germânico, de espírito comunitário,

¹¹ TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das sucessões: noções fundamentais*. 2. ed. Lisboa: Centro de estudos de Direito Civil, 1973, p. 29.

¹² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. T. LV: sucessão em geral: sucessão legítima. Atualizado por: Giselda Hironaka e Paulo Lôbo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 57.

¹³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: sucessões*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 34.

inteiramente oposto à autonomia da vontade, além de acrescentar, também o Direito Canônico durante a Idade Média.¹⁴

Pontes de Miranda afirma que é no direito romano que estão, na maior parte, as fontes do regime das sucessões atuais, inclusive o brasileiro, e que “O materialismo romano, o apetite pugnaz dos bens imediatos e individuais, rapidamente arreventou os laços do clã romano, da família comunista. Em nenhum povo foi tão violenta e mais rica de consequências à vontade individual de poder”, pois o ser humano não queria apenas enriquecer, mas afirmar-se depois da morte, com atribuição do patrimônio a quem continuasse suas tradições.¹⁵

A ideia de sucessão universal e a distinção entre sucessão legítima e sucessão testamentária têm origem no direito romano. Independentemente das formas sucessórias historicamente desenvolvidas, o direito romano já conhecia, em tempos remotos, o conceito de herdeiro, assumindo a universalidade das posições jurídicas do falecido e indicando na família, sobretudo nos descendentes diretos, o primeiro destinatário da herança. Contudo, as noções – como as de testamento, herdeiro, legatário – e regras do direito sucessório – como as de indignidade – têm origem no direito atual.¹⁶

Ressalta-se que o culto da família e a propriedade estão estritamente unidos nas crenças e nas leis dos antigos, de modo que, tanto no direito grego como no romano não se podia adquirir a propriedade sem o culto, nem o culto sem a propriedade. Deste princípio originaram-se as regras de sucessão.¹⁷

Montesquieu fez uma abordagem profunda sobre o tema, apontando que as leis romanas de sucessão derivam da repartição realizada por Rômulo das terras de seu Estado para seus cidadãos, e a lei da divisão das terras exigia que os bens de uma família não fossem transmitidas para outra família, passando a existir somente duas ordens de herdeiros estabelecidos pela lei: os filhos e todos os descendentes que vivessem sob a proteção do pai – denominados de herdeiros

¹⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O espírito de compromisso do direito das sucessões perante as exigências individualistas de autonomia da vontade e as supra-individualistas da família. Herdeiro e legatário. *Revista Da Faculdade De Direito*, Universidade de São Paulo, 95, 273-281, 2000. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67469>. Acesso em 10 dez. 2021, p. 273.

¹⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. T. LV: sucessão em geral: sucessão legítima. Atualizado por: Giselda Hironaka e Paulo Lôbo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 216.

¹⁶ BIANCA, Cézare Massimo. *Diritto civile: la famiglia le sucesioni*. 4. ed. rev. e atual. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 2005, p. 531-532.

¹⁷ FUSTEL DE COULANGES, Numa-Denys. *A Cidade Antiga*. Tradução de Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Editora das Américas, 2006. *Ebook*, p. 52.

próprios – e, se não os tivesse, os parentes mais próximos por linha masculina – os agnatos – não deveriam suceder; eles transfeririam os bens para outra família.¹⁸

Segundo Fustel de Coulanges, o culto da família e a propriedade estão estritamente interligados, e a religião doméstica passava de pai para filho (varão para varão), assim como ocorria com a propriedade, tendo em vista que o filho é a continuação natural e obrigatória do culto, ele também é o herdeiro dos bens, fazendo surgir a regra da hereditariedade, de modo que “o que faz com que o filho herde não é a vontade do pai. O pai não tem necessidade de fazer testamento; o filho herda de pleno direito [...]. É um herdeiro necessário. Não tem que aceitar ou recusar a herança.”¹⁹

Desse ponto seguiu-se também que os filhos não deviam herdar de sua mãe, bem como a mãe não devia herdar de seus filhos, uma vez que isso teria levado os bens de uma família para outra, sendo, portanto, excluídos na lei das Doze Tábuas, que chamava à sucessão somente os agnatos; e o filho e a mãe não o eram entre si.²⁰

Observa-se que o direito de testar era contrário às crenças religiosas – fundamento do direito de propriedade e de sucessão – uma vez que a propriedade estava ligada ao culto, e o culto era hereditário assim também era a propriedade, além do fato de que a propriedade não pertencia ao sujeito, mas à família considerando que o homem não a adquiriu pelo trabalho, mas pelo culto doméstico.²¹

Portanto, nota-se que os antigos não permitiam a realização de testamento e nem permitiam às mulheres suceder em razão da existência de uma enorme solidariedade familiar na sociedade. Veja, o autor Fustel de Coulanges aponta que a propriedade era da família, embora o titular fosse, pela lei, o patriarca.

O mencionado autor também explica o motivo de ser considerado sempre o primogênito: havia uma superioridade original, em razão do filho mais velho ser considerado aquele que foi gerado para o cumprimento do dever, aquele que assumia as responsabilidades do culto e da família e, por isso, também herdava o

¹⁸ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Sécondat, Barão de. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 527.

¹⁹ FUSTEL DE COULANGES, Numa-Denys. *A Cidade Antiga*. Tradução de Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Editora das Américas, 2006. *Ebook*, p. 52.

²⁰ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Sécondat, Barão de. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 527.

²¹ FUSTEL DE COULANGES, Numa-Denys. *A Cidade Antiga*. Tradução de Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Editora das Américas, 2006. *Ebook*, p. 57.

patrimônio, devendo os irmãos mais novos viver sob sua autoridade assim como viviam sob a autoridade paterna.²²

Embora o direito de primogenitura seja iníquo, além de não ferir os espíritos sobre os quais a religião imperava, era contrabalançado por vários costumes dos antigos, como a adoção do irmão mais novo por outra família, tornando-se herdeiro, ou pelo seu casamento com uma filha única, ou, ainda, pelo recebimento de porção de terra que era patrimônio de família antiga.²³

Do mesmo modo, a não sucessão pela linha materna também tinha uma questão de solidariedade familiar envolvida: a propriedade deveria ficar na mesma família, para o bem daqueles que a compõem, pois caso a linha materna sucedesse, o patrimônio trocava de família e a família paterna ficaria sem proteção.

Retomando a questão testamentária, tendo em vista que a ordem de vocação foi estabelecida em lei, o cidadão não deveria perturbá-la por vontade particular, ou seja, não era permitida a elaboração de testamento. Porém, a fim de conciliar a lei e vontade dos particulares, posteriormente permitiu-se a disposição dos bens em assembleia, de modo que o testamento era visto como um “ato de poder do povo”, assim como a Lei das Doze Tábuas permitiu que o testador escolhesse como herdeiro o cidadão que lhe aprovesse, havendo uma permissão indefinida de testar.²⁴

Nesse momento, “despermitiam as leis romanas eleição de herdeiro fora do testamento e não era possível testamento sem instituição de herdeiro. [...] Poderia, sim, haver ato de última vontade sem instituição de herdeiro; mas, esse ato não constituía testamento [...]”.²⁵

Nas civilizações arcaicas, a função atual do testamento era preenchida, ainda que muito imperfeitamente, por: (a) instituições que tendem a produzir seus efeitos no direito de família, originando acessoriamente a vocação hereditária como consequência da criação fictícia de parentesco (adoção); (b) atos destinados a conferir ao beneficiário a situação de um filho do *de cuius*; (c) via de contratos de sucessão; (d) emprego de intermediários de transmissão investidos da

²² FUSTEL DE COULANGES, Numa-Denys. *A Cidade Antiga*. Tradução de Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Editora das Américas, 2006. *Ebook*, p. 59.

²³ FUSTEL DE COULANGES, Numa-Denys. *A Cidade Antiga*. Tradução de Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Editora das Américas, 2006. *Ebook*, p. 59.

²⁴ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Sécondat, Barão de. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 528.

²⁵ NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária*. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 72.

propriedade dos bens que o *de cuius* quer dispor e encarregados de transferi-las depois de sua morte aos verdadeiros destinatários; e (e) liberalidades que incidissem apenas em objetos particulares e não o conjunto do patrimônio.²⁶

O reconhecimento do testamento como idôneo à transmissão da herança já trazia à tona o problema: a conciliação entre o princípio da liberdade de disposição do testador e a necessidade de salvaguardar as expectativas sucessórias dos parentes mais próximos.²⁷

Por fim, no que concerne a Roma antiga, quando a monarquia se estabeleceu, todo o sistema sobre as sucessões foi mudado, de sorte que os pretores chamaram os parentes por via feminina quando não havia parentes por via masculina – o que não era permitido segundo as leis antigas, uma vez que os parentes por via feminina nunca eram chamados.²⁸

Com o objetivo de superar certos formalismos e limites rígidos impostos pela Lei das XII Tábuas, o pretor concedeu posse de bens aos familiares sem direito a sucessão legítima, o chamado “*bonorum possessio*”. Embora não fosse herdeiro formal, esses familiares podiam obter a posse dos bens hereditários e reivindicá-los como se fossem herdeiros, e rejeitar as reivindicações dos herdeiros civis.²⁹

Ao final, o imperador Justiniano suprimiu até o menor vestígio do antigo direito sobre as sucessões, estabelecendo três ordens de herdeiros: os descendentes, os ascendentes, os colaterais, inexistindo distinção entre os homens e as mulheres, entre os parentes por via feminina e os parentes por via masculina, bem como revogou todas as disposições que restavam nesse sentido.³⁰

O direito sucessório moderno, no entanto, é certamente diferente do direito romano. Mas a evolução mais significativa só ocorreu recentemente, na sequência da alteração da condição social e jurídica da família, que levou a

²⁶ NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária*. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 62-63.

²⁷ BIANCA, Cézare Massimo. *Diritto civile: la famiglia le successioni*. 4. ed. rev. e atual. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 2005, p. 531.

²⁸ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Sécondat, Barão de. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 536.

²⁹ BIANCA, Cézare Massimo. *Diritto civile: la famiglia le successioni*. 4. ed. rev. e atual. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 2005, p. 531.

³⁰ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Sécondat, Barão de. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 536.

reconhecer ao cônjuge a posição de sucessor universal legítimo e a admitir, na sucessão, os filhos naturais em igualdade com os filhos legítimos.³¹

Na Idade Média, não era permitido aos súditos do senhor feudal transmitir seus bens sem sua anuência direta, como decorrência de uma concepção de soberania sobre a propriedade. Portanto, a transmissão dos bens de raiz ou propriedade feudal exigia a investidura do poder real, sendo introduzida a *saisine*, que seria a primitiva concessão da posse pelo senhor feudal, que cobrava tributos dos vassallos por esses direitos, e estes também lhe juravam fidelidade e serviços.³²

Verifica-se, por conseguinte, que “o direito de testar surge e amplia-se à medida que uma sociedade passa do regime feudal ou militar para o industrial e o princípio do organismo familiar cede preeminência à liberdade individual.”³³

No período medieval e no início da Idade Moderna, o direito das sucessões era a parte mais importante do direito, tendo em vista que não havia grandes mudanças econômicas nas sociedades antigas e muitas pessoas viviam do que herdavam e transferiam para os herdeiros, sendo considerada uma arma poderosa dos revolucionários franceses para a ruptura com o velho regime.³⁴

Isto porque o chamado “velho” direito das sucessões foi abolido no ano de 1789, pois consolidava as ordens estamentais e os poderes estabelecidos – o rei, a igreja e a nobreza. Ressalta-se que a primogenitura e outros privilégios foram abolidos e substituídos pelo princípio da igualdade entre os herdeiros além da proibição dos testamentos pelo receio de que servissem para restauração dos antigos privilégios. Posteriormente, os testamentos voltaram a ser permitidos, embora limitados a um sexto da herança. O objetivo do novo direito das sucessões foi o de uma mais ampla distribuição da herança.³⁵

Segundo Alexis de Tocqueville, quando as leis de sucessão ordenaram a partilha igualitária dos bens do pai entre todos seus filhos, provocaram uma revolução na propriedade, tendo em vista que os bens mudaram de dono e de natureza, fracionando-se sem cessar em partes cada vez menores, destruindo grandes fortunas e propriedades territoriais, diferentemente do que acontecia com o

³¹ BIANCA, Cézare Massimo. *Diritto civile: la famiglia le successioni*. 4. ed. rev. e atual. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 2005, p. 532.

³² MADALENO, Rolf. *Sucessão legítima*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 31.

³³ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das Sucessões*. V.1. 4. ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1958, p. 340.

³⁴ LOBO, Paulo. *Direito civil: sucessões*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 23.

³⁵ LOBO, Paulo. *Direito civil: sucessões*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 23.

direito de primogenitura, que garantia a passagem do patrimônio de geração a geração sem dividir-se, assegurando que o espírito de família se materializasse de certo modo na terra mesma, perpetuando sua origem, sua glória e seu poder.³⁶

O referido autor ainda mencionou sua surpresa, em sua passagem pela nação norte-americana, na primeira metade do século XIX, que os publicistas antigos e modernos não tivessem atribuído às leis de sucessões uma grande influência no estado social dos povos, e que deveriam ser colocadas à frente de todas as instituições políticas, considerando que as leis de sucessões operariam sobre a sociedade, apoderando-se em certo modo das gerações antes de seu nascimento. Em suas palavras: “O legislador resolve uma vez a sucessão dos cidadãos e repousa por séculos; tendo dado movimento à sua obra, pode dela retirar a mão; a máquina age por suas próprias forças e se dirige como que sozinha rumo a um objetivo indicado de antemão.”³⁷

Portanto, verifica-se que a burguesia teve um importante papel na Revolução Francesa no que diz respeito à herança, que deixou de ter o caráter da primogenitura, mas dividiu a herança em partes iguais aos herdeiros.

Nesse sentido, observa-se que o *Code Civil des Français*, de 1804, é dominado por três institutos: família, contrato e propriedade, e, quanto à última, “abandonam-se as concepções medievais de propriedade dividida e gravada, retornando-se à concepção romana de propriedade una e indivisa, tendencialmente absoluta” e, no que concerne à sua transferência, afasta-se do modelo romano, adotando-se a concepção germânica de que a transferência do domínio se dá consensualmente, pelo próprio contrato.³⁸

Não se esquece, todavia, que o fundamento da sucessão *mortis causa* está na propriedade individual, sendo a sucessão individual e, se os bens são da comunidade, clã, tribo ou outro grupo, não há sucessão *mortis causa*³⁹. Considera-se, também, que a propriedade privada “[...] significava que o indivíduo possuía seu

³⁶ TOCQUEVILLE, Alexis de. A democracia na América. Tradução de Julia da Rosa Simões. São Paulo: Edipro, 2019, p. 54-55.

³⁷ TOCQUEVILLE, Alexis de. A democracia na América. Tradução de Julia da Rosa Simões. São Paulo: Edipro, 2019, p. 54.

³⁸ FACCHINI NETO, Eugênio. Code civil francês: Gênese e difusão de um modelo. *Revista de Informação Legislativa*. p. 59-88. Ano 50 Número 198 abr./jun. 2013, p. 71.

³⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. T. LV: sucessão em geral: sucessão legítima. Atualizado por: Giselda Hironaka e Paulo Lôbo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 223.

lugar em determinada parte do mundo e, portanto, pertencia ao corpo político, isto é, chefiava uma das famílias que, no conjunto, constituíam a esfera pública.”⁴⁰

No que diz respeito à ordem de vocação, o Código Napoleônico retirou o direito de primogenitura (artigo 745⁴¹) e postulou que a sucessão seria realizada pelos filhos naturais, depois pelo cônjuge sobrevivente e, se não houvesse ninguém, pelo Estado, conforme seu artigo 723⁴². Observa-se que o artigo 745 contém vedação expressa à distinção por sexo ou primogenitura, mesmo que os filhos sejam de casamentos diferentes, sucedendo em partes iguais.

Ainda, o mencionado Código não considerava a natureza ou origem dos bens para reger a sucessão (artigo 732⁴³), a sucessão poderia ocorrer para os filhos, descendentes, ascendentes ou parentes colaterais (artigo 731⁴⁴), e, na hipótese desses dois últimos casos, a sucessão era dividida em duas partes iguais; uma para os parentes da linha paterna, outra para os parentes da linha materna (artigo 733⁴⁵).

Com relação ao testamento, o Código napoleônico permitiu sua elaboração como modo de disposição gratuita de bens, ao lado da doação entre vivos (artigo 893⁴⁶), e o conceituou no artigo 895⁴⁷ como ato revogável pelo qual o testador dispõe seus bens (no todo ou em parte) para depois de sua morte.

⁴⁰ LOBO, Paulo. *Direito civil: sucessões*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 33.

⁴¹ “745. Les enfans ou leurs descendans succèdent à leurs père et mère, aïeuls, aïeules, ou autres ascendans, **sans distinction de sexe ni de primogéniture, et encore qu'ils soient issus de différens mariages**. Ils succèdent par égales portions et par tête, quand ils sont tous au premier degré et appelés de leur chef: ils suc cèdent par souche, lorsqu'ils viennent tous ou en part par représentation.” (Destaque da autora) FRANÇA. Code Civil des Français. Décrété le 14 Ventôse na XI. Paris, 1804.

⁴² “723. La loi règle l'ordre de succéder entre les héritiers légitimes: à leur défaut, les biens passent aux enfans naturels, ensuite à l'époux survivant; et s'il n'y en a pas, à la République.” FRANÇA. Code Civil des Français. Décrété le 14 Ventôse na XI. Paris, 1804.

⁴³ “732. La loi ne considère ni la nature ni l'origine des biens pour en régler la succession.” FRANÇA. Code Civil des Français. Décrété le 14 Ventôse na XI. Paris, 1804.

⁴⁴ “731. Les successions sont déferées aux enfans et descendans du défunt, à ses ascendans et à ses parens collatéraux, dans l'ordre et suivant les règles ci-après déterminés.” FRANÇA. Code Civil des Français. Décrété le 14 Ventôse na XI. Paris, 1804.

⁴⁵ “733. Toute succession échue à des ascendans ou à des collatéraux, se divise en deux parts égales; l'une pour les parens de la ligne paternelle, l'autre pour les parens de la ligne maternelle. Les parens utérins ou consanguins ne sont pas exclus par les germains; mais ils ne prennent part que dans leur ligne, sauf ce qui sera dit à l'article 752. Les germains prennent part dans les deux lignes. Il ne se fait aucune dévolution d'une ligne à l'autre, que lorsqu'il ne se trouve aucun ascendant ni collatéral de l'une des deux lignes.” FRANÇA. Code Civil des Français. Décrété le 14 Ventôse na XI. Paris, 1804.

⁴⁶ “893. On ne pourra disposer de ses biens, à titre gratuit, que par donation entre-vifs ou par testament, dans les formes ci-après établies.” FRANÇA. Code Civil des Français. Décrété le 14 Ventôse na XI. Paris, 1804.

⁴⁷ “895. Le testament est un acte par lequel le testateur dispose, pour le temps où il n'existera plus, de tout ou partie de ses biens, et qu'il peut révoquer.” FRANÇA. Code Civil des Français. Décrété le 14 Ventôse na XI. Paris, 1804.

Por outro lado, o código limitou também a liberdade do testador na disposição de seus bens, conforme artigos 913⁴⁸ e 915⁴⁹, os quais limitavam a disposição à metade do patrimônio se, quando da morte, tivesse um filho legítimo, a 1/3 se deixasse dois filhos ou a 1/4 do patrimônio se tivesse três ou mais filhos. Também havia limitação caso, na ausência de filhos, o testador deixasse ascendentes, não podendo ultrapassar metade dos bens, se o falecido deixasse um ou mais ascendentes em cada uma das linhas paternas e maternas; e 3/4, se ele deixasse apenas um ascendente em uma linha.

Na Itália, o código atual basicamente manteve o sistema sucessório do código de 1865, que havia rompido com o modelo do código francês. De acordo com o código francês, a qualificação de herdeiro decorre exclusivamente da lei: o testador não poderia nomear herdeiros, mas apenas legatários.⁵⁰

Nesse diapasão, verifica-se que o direito sucessório passou de inexistente – quando a propriedade era coletiva, de forma que não havia modo de se suceder – para a existência de uma enorme proteção familiar e, portanto, o bem deveria ser transmitido para o próximo chefe de família, a fim de assegurar o futuro daqueles que a integravam, criando-se regras que protegiam a primogenitura e a ligação da família pela linha paterna.

Com o decorrer do tempo, surgiram novas necessidades de adequação de tais leis, que culminaram com a retirada aos poucos da rigidez de tais regras, de tal modo que, com o Código Civil Napoleônico, por exemplo, retirou-se o direito de primogenitura, a fim de proteger todos os herdeiros, considerando a saída de um regime absolutista e o novo ideário de liberdade e igualdade pregado na Revolução Francesa.

⁴⁸ “913. Les libéralités, soit par actes entre-vifs, soit par testament, ne pourront excéder la moitié des biens du disposant, s’il ne laisse à son décès qu’un enfant légitime; le tiers, s’il laisse deux enfans; le quart, s’il en laisse trois ou un plus grand nombre.” FRANÇA. Code Civil des Français. Décrété le 14 Ventôse na XI. Paris, 1804.

⁴⁹ “915. Les libéralités, par actes entre-vifs ou par testament, ne pourront excéder la moitié des biens, si, à défaut d’enfant, le défunt laisse un ou plusieurs ascendans dans chacune des lignes paternelle et maternelle; et les troist quarts, s’il ne laisse d’ascendans que dans une ligne. Les biens ainsi réservés au profit des ascendans, seront par eux recueillis dans l’ordre où la loi les appelle à succéder: ils auront seuls droit à cette réserve, dans tous les cas où un partage en concurrence avec des collatéraux ne leur donnerait pas la quotité de biens à laquelle elle est fixée.” FRANÇA. Code Civil des Français. Décrété le 14 Ventôse na XI. Paris, 1804.

⁵⁰ BIANCA, Cézare Massimo. *Diritto civile: la famiglia le sucesioni*. 4. ed. rev. e atual. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 2005, p. 530. “Il codice vigente ha fundamentalmente mantenuto il sistema successorio del codice del 1865, che si era invece staccato dal modello del codice francese. In base al codice francese, infatti, la qualifica di erede discende esclusivamente dalla legge: il testatore non può nominare eredi ma solo legatari.”

Contudo, é necessário ainda investigar historicamente a sucessão em razão do falecimento no Brasil, pois, embora também tenha sido muito influenciado pelo direito Romano clássico, pelo Direito Medieval e pelo Direito Francês pós-revolução, também possui outras bases para a atual legislação sucessória, como se verá no próximo tópico.

1.1.1 A Sucessão *Mortis Causa* no Brasil: Questões Históricas

No Brasil, embora o ordenamento brasileiro tenha grande influência do Código Civil napoleônico, importante também destacar a influência germânica no tocante à sucessão, já que “os germanos, que invadiram a península Ibérica e contribuíram para a formação do reino de Portugal, acentuaram a característica familiar da propriedade e da sucessão hereditária, que eram marcantes em seus costumes.”⁵¹

Além disso, com as conquistas dos povos germânicos pelos romanos, o direito sucessório passou por importante mudança, pois, enquanto para os romanos a propriedade estava concentrada nas mãos do *pater familiae*, sendo o único titular de todos os direitos, para os germanos os bens se constituíam em uma massa comum e dissociada da personalidade do *pater*. Assim, falecido o chefe da família, este era sucedido pelo filho mais velho, sendo-lhe entregues os bens, pagando todas as dívidas do sucedido e ficando com o remanescente.⁵²

Ressalta-se que, no Direito germânico primitivo, não existia a sucessão, mas somente um simples acréscimo dos bens entre os membros da comunidade formada pelo chefe da família e seus filhos. A herança como expectativa de direito (*wartrecht*) surgiu quando o Direito germânico estimou que o pai era o único titular dos bens e, com sua morte, seus filhos varões eram titulares desses direitos, para mais tarde serem também incluídas como herdeiras as filhas solteiras. A aquisição da herança dava-se de forma automática no momento exato da morte do autor da herança e a responsabilidade do herdeiro no Direito alemão era *intra vires*, ou seja, “[...] ele só respondia pelos débitos do morto com os bens herdados, pois sucedia nos bens e não na personalidade do falecido.”⁵³

⁵¹ LOBO, Paulo. *Direito civil: sucessões*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 33.

⁵² MADALENO, Rolf. *Sucessão legítima*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 31.

⁵³ MADALENO, Rolf. *Sucessão legítima*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 31.

Verifica-se que o direito germânico evoluiu de inexistência de sucessão – os bens simplesmente eram acrescidos entre os membros familiares – e passou a estipular que o chefe de família era o único titular do patrimônio, sendo sucedido, com seu falecimento, pelos filhos, respondendo às dívidas do *de cuius* apenas no limite dos bens herdados.

Outro ponto de relação entre o direito sucessório alemão e brasileiro dá-se pelo fato de que os dois códigos, o BGB de 1896 e o Código Civil brasileiro de 1916, estão marcados pelo momento histórico do liberalismo e desenvolvimento da ciência do Direito no qual foram preparados, havendo influência germânica no sistema escolhido pelo legislador brasileiro, com uma parte geral e outra especial, e na distribuição das matérias.⁵⁴

Claudia Lima Marques leciona que são quatro as fontes principais da ordem jurídica brasileira: (a) portuguesa, por meio da incorporação, aporte, enxerto ou recepção forçada do direito português no Brasil durante o tempo colonial; (b) o constante convívio dos juristas brasileiros com ideias e modelos jurídicos estrangeiros, com uma interpretação europeia atualizada do direito romano comum – ressaltando que até 1828 o Brasil não possuía nenhuma Faculdade de Direito em funcionamento, (c) a tradição, que valoriza os costumes e possibilita uma voluntária vinculação do juiz à jurisprudência, principalmente considerando que, até 1917 as fontes legislativas do direito civil eram muito lacunosas e esparsas, e, por fim, (d) o momento político brasileiro, haja vista que o Brasil era Império e pode resistir relativamente à grande influência do *Code Civil* francês, bem como a Constituição de 1891 teve forte inspiração norte-americana, misturando a família romano-germânica com o *Common Law*.⁵⁵

No tocante à primeira fonte, sabe-se que, mesmo após a proclamação da independência do Brasil, o direito português que era representado, principalmente, pelas chamadas Ordenações do Reino de Portugal, continuou vigente no país e somente foi definitivamente revogado, pelo menos no que tange à matéria cível, com a entrada em vigor do Código Civil de 1916. Embora Portugal tenha revogado em

⁵⁴ MARQUES, Claudia Lima. Cem anos de Código Civil Alemão: o BGB de 1896 e o Código Brasileiro de 1916. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, p. 71-97, v.13, 1997, p. 72-73.

⁵⁵ MARQUES, Claudia Lima. Cem anos de Código Civil Alemão: o BGB de 1896 e o Código Brasileiro de 1916. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, p. 71-97, v.13, 1997, p. 73-77.

1867 o Código Filipino, devido ao movimento codificador moderno que surgiu como consequência da Revolução Francesa, no Brasil as Ordenações ainda continuaram a vigorar por mais quarenta anos.⁵⁶

Desse modo, as Ordenações do Reino de Portugal, em especial as Filipinas, utilizaram como modelo a propriedade familiar em contexto semifeudal, havendo, portanto, titularidades em camadas sobre o mesmo bem, com grande concentração de propriedade na pessoa do patriarca familiar, cuja morte não poderia alterá-la. Além disso, a família girava em torno do patriarca, ao qual ficavam subordinados a mulher, os filhos, a parentela, os agregados e os escravos, e a organização familiar deveria ser mantida quando o patriarca morresse, o que condicionava, em vida, a distribuição desigual de direitos e deveres nos regimes matrimoniais de bens, a legitimidade ou ilegitimidade de filhos, tudo a refletir na sucessão hereditária.⁵⁷

Ainda que não houvesse claramente o direito de progeneratura, a administração dos bens familiares no patriarcado era tarefa do primogênito sobrevivente, a fim de que se mantivesse a unidade patrimonial, que servia de substrato para as funções política, econômica e religiosa que a família desempenhava.⁵⁸

No que concerne à liberdade de testar, as Ordenações do Reino, livro IV, título LXXXII, permitia a elaboração de testamento para dispor de 1/3 de seus bens quando possuía descendentes, fixando a legítima em 2/3: “Quando no testamento o pai não faz menção do filho, ou o filho do pai, e dispõem somente da terça”, estendendo esse direito aos ascendentes na segunda parte do §4º do mesmo título: “E isso mesmo haverá lugar, quando o filho, ou neto, ou outro descendente falecer, e fizer testamento em cada huma das maneiras sobreditas, sem deixar descendentes, e tiver pai, mãe, ou outros ascendentes”⁵⁹

Com o advento da República no Brasil, a Constituição de 1891⁶⁰ manteve em vigor as leis do antigo regime que não fossem contrárias ao sistema do

⁵⁶ DELGADO, Mário Luiz. *Codificação, Descodificação, Recodificação do Direito Civil Brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 137 e 154.

⁵⁷ LOBO, Paulo. *Direito civil: sucessões*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 33.

⁵⁸ LOBO, Paulo. *Direito civil: sucessões*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 33.

⁵⁹ PORTUGAL. *Ordenações Filipinas*. Livro IV. 9 ed. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1824. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242733>. Acesso em: 15 fev. 2022..

⁶⁰ BRASIL. *[Constituição (1891)]*. Constituição da República Dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 30 jan. 2022.

governo em voga, revogando, portanto, a morte civil e a distinção entre filhos de nobres e de peões no que se refere à sucessão, e mantendo parte disponível dos bens do falecido em um terço em caso de existirem herdeiros necessários.

Posteriormente, o Decreto nº 1.839, de 31 de dezembro de 1907, alterou a porcentagem da legítima, passando a ser metade dos bens em caso de existência de herdeiros necessários, conforme seu artigo 2º: “O testador que tiver descendente ou ascendente succesível só poderá dispor de metade dos seus bens, constituindo a outra metade a legítima daquelles, observada a ordem legal.”⁶¹, porcentagem que foi mantida pelo Código Civil de 1916 e pelo atual de 2002.

O livro do Direito das Sucessões do Código Civil Brasileiro de 1916 foi bastante criticado em razão da simplicidade das normas que criariam, na prática, um regime das sucessões burocrático, caro e insuficientemente identificado com os ideais liberais, sendo o direito sucessório do referido código considerado conservador e formal, típico conjunto de normas do século XIX.⁶²

O reconhecimento dos filhos extramatrimoniais, por sua vez, possui uma longa trajetória, com profundos reflexos no direito sucessório brasileiro. Sabe-se que “durante todo o período colonial e também no Império, os filhos extramatrimoniais não contavam com qualquer direito à herança de seus pais biológicos, que fossem casados”, sendo qualificados em conformidade com suas origens, consideradas ilegítimas: como espúrios, naturais, adulterinos, bastardos, incestuosos.⁶³

Nenhum direito sucessório era assegurado para os filhos considerados ilegítimos, ainda que o pai (ou a mãe) quisesse contemplá-los, uma vez que a lei impedia o reconhecimento da filiação, fosse voluntário ou judicial, perdurando tal situação até boa parte da primeira metade do século XX, em grande parte impulsionada pela pressão conservadora de forças religiosas e moralistas. Contudo, a partir da segunda metade do século XX os filhos extramatrimoniais passaram a incorporar lentamente direitos sucessórios desiguais, com a evolução da legislação

⁶¹ BRASIL. *Decreto nº 1.839*, de 31 de dezembro de 1907. Regula o deferimento da herança no caso da sucessão ab intestato. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1839-31-dezembro-1907-580742-republicacao-103783-pl.html>. Acesso em: 15 fev. 2022.

⁶² MARQUES, Claudia Lima. Cem anos de Código Civil Alemão: o BGB de 1896 e o Código Brasileiro de 1916. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, p. 71-97, v.13, 1997, p. 95.

⁶³ LOBO, Paulo. *Direito civil: sucessões*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 35.

brasileira, sendo que até 1988 foram-lhes conferidos direitos a percentuais minoritários em relação aos filhos matrimoniais, paulatinamente acrescidos.⁶⁴

Em 1988, com o advento da Constituição e a proclamação da igualdade entre os filhos, independentemente de sua origem – biológica ou não, matrimonial ou não –, posto que tal igualdade alcançou não só o direito de família, mas também o direito sucessório.

Desse modo, verifica-se a tendência histórica em prol da igualdade de direitos sucessórios dos herdeiros, especialmente os filhos, bem como a redução da importância das grandes famílias, que foram substituídas pela previdência social e pelo prevalecimento das famílias nucleares, gradativamente reduzidas.⁶⁵

Historicamente, o ordenamento jurídico brasileiro procurou garantir uma tutela jurídica de conteúdo visivelmente econômico, inclusive no âmbito das relações familiares e sucessórias, mais voltado à proteção patrimonial do que da existência da pessoa. Mesmo com a notória evolução a partir da Constituição de 1988 a fim de proteger a dignidade da pessoa humana e a solidariedade familiar, o campo do direito das sucessões não recebeu o mesmo cuidado e permaneceu com sua normatividade, em grande parte, codificada de modo repetido pelo Código Civil, mesmo com a distância temporal de um século.⁶⁶

Passa-se a discutir a sucessão testamentária sob o foco do negócio jurídico testamentário, no qual o autor da herança exprime sua autonomia privada ao dispor livremente de seus bens (ou de metade deles caso possua herdeiros necessários que são protegidos pela legítima).

1.2 A SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA E SUAS IMPLICAÇÕES NEGOCIAIS

⁶⁴ LOBO, Paulo. *Direito civil: sucessões*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 35.

⁶⁵ LOBO, Paulo. *Direito civil: sucessões*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 42.

⁶⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: sucessões*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 47-48.

Com o objetivo de analisar o testamento e suas implicações negociais, cabe aqui estudar a sucessão testamentária, que se diferencia da sucessão legítima justamente por seu aspecto negocial.

De acordo com o artigo 6º do Código Civil brasileiro, a existência da pessoa natural termina com a morte. Todavia, nem todas as titularidades extinguem-se com o falecimento. Há aquelas que são transmitidas aos sucessores de quem faleceu (*de cujus*), identificando-se, assim, o fenômeno sucessório.⁶⁷

O significado da palavra herança corresponde ao acervo de bens, direitos e obrigações atribuíveis a alguém, por ocasião de sua morte, ou seja, a universalidade de bens que uma pessoa deixa, em razão do falecimento, aos seus herdeiros.⁶⁸ O conceito de sucessão, contudo, é muito amplo, uma vez que “todas as vezes em que um direito muda de titular, sem que a relação jurídica sofra uma transformação, está-se diante de um caso de sucessão”⁶⁹.

Emilio Betti leciona que a sucessão é a situação jurídica de caráter geral e não se dá por mera substituição genérica de um sujeito por outro, de modo que consiste na entrada de uma pessoa para o lugar de outra como sujeito ativo ou passivo de relações jurídicas, e trata-se da permanente identidade da posição jurídica, mantendo-se seus elementos objetivos.⁷⁰

Situação jurídica, por sua vez, é o “[...] conjunto de direitos, deveres, consequências, prerrogativas e obrigações que transitam em torno de um fato, estado ou ato qualificado pelo ordenamento, de algum modo, como apto a produzir efeitos jurídicos.”⁷¹, diferenciando-se de relação jurídica – relações inter-humanas no complexo social que interessam ao direito, são criadas por fatos jurídicos e regidas

⁶⁷ NEVARES, Ana Luiza Maia; MEIRELES, Rose Melo Venceslau; TEPEDINO, Gustavo. *Direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 1.

⁶⁸ MARTINS-COSTA, Judith. Família e sucessões: a necessidade de um modelo inter-sistemático. Prefácio a COSTALUNGA, Karime. *Direito de herança e separação de bens: uma leitura orientada pela Constituição e pelo Código Civil*. In: MARTINS-COSTA, Judith. *Modelos do Direito Privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 567.

⁶⁹ DANTAS, Francisco San Tiago. *Direito de família e das sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 443.

⁷⁰ BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução: Servanda Editora. Campinas: Servanda, 2008, p. 56.

⁷¹ PONA, Éverton Willian; AMARAL, Ana Claudia Corrêa Zuin Mattos do. A vida numa casca de noz? A insuficiência do direito subjetivo e a potencialidade das situações jurídicas como categoria base para a aplicação do direito e realização da autonomia privada. In: PONA, Éverton Willian; AMARAL, Ana Claudia Corrêa Zuin Mattos do; MARTINS, Priscila Machado (Coord.). *Negócio jurídico e liberdades individuais: autonomia privada e situações jurídicas existenciais*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 72.

por normas jurídicas que lhes atribuem a possibilidade de gerar consequências jurídicas.⁷²

Marcos Bernardes de Mello sustenta que “[...] relação jurídica é, exclusivamente, efeito de fato jurídico, sendo conceito pertinente ao plano da eficácia.”, e a conceitua como “[...] toda relação intersubjetiva sobre a qual a norma jurídica incidu, juridicizando-a, bem como aquela que nasce, já dentro do mundo do direito, como decorrência de fato jurídico.”⁷³

Karl Larenz destaca a importância do conceito da relação jurídica, considerada pelo autor como fundamental no Direito Privado, definindo-a como o nexo jurídico que une entre si os sujeitos de direito.⁷⁴ O referido autor ainda explica que a "relação jurídica" se traduz como um "nexo jurídico" entre pessoas. O termo “nexo” indica que qualquer relação jurídica significa um “vínculo” – de um ou vários participantes, ou de todos os outros em relação ao único proprietário. O "vínculo" é basicamente de natureza normativa.⁷⁵

Por sua vez, Luis Diez-Picazo conceitua relação jurídica como toda a situação que, na vida social, se estabelece entre duas ou mais pessoas como canal ideal para a concretização de objetivos ou interesses dignos e merecedores de tutela, vindo a ser então canal disciplinado e organizado unitariamente pelo ordenamento jurídico.⁷⁶

O autor ainda explica que uma relação jurídica é patrimonial quando se trata de bens ou interesses de natureza econômica, de modo que os ativos e participações têm natureza econômica quando podem ser objeto de valoração, e tal valoração deve ser medida de forma objetiva, ou seja, independentemente da posição ou atitude do sujeito em relação aos bens em questão, e exemplifica afirmando que, ainda que o interesse do sujeito por um bem seja puramente sentimental ou afetivo, a

⁷² MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*, 1ª parte. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 183-184.

⁷³ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*, 1ª parte. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.184.

⁷⁴ LARENZ, Karl. *Derecho civil: parte general*. Trad. Miguel Izquierdo e Macías-Picavea Abogado. Madri: Edersa, 1978, p. 245-246.

⁷⁵ LARENZ, Karl. *Derecho civil: parte general*. Trad. Miguel Izquierdo e Macías-Picavea Abogado. Madri: Edersa, 1978, p. 248.

⁷⁶ DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial: introduccion teoria del contrato*. 5. ed. V. 1., Madri: Civitas, 1996, p. 55-56

relação jurídica será patrimonial enquanto o bem sobre o qual incide, objetivamente considerado, tiver valor econômico.⁷⁷

Nesse sentido, portanto, percebe-se que quando se fala em direito sucessório, em especial da questão testamentária, está-se diante de uma relação jurídica, havendo nexos entre as pessoas – o falecido e seus herdeiros – para fins de concretização de seus objetivos, qual seja a transmissão da herança conforme disciplinado em lei e/ou pela autonomia privada do testador.

Retomando a questão sucessória conforme aventada no tópico anterior, a sucessão propriamente dita é a transmissão de direitos e deveres, podendo ocorrer de dois modos – em vida (*inter vivos*) e após a morte (*causa mortis*) – e o objeto do presente trabalho, o direito sucessório, dedica-se inteiramente à sucessão *causa mortis*.

Ressalta-se que relações jurídicas personalíssimas não são transmitidas, mas extintas com o falecimento de seu titular, em razão de seu carácter *intuito personae*, tal como ocorre com os direitos de personalidade, de modo que os sucessores assumem a titularidade das relações patrimoniais de quem faleceu.⁷⁸ A sucessão *mortis causa* é a “[...] transmissão dos direitos e obrigações de uma pessoa morta a outra sobrevivente, em virtude da lei ou da vontade expressa do transmissor.”⁷⁹

Portanto, a morte do autor da herança é um pressuposto da sucessão *causa mortis*, considerando que antes desse evento, o titular da relação jurídica é o *de cujus* e, após sua morte, o herdeiro que lhe sucede, tornando-se titular de todas as relações jurídicas que pertenciam ao autor da herança.⁸⁰ A morte não é apenas um pressuposto, mas o fato de que promana conforme um princípio de causalidade normativa, é ela que funciona como causa do efeito translativo, e sem essa morte, antes dela, o efeito não se verifica.⁸¹

Nesse sentido, Francisco San Tiago Dantas leciona que a sucessão a título particular pode ocorrer tanto por ato *inter vivos* como *mortis causa*, enquanto a sucessão a título universal apenas pode ocorrer *mortis causa*, sendo sua

⁷⁷ DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial: introducción teoría del contrato*. 5. ed. V. 1., Madrid: Civitas, 1996, p. 56.

⁷⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: sucessões*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 33.

⁷⁹ BEVILÁQUA, Clovis. *Direito das sucessões*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1983, p. 17.

⁸⁰ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito das sucessões*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 24.

⁸¹ TELLES, Inocência Galvão. *Direito das sucessões: noções fundamentais*. 2. ed. Lisboa: Centro de estudos de Direito Civil, 1973, p. 27.

característica a mudança de todo um patrimônio, tomando-o no seu conjunto, na sua inteireza e transferindo-o a um novo titular.⁸²

O Direito das Sucessões possui a função de estabelecer o destino das situações jurídicas do *de cuius* que são transmissíveis em conformidade com os ditames constitucionais, ressaltando-se que a herança é uma garantia fundamental, assegurada no Art. 5º, XXX da Constituição Federal.⁸³

Desse modo, quando classificada quanto à fonte, de acordo com o artigo 1.786 do Código Civil, a sucessão pode ocorrer por lei (sucessão legítima) ou por disposição de última vontade (sucessão testamentária). A primeira opera-se por força de lei, beneficiando as pessoas que estão elencadas na ordem de vocação hereditária, enquanto a segunda observa a vontade do falecido, manifestada em vida, mediante um negócio jurídico – o testamento.⁸⁴

Inocência Galvão Telles leciona que “são dois os títulos ou fontes da vocação sucessória: a lei e a vontade. Por vontade entendemos a do *de cuius*.”⁸⁵ Por sua vez, o ordenamento jurídico italiano também prevê dois modos de sucessão, a sucessão legítima, prevista no Art. 565 e nos seguintes do Código Civil, e a sucessão testamentária, disposta nos artigos 587 e seguintes do referido texto legal.⁸⁶

Para Francisco San Tiago Dantas, a sucessão testamentária é a regra, enquanto a sucessão legítima possui caráter supletivo, ou seja, ocorrerá quando o *de cuius* não dispuser em testamento sobre o destino de seu patrimônio, ou, obrigatoriamente, quando existirem herdeiros necessários, prevalecendo a sucessão testamentária sobre a legítima no sistema do Direito Civil.⁸⁷

Todavia, este trabalho entende o contrário, considerando a sucessão legítima a regra e a testamentária a residual no ordenamento pátrio, tendo em vista que o legislador, ao tratar da matéria no Código Civil, (a) traz primeiro a sucessão

⁸² DANTAS, Francisco San Tiago. *Direito de família e das sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 443-444.

⁸³ TEIXEIRA, Daniele Chaves. Planejamento Sucessório e possíveis instrumentos. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima (coord.). *Contratos, famílias e sucessões: diálogos complementares*. Indaiatuba: Foco, 2019, p. 227.

⁸⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: sucessões*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 55.

⁸⁵ TELLES, Inocência Galvão. *Direito das sucessões: noções fundamentais*. 2. ed. Lisboa: Centro de estudos de Direito Civil, 1973, p. 89.

⁸⁶ ITÁLIA. *Codice Civile*. Regio Decreto 16 marzo 1942-XX, n. 262. Roma [2020]. Disponível em: <https://www.gazzettaufficiale.it/sommario/codici/codiceCivile>. Acesso em: 31 mar. 2022.

⁸⁷ DANTAS, Francisco San Tiago. *Direito de família e das sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 496.

legítima para depois abordar a sucessão testamentária, (b) embora a sucessão legítima ocorra quando não houver disposição de última vontade, o brasileiro não possui o hábito de testar e encontra na sucessão legítima a disposição de bens que estabeleceria – primeiro os descendentes e depois ascendentes; (c) caso o autor da herança não queira seguir os moldes da sucessão legítima, poderá elaborar um testamento, dispondo de seus bens para depois de sua morte como melhor lhe aprouver – seguindo os limites legais, como o da legítima, caso possua herdeiros necessários.

Paulo Lobo concorda com essa ideia, e sustenta que a “sucessão testamentária, no Brasil, teve sempre utilidade secundária e residual, não penetrando nos hábitos da população, como se vê na imensa predominância da sucessão legítima nos inventários abertos.” Isso se soma ao fato de que as exigências formais que a legislação impõe ao testamento, os custos e a aceitação social das regras legais da sucessão legítima são causas que levam à sua parca utilização pela sociedade brasileira.⁸⁸

Montesquieu leciona que, “para a maioria dos povos, os testamentos não são submetidos a formalidades maiores do que os contratos ordinários, porque uns e outros são apenas expressões da vontade daquele que faz o contrato, que pertence igualmente ao direito privado”, o que não ocorreu entre os romanos, tendo em vista que os testamentos derivavam do direito público, possuindo formalidades maiores do que os outros atos.⁸⁹

Importante mencionar que nem sempre o testamento foi aceito na sociedade. Nesse sentido cita-se o antigo direito hindu, que não conhecia o testamento e o direito ateniense até Sólon, que o proibiu de maneira absoluta; o próprio Sólon não o permitiu senão aos que não tinham filhos. O testamento também foi por muito tempo proibido ou ignorado em Esparta, e não foi autorizado senão depois da guerra do Peloponeso.⁹⁰

A dificuldade de se conceder eficácia à vontade de um morto constituiu um grande obstáculo à propagação do uso do testamento romano nos

⁸⁸ LOBO, Paulo. Saisine e Liberdade de Testar: A Experiência Brasileira. *Genjurídico*, mar. 2018. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2018/03/09/saisine-e-liberdade-de-testar-experiencia-brasileira/>. Acesso em: 05 dez. 2021.

⁸⁹ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Sécondat, Barão de. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 530.

⁹⁰ FUSTEL DE COULANGES, Numa-Denys. *A Cidade Antiga*. Tradução de Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Editora das Américas, 2006. *Ebook*, p. 57.

costumes da Europa ocidental. O indivíduo absorvia-se e anulava-se na família, e, como visto no tópico anterior, havia, ao mesmo tempo, associação religiosa e sociedade patrimonial de que o *pater* era o sacerdote e o administrador, bem como o testamento é projeção da vontade individual em uma de suas mais características e extremadas manifestações.⁹¹

Não obstante tais fatores e apesar de se firmar como doutrina pacífica a grande penetração do germanismo no direito medieval e, sabendo-se que o sistema sucessório germânico desconhecia o testamento, o testamento romano transpôs todas as dificuldades históricas.⁹²

Historicamente, a partir da Idade Média até o início do século XVIII, o testamento tinha uma função religiosa e possuía o objetivo de obrigar o homem a pensar na morte enquanto havia tempo. No século XVII, “[...] o testamento já não era registrado pelos padres, não era mais considerado suficiente como ‘passaporte para o céu’ e já não se proibia a terra da Igreja ao morto intestado, como a um excomungado [...].” Contudo, apesar de não ser mais considerado um ato sacramental, o testamento continuava sendo um ato religioso, no qual o testador exprimia, com algumas formalidades, sua fé e sua confiança na intercessão do “divino” e dispunha do que ainda lhe era mais precioso: seu corpo e sua alma.⁹³

A partir do século XVIII, a função e o objetivo do testamento foram alterados, pois a família passou a desempenhar o papel de cumprimento dos desejos do falecido, sendo um ato de direito privado para a partilha de bens do testador. Segundo Philippe Ariès, a pessoa que antes realizaria um testamento não possui mais uma atitude de desconfiança com seus entes próximos, portanto não necessitava de garantias legais, de testemunhas e de notário para garantir o respeito de suas últimas vontades. Bastava que suas vontades fossem oralmente expressas para que comprometessem os sobreviventes queridos.⁹⁴

Embora o testamento tenha encontrado proibições no decorrer da história, sendo reconhecido, por exemplo, no início do antigo direito romano apenas

⁹¹ SURGIK, Aloísio. A influência da história na sucessão testamentária. *Doutrinas Essenciais de Família e Sucessões*. p. 1-31. Ano 1, Vol. VI, Ago. São Paulo: Thomson Reuters ProView, 2011, p. 11.

⁹² SURGIK, Aloísio. A influência da história na sucessão testamentária. *Doutrinas Essenciais de Família e Sucessões*. p. 1-31. Ano 1, Vol. VI, Ago. São Paulo: Thomson Reuters ProView, 2011, p. 12.

⁹³ ARIÈS, Philippe. *História da morte no Ocidente: da Idade Média aos nossos dias*. Tradução de Priscila Viana de Siqueira. ed. especial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012, p. 177.

⁹⁴ ARIÈS, Philippe. *História da morte no Ocidente: da Idade Média aos nossos dias*. Tradução Priscila Viana de Siqueira. Ed. especial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012, p. 178-179.

para instituir herdeiro nas famílias sem descendentes homens, atualmente o testamento é um importante instrumento para a regulação de interesses pós-morte.

Portanto, é na sucessão testamentária que a autonomia privada do titular do patrimônio encontra força para ser lei entre os sujeitos envolvidos na sucessão, considerando que, por meio do testamento, o *de cuius* manifesta sua vontade a respeito de como quer regular seus interesses após seu falecimento. Assim, na sequência, estuda-se o mencionado instrumento de disposição de última vontade como negócio jurídico.

1.2.1 O Testamento Como Negócio Jurídico

Atentando para a questão testamentária, passa-se para a análise do testamento propriamente dito: conceituação, definições doutrinárias, o modo como os direitos brasileiro e estrangeiro legislaram a respeito, e sua natureza jurídica, que vem a ser o negócio jurídico.

No tocante ao testamento no ordenamento jurídico brasileiro atual, Ana Luiza Maia Nevares aponta uma crítica ao Código Civil, uma vez que esse não conceituou testamento, mas tão somente estabeleceu sua função no ordenamento jurídico, “[...] ato através do qual são instituídas disposições de última vontade, quer de cunho patrimonial, quer de cunho não patrimonial.”⁹⁵ Ao contrário do Brasil, a Itália conceituou o testamento em seu Código Civil, no artigo 587:

O testamento é um ato revogável pelo qual alguém dispõe, pelo tempo em que deixa de viver, de todos os seus bens ou parte deles. As disposições de caráter não patrimonial, que a lei permite que constem em um testamento, têm eficácia, desde que contidas em ato que tem a forma de testamento, ainda que não haja disposições de caráter patrimonial.⁹⁶

O autor italiano Cézare Massimo Bianca define o testamento como o ato de última vontade pelo qual a pessoa dispõe de seus bens ou parte deles para

⁹⁵ NEVARES, Ana Luiza Maia. Como testar em momento de pandemia e isolamento social? In: NEVARES, Ana Luiza Maia; XAVIER, Luciana Pedroso; MARZAGÃO, Silvia Felipe (Coords.) *Coronavírus: impactos no Direito de Família e Sucessões*. Indaiatuba: Foco, 2020. p. 351-352.

⁹⁶ ITÁLIA. Codice Civile. Regio Decreto 16 marzo 1942-XX, n. 262. Roma [2020]. Disponível em: <https://www.gazzettaufficiale.it/sommario/codici/codiceCivile>. Acesso em: 31 mar. 2022. Tradução livre de: *“Il testamento e' un atto revocabile con il quale taluno dispone, per il tempo in cui avra' cessato di vivere, di tutte le proprie sostanze o di parte di esse. Le disposizioni di carattere non patrimoniale, che la legge consente siano contenute in un testamento, hanno efficacia, se contenute in un atto che ha la forma del testamento, anche se manchino disposizioni di carattere patrimoniale.”*

quando ela deixar de viver. Trata-se de um negócio por morte que se caracteriza como um ato muito pessoal, unilateral, exclusivo, formal, revogável e patrimonial.⁹⁷

Já o Código Civil e Comercial da Argentina dispõe, em seu artigo 2.462, que as pessoas humanas podem dispor livremente de seus bens após sua morte, respeitadas as partes legítimas estabelecidas no Título X da mencionada lei, por meio de testamento outorgado com as solenidades legais; esse ato também pode incluir disposições não patrimoniais.⁹⁸

O Código Civil Alemão também não traz o conceito de testamento, porém dispõe que o falecido pode nomear herdeiro por disposição testamentária, assim como obrigar seu herdeiro ou legatário a praticar um ato, ou, ainda, nomear um herdeiro e conceder legados e impor encargos testamentários por contrato (contrato de herança), conforme seus artigos 1937 a 1941.⁹⁹

No Brasil, a doutrina conceitua o testamento como “[...] ato revogável pelo qual alguém, de conformidade com a lei, dispõe, no todo ou em parte, do seu patrimônio, para depois de sua morte.”¹⁰⁰ Nesse sentido é a definição dada por Pontes de Miranda, em que o testamento: “é o ato pelo qual a vontade de um morto cria, transmite ou extingue direitos.”¹⁰¹

Sobre o assunto, Caio Mário, embasado no Art. 1626 do Código Civil anterior, conceitua testamento como “o ato pelo qual uma pessoa dispõe de seus bens para depois de sua morte, ou faz outras declarações de última vontade” e comenta que o Código atual não define testamento, mas traz suas características entre os artigos 1857 e 1858.¹⁰²

O testamento é considerado (i) ato jurídico unilateral, ou seja, uma declaração de vontade em que atua a vontade de somente uma pessoa; (ii) ato revogável, de modo que o testador pode a qualquer tempo modificar seu testamento;

⁹⁷ BIANCA, Cézare Massimo. *Diritto civile: la famiglia le successioni*. 4. ed. rev. e atual. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 2005, p. 727-728.

⁹⁸ ARGENTINA. *Código Civil y Comercial de la Nación*. 1. ed. Buenos Aires: Infojus, 2014, p. 378.

⁹⁹ ALEMANHA. *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*. Berlim, 1896 [2002]. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>. Acesso em: 28 mar. 2022.

¹⁰⁰ DANTAS, Francisco San Tiago. *Direito de família e das sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 498.

¹⁰¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. T. LVI: direito das sucessões – sucessão testamentária. Atualizado por: Giselda Hironaka e Paulo Lôbo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. *Ebook*, s.p.

¹⁰² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito das sucessões*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. [VitalSource Bookshelf]. s.p.

(iii) exige-se que o testamento seja elaborado de acordo com a lei; e (iv) é sempre um ato de disposição para depois da morte.

Consequentemente, “[...] a sucessão testamentária se efetiva por meio da livre vontade do testador, na concreção de negócio jurídico unilateral cuja eficácia – justamente por ser causa mortis – estará postergada para além de sua morte.”, e as disposições contidas no testamento, embora geralmente tenham caráter patrimonial, podem ser, também, disposições despojadas de qualquer conteúdo econômico.¹⁰³

Afirma-se que o testamento é um negócio jurídico porque se trata de “[...] fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide”.¹⁰⁴ Pontes de Miranda, por sua vez, acrescenta a esse respeito: “O testamento é ato jurídico; mais precisamente: negócio jurídico unilateral. Como tal, sujeito aos princípios gerais. [...] O testamento pode ser nulo ou anulável. A validade do ato jurídico requer agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou defesa em lei [...]”.¹⁰⁵

Nesse diapasão, imperioso esclarecer que o negócio jurídico como declaração de vontade privada, destinada a produzir efeitos que o agente pretende (interesse) e o direito conhece, possui dois elementos: vontade particular e o reconhecimento. A vontade particular é dirigida à produção de determinados efeitos jurídicos, com o que as pessoas regulam seus interesses, enquanto o reconhecimento deve ser feito pelo sistema legal do poder que os particulares possuem de regular seus interesses.¹⁰⁶

Fatos jurídicos são aqueles aos quais o direito atribui relevância, alterando as situações anteriores a eles e configurando novas situações, a que correspondem novas qualificações jurídicas, de modo que um fato com determinados requisitos pressupostos pela norma incide sobre uma situação preexistente e a

¹⁰³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A forma como foi disciplinada a sucessão testamentária em nosso país é um obstáculo para a maior utilização do ato de última vontade no Brasil? *Revista Jurídica Luso-Brasileira (RJLB)*, Lisboa, Ano 3, n. 1. p. 413-422, 2017, p. 416.

¹⁰⁴ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 16.

¹⁰⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. T. LVI: direito das sucessões – sucessão testamentária. Atualizado por: Giselda Hironaka e Paulo Lôbo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. *Ebook*, s.p.

¹⁰⁶ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 9. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 372.

transforma numa situação nova, operando a constituição, modificação ou extinção de poderes e vínculos, ou qualificações e posições jurídicas.¹⁰⁷

Emílio Betti entende que a categoria mais importante dos atos lícitos é constituída pelos negócios jurídicos.¹⁰⁸ Esses possuem sua origem na vida das relações – surgem como atos que os particulares utilizam para dispor um regulamento obrigatório de interesses das suas recíprocas relações, desenvolvendo-se sob o impulso da necessidade para satisfazer diversas funções sem a ingerência de qualquer ordem jurídica¹⁰⁹.

Importante destacar essas distinções, uma vez que, enquanto o direito subjetivo tem uma finalidade estática, o negócio jurídico possui uma finalidade dinâmica – de iniciativa e de renovação. Nesse diapasão, a ordem jurídica resolve o problema de proteção dos interesses privados com o direito subjetivo, e, de outro lado, resolve a questão de conceder à iniciativa individual uma maneira de se manifestar com o negócio jurídico, alterando a posição desses interesses conforme as diretrizes que os próprios particulares entendam como mais convenientes, de modo que os princípios da liberdade e da autorresponsabilidade privada dominam tanto o direito subjetivo como o negócio jurídico.¹¹⁰

O ato e o negócio jurídico exprimem um regulamento de interesses a ser traduzido em efeitos, ou seja, em situações subjetivas – constituição, modificação ou extinção das situações subjetivas.¹¹¹ Quando se fala em testamento, busca-se o efeito de destinação futura dos bens do testador – pessoa que manifesta sua vontade de forma expressa – para momento posterior à sua morte.

Ana Prata afirma que o negócio jurídico não é qualquer manifestação de vontade dirigida a determinados efeitos, mas tão somente aquele ato voluntário no qual a vontade faça parte da lei, de modo que seus efeitos são desencadeados conforme sua “estatuição”.¹¹² Nesse ponto, verifica-se que o legislador dedicou quase

¹⁰⁷ BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução: Servanda Editora. Campinas: Servanda, 2008, p. 22.

¹⁰⁸ BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução: Servanda Editora. Campinas: Servanda, 2008, p. 33.

¹⁰⁹ BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução: Servanda Editora. Campinas: Servanda, 2008, p. 74.

¹¹⁰ BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução: Servanda Editora. Campinas: Servanda, 2008, p. 80.

¹¹¹ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 642-643.

¹¹² PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 22.

150 artigos (artigos. 1.857 a 1.990 do Código Civil), os quais definem as solenidades exigidas para sua validade e quais os efeitos permitidos pelo ordenamento.

Igualmente, quanto à origem do conceito de negócio jurídico, Pontes de Miranda destaca que o conceito foi criado para abranger os casos em que a vontade humana pode criar, modificar ou extinguir direitos, pretensões, ações ou exceções, possuindo por objetivo esse acontecimento do mundo jurídico, posto que, para tal poder de escolha, exige-se determinado auto regramento de vontade, a “autonomia da vontade”, pela qual o sujeito determina as relações jurídicas em que há de figurar como termo.¹¹³

O negócio jurídico é categoria recente, originado no século XVIII, como produto do esforço de abstração dos civilistas alemães – escola pandectista – que criaram um sistema de direito privado com base na liberdade dos particulares e, como centro, o negócio jurídico como paradigma típico da manifestação de vontade.¹¹⁴

Sua teoria foi elaborada a partir do *Corpus Iuris Civilis*, de Justiniano, considerado direito comum e fundamentada pelo princípio da autonomia da vontade. Não era reconhecido como categoria lógica pelo direito romano, pois se considerava fruto de uma abstração a que os juristas romanos não se dedicaram, muito embora já contivessem os elementos que a pandectística alemã usaria para elaborar seu conceito – a vontade humana e os efeitos que podem dela derivar diretamente.¹¹⁵

Esclarece-se, ainda, que o “[...] termo negócio jurídico, de *nec + otium*, com o sentido de atividade que realize interesse de ordem patrimonial, deve-se a Nettelbladt, em 1749, mas a sua completa formulação dá-se com Savigny.”¹¹⁶

Quanto ao papel da vontade, Francisco Amaral¹¹⁷ leciona que se trata de um motor que impulsiona e dirige o movimento em todo o “reino” das faculdades, movendo-se em si mesma, que possui especial importância para o direito, uma vez que é um dos elementos fundamentais do ato jurídico. A mesma, quando manifestada

¹¹³ LÊDO, Ana Paula Ruiz; SABO, Isabela Cristina; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. Existencialidade humana: o negócio jurídico na visão pós-moderna. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 6, n. 1, 2017. Disponível em: <http://civilistica.com/existencialidade-humana-o-negocio-juridico/>. Acesso em: 02 out. 2020, p. 7.

¹¹⁴ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 9. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 237.

¹¹⁵ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 9. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 237.

¹¹⁶ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 9. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 237.

¹¹⁷ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 9. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 215.

de acordo com a lei, ela produz determinados efeitos, podendo criar, modificar ou extinguir relações jurídicas.

Igualmente, a vontade assume uma posição especial no negócio jurídico, refletindo-se nos seus efeitos, uma vez que ela é elemento estrutural do negócio jurídico, assumindo uma dupla função: gerar o negócio – fruto de ato volitivo – e consubstanciar seus efeitos, ou seja, “a vontade não somente gera o negócio, mas delimita seus efeitos.”¹¹⁸

Sob esse prisma, a vontade é o cerne do negócio jurídico, que nela possui sua gênese e dita sua estrutura, sendo a vontade a causa. Os efeitos dela emergem de tal modo que o negócio jurídico, de todos os fatos voluntários, é aquele em que a vontade assume maiores proporções e mais se evidencia.¹¹⁹

Esta questão é facilmente encontrada no testamento: primeiro, porque é dado ao testador o direito e o arbítrio de livremente dispor acerca do destino de seus bens para depois de sua morte, caso seja esta sua vontade; segundo, o direito de poder revogar e refazer suas disposições de última vontade quantas vezes quiser, livremente; e terceiro, o direito de esperar que essa sua derradeira vontade seja perfeitamente observada e cumprida para depois de seu falecimento.¹²⁰

O Código Civil e Comercial da Argentina foi expresso ao dispor em seu artigo 2465 que as disposições testamentárias devem ser a expressão direta da vontade do testador e ser suficientes em si mesmas. O poder de testar não é delegável, de modo que as disposições testamentárias não podem ser deixadas ao arbítrio de terceiros, e o testamento elaborado conjuntamente por duas ou mais pessoas não é válido.¹²¹ Pontes de Miranda leciona que “o testador declara o que quer. Porém não tem eficácia, desde logo, a sua vontade. Sai, como se ficasse a vogar, até que ele morra. [...] Até à morte, pode voltar atrás, desfazer-se, dessa vontade.”¹²²

¹¹⁸ ABREU FILHO, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 34-36.

¹¹⁹ ABREU FILHO, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 36-37.

¹²⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A forma como foi disciplinada a sucessão testamentária em nosso país é um obstáculo para a maior utilização do ato de última vontade no Brasil? *Revista Jurídica Luso-Brasileira (RJLB)*, Lisboa, Ano 3, n. 1. p. 413-422, 2017, p. 417.

¹²¹ ARGENTINA. *Código Civil y Comercial de la Nación*. 1. ed. Buenos Aires: Infojus, 2014, p. 378.

¹²² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. T. LVI: direito das sucessões – sucessão testamentária. Atualizado por: Giselda Hironaka e Paulo Lôbo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. *Ebook*, s.p.

Destaca-se, também, o entendimento de Inocêncio Galvão Telles, que aponta que a lei admite ao autor do testamento liberdade para designar como sucessível quem lhe aprouver, dentro das limitações legais. Essas limitações, por sua vez, fazem a designação mediante critérios genéricos indicando como pessoas sucessíveis aquelas que se encontram em determinada relação com o *de cujus* – relação de parentesco ou matrimonial ou, ainda, de soberania: seriam, portanto, parentes, cônjuge e Estado.¹²³

Retomando o assunto da conceituação do negócio jurídico, importante para o perfeito entendimento do testamento, Emilio Betti critica a definição de negócio jurídico que o caracteriza como uma manifestação de vontade com o objetivo de produzir efeitos jurídicos, uma vez que tal definição não apreende a essência do negócio jurídico, que está na autonomia, uma vez que o particular não deve estar limitado a querer, mas também a realizar, assim como o indivíduo não está limitado a declarar que quer algo, mas sim o objeto do seu querer, sendo um regulamento vinculativo.¹²⁴

Karl Larenz aponta que, quando se afirma que a finalidade do negócio jurídico é produzir uma consequência jurídica, entende-se por isso que o efeito jurídico se origina não apenas porque a ordem jurídica o vincula – o reconhecimento desordenado pela ordem jurídica deve ser sempre adicional – mas, no primeiro termo, porque quem conduz o negócio jurídico quer produzir o efeito jurídico justamente com sua conclusão.¹²⁵

A distinção entre ato e negócio jurídico surgiu com os pandectistas alemães, com a concepção do negócio jurídico como figura autônoma, com contorno definidos, distintos dos atos jurídicos em sentido estrito ou atos não-negociais.¹²⁶

De acordo com Francisco Amaral¹²⁷, os pandectistas chegaram a um notável ponto de abstração, como o conceito de negócio jurídico, aplicável a todos os atos jurídicos em que o sujeito visasse determinados fins e, desse modo, o negócio jurídico é resultado de um processo de abstração, a partir da liberdade e da igualdade

¹²³ TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das sucessões: noções fundamentais*. 2. ed. Lisboa: Centro de estudos de Direito Civil, 1973, p. 90.

¹²⁴ BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução: Servanda Editora. Campinas: Servanda, 2008, p. 91-92.

¹²⁵ LARENZ, Karl. *Derecho Civil: parte general*. Tradução: Miguel Izquierdo y Macias-Picavea. Madri: Revista de Derecho Privado, 1978, p. 422.

¹²⁶ ABREU FILHO, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 24.

¹²⁷ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 9. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 239.

formal de todos perante o direito, processo que teve início com a Revolução Francesa, cujo objetivo é estabelecer um direito geral e abstrato, aplicável a todos, sem distinções de classe.

Savigny conceitua negócio jurídico como “espécie de fatos jurídicos que não são apenas ações livres, mas em que a vontade dos sujeitos se dirige imediatamente à constituição ou extinção de uma relação jurídica”.¹²⁸ Este autor também sustenta que ao entender que o negócio jurídico é fonte de relações jurídicas, deve-se admitir que também é fonte do direito objetivo, e que o negócio jurídico contém sempre, ao menos, um princípio de regulamentação.¹²⁹

Desse modo, a categoria do negócio jurídico tem sua gênese como produto de uma filosofia político-jurídica que, partindo de uma teoria do sujeito, baseada na sua liberdade e igualdade formal, constrói uma figura unitária capaz de reunir todos os fenômenos jurídicos decorrentes das manifestações de vontade dos sujeitos no campo da sua atividade jurídico-patrimonial, fazendo parte desse processo, após Savigny, Windscheid e Dernburg, inserindo-se tal figura no Código Civil alemão.¹³⁰

Windscheid¹³¹ conceitua negócio jurídico como declaração privada de vontade, que visa produzir efeitos jurídicos, cujo objetivo final sempre será a criação/modificação/extinção de direitos, ainda que não seja sua finalidade imediata.

O negócio jurídico é a declaração privada de vontade, que visa produzir efeitos jurídicos. Seu objetivo final é sempre o nascimento, a extinção, a modificação de um direito (ou um conjunto de direitos). Contudo, não é necessário que o negócio jurídico vise imediatamente criar, extinguir ou modificar um direito, mas produzir efeito jurídico. Para esse autor, o efeito jurídico desejado do negócio jurídico efetivamente produzido, não pertence ao conceito de negócio jurídico.¹³²

¹²⁸ SAVIGNY *apud* AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 9. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 237-238.

¹²⁹ FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Trad. Luis Sancho Mendizábal (esp.). Granada: Comares, 2001, p. 17.

¹³⁰ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 9. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 239.

¹³¹ WINDSCHEID *apud* AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 6.

¹³² “*Negozió giuridico è una dichiarazione privata de volontà, che mira a produrre un effetto giuridico. Il negozió giuridico mira a produrre un effetto giuridico. Lo scopo ultimo del negozió giuridico è sempre la nascita L'estinzione, la modificazione de un diritto (o di un complesso di diritti). Ma non ocorre, che il negozió giuridico miri immediatamente a creare ecc. un diritto. Il negozió giuridico mira a produrre un effetto giuridico. Che l'effetto giuridico voluto sai dal negozió giuridico realmente prodotto, e sai prodotto*”

As teorias preceptiva e normativa estão dentro da teoria objetiva do negócio jurídico, de modo que a teoria preceptiva concebe o negócio jurídico como meio dinâmico de realização de interesses privados, possuindo significado suficiente para sair da concepção de mero fato psicológico e ser considerado fato social importante – instrumento da autonomia privada – enquanto que, na teoria preceptiva, o negócio jurídico não é simples manifestação de vontade subjetiva, mas dispositivo com que o particular disciplina suas próprias relações.¹³³

Luigi Ferri¹³⁴ defende que o negócio jurídico é fonte normativa, ao lado da lei e do regulamento – ou seja, modos de manifestação das normas jurídicas –, possuindo o poder de criar normas negociais, e tal poder constitui a própria autonomia privada. Voltando os olhos ao testamento, observa-se que “prepondera na sucessão testamentária o individualismo, a força da vontade humana, que se afirma e se eleva à categoria de lei [...]”¹³⁵

Desse modo, observa-se que o testamento é esse instrumento de realização de interesses privados do testador, o qual, por meio do negócio jurídico testamentário, dispõe como melhor lhe aprouver a destinação de seus bens para depois de sua morte, respeitando as limitações legais, e fazendo da sua vontade lei entre as partes envolvidas na relação jurídica.

Ademais, como mencionado anteriormente, este negócio jurídico apenas poderá produzir efeitos no futuro, o que confere uma ampla margem de liberdade ao testador, podendo ser revogado a qualquer tempo, sem necessidade de justificativa. Trata-se de direito potestativo, sendo da essência do testamento sua revogabilidade, o que permite ao titular dos bens arrependimentos e mudanças.¹³⁶

Deste modo, o testador não perde a posse e tampouco a propriedade dos bens, continuando em pleno gozo e mantendo o poder de disposição, planejando

subitito, non appartiene al concetto del negozio giuridico.” WINDSCHEID *apud* AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 6.

¹³³ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 9. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 245.

¹³⁴ Vide: *La ley, el reglamento, el negocio jurídico (la lista no pretende ciertamente ser completa) son, pues, fuentes normativas, esto es, modos de manifestación de normas jurídicas; a ellas corresponden respectivamente el poder legislativo, el poder de emanar reglamentos y el poder de crear normas negociales, que nosotros indicamos con la expression ‘autonomía privada’.* In: FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Trad. Luis Sancho Mendizábal (esp.). Granada: Comares, 2001, p. 9.

¹³⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1983, p. 173.

¹³⁶ SIMÃO, José Fernando. Contrato de doação e testamento como formas de planejamento sucessório. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 507.

sua sucessão sem alterar sua realidade momentânea, e o testador pode, como proprietário, vender, doar e permutar seus bens, pois a sucessão só irá ocorrer após seu falecimento.

Ressalta-se, todavia, que a liberdade de testar não é absoluta, uma vez que a legítima deve ser respeitada quando houver herdeiros necessários, nos moldes do Art. 1.789 do Código Civil, e o testador poderá dispor apenas da parte disponível, qual seja metade de seus bens.

Nesse cenário, a legítima – reserva de metade dos bens do autor da herança para os herdeiros necessários – constitui um limitador ao poder de dispor por ato de última vontade, representando um direito intangível no ordenamento jurídico brasileiro.¹³⁷ Assim, verifica-se a possibilidade de concomitância entre sucessão testamentária e sucessão legítima, na hipótese de existirem herdeiros necessários e testamento, uma vez que metade do patrimônio poderá ser testada, enquanto a outra metade estará reservada à legítima.

Contudo, também existe a possibilidade de concomitância dessas duas formas de sucessões quando não existirem herdeiros necessários, e o testador optar por não dispor da integralidade de seu patrimônio em testamento, de modo que os bens não testados passarão para os herdeiros legítimos facultativos existentes. Inexistindo esses herdeiros, o patrimônio remanescente será arrecadado pelo Poder Público, mediante procedimento especial de herança jacente e vacante.¹³⁸

Nesse contexto do negócio jurídico, vem à tona a temática do testamento e da autonomia privada do testador na disposição de seus bens para depois de seu falecimento. Isso porque se considera o testamento como negócio jurídico unilateral, no qual o testador está manifestando sua vontade no que concerne à destinação – no recorte temático da presente pesquisa –, ao seu patrimônio por meio de uma declaração de vontade.

Assim, pretende-se, na sequência, discutir a presença de função promocional no testamento e sua importância no direito sucessório brasileiro.

1.2.2 A Função Promocional do Testamento

¹³⁷ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito das sucessões*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 77.

¹³⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: sucessões*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 393.

Como visto no tópico anterior, o testamento é um negócio jurídico unilateral, pelo qual o autor da herança expressa sua vontade com relação à destinação dos seus bens para depois de seu falecimento, revogável a qualquer tempo, e repleto de formalidades.

Portanto, o testamento é instrumento que deve desempenhar uma função positiva no ordenamento jurídico, qual seja a realização da dignidade da pessoa humana, por meio da ponderação dos princípios da liberdade e da solidariedade, tendo em vista que o legislador faculta ao testador estabelecer disposições cujos efeitos serão produzidos após sua morte, contendo uma eficácia múltipla e servindo, desse modo, a diversos objetivos do particular.¹³⁹

Embora o testamento seja um negócio jurídico com fins de disposição de bens do testador para depois de seu falecimento, não é aceitável reduzir sua noção a meramente um ato de disposição de bens, já que se trata de um instrumento pré-dispositivo de um regulamento de interesses *post-mortem* – patrimoniais ou não.

Nesse sentido expõe Maria Chiara Tatarano que o testamento manifesta sua potencialidade múltipla de instrumento pré-dispositivo de um regulamento de interesses post-mortem, além de mera atitude dispositiva, confirmando ser instrumento principal do exercício da autonomia privada por ditar preceitos privados, destinados a produzir efeitos depois da sua morte.¹⁴⁰

Imperioso destacar que, embora o testamento possua tal potencialidade múltipla que não deve ser reduzida apenas a ato de disposição patrimonial, o Código Civil brasileiro, em seu artigo 1.857, §2º, demonstra que as disposições de última vontade do testador referentes a bens patrimoniais são as principais, tendo o legislador mantido a noção de testamento no âmbito da disposição de bens.

Para além dos efeitos patrimoniais do testamento, ressalta-se que o traço comum a todas as disposições testamentárias é a eficácia *post mortem*, que é característica essencial do negócio jurídico testamentário, ou seja, o testamento possui uma função regulamentar e programática dos interesses do testador para o

¹³⁹ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento: tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 311.

¹⁴⁰ TATARANO, Maria Chiara. *Il testamento*. Napoli: ESI, 2003, p. 22.

momento posterior ao seu falecimento, tendo uma variedade de conteúdos possíveis.¹⁴¹

Cézare Massimo Bianca leciona que a causa do testamento deve ser encontrada na mesma razão que justifica a sucessão, ou seja, na necessidade de dar estrutura aos direitos da pessoa após a sua morte. Outra exigência específica a que o testamento atende é o interesse da pessoa em poder beneficiar determinados sujeitos através da cessão de direitos sucessórios. Nesse último caso, esta exigência não se identifica com o espírito de liberalidade próprio da doação, uma vez que o testador não despoja os bens em vida, mas os dispõe para depois da morte, ou seja, quando já não lhe podem pertencer.¹⁴²

Ocorre que as disposições testamentárias patrimoniais são as que alcançam maior relevo, em razão da constatação inequívoca de que o direito sucessório dedica-se ao patrimônio, baseado no princípio da patrimonialidade considerando que as situações jurídicas patrimoniais de titularidade do autor da herança são, em regra, passíveis de transmissão aos sucessores, ainda que existam situações existenciais que continuam a produzir efeitos mesmo após o falecimento do seu titular.¹⁴³

Não se pode esquecer, no entanto, que o direito sucessório brasileiro é fruto das doutrinas individualista e voluntarista, que marcaram as codificações dos séculos XVIII e XIX, fundamentadas na máxima proteção da propriedade privada como um instrumento de liberdade e na exaltação máxima da vontade – o que se verá mais profundamente no segundo capítulo.

Com a constitucionalização do Direito Civil, é necessária a leitura dos institutos civis baseada na tutela da dignidade da pessoa humana e nos princípios que a realizam, especialmente a solidariedade, igualdade substancial e a liberdade, repensando o fenômeno sucessório pela perspectiva da despatrimonialização do Direito Civil.

O direito privado, longe de se exaurir na disciplina das relações patrimoniais, apresenta-se com fronteiras mais amplas e conotação diversa. Pietro

¹⁴¹ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento: tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 18-19.

¹⁴² BIANCA, Cézare Massimo. *Diritto civile: la famiglia le successioni*. 4. ed. rev. e atual. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 2005, p. 533.

¹⁴³ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento: tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 20-21.

Perlingieri traz o termo “despatrimonialização” do direito civil, que evidencia a opção “entre personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade fim a si mesma, do produtivismo, antes, e do consumismo, depois, como valores)”¹⁴⁴.

O que se busca não é uma expulsão ou redução quantitativa do conteúdo patrimonial no sistema jurídico e civilístico, já que o momento econômico não pode ser eliminado, sendo um aspecto da realidade social organizada. Mas, sim, uma diversa valoração qualitativa do momento econômico e a possibilidade de encontrar na exigência de tutela da pessoa um aspecto idôneo para atribuir uma justificativa institucional de suporte ao seu livre desenvolvimento.¹⁴⁵

No plano social, a necessidade de a pessoa dispor de seus bens para após a morte em favor de determinados beneficiários adquire significado autônomo. A sucessão testamentária tem, portanto, a função de estruturar os direitos da pessoa após a morte e, ao mesmo tempo, a função de satisfazer a necessidade de liberalidade sucessória do falecido.¹⁴⁶

O que se procura é analisar de modo qualitativamente diverso do momento econômico da sucessão, isto é, da transmissão das situações jurídicas patrimoniais do falecido para seus sucessores, evidenciando de que modo poderá atuar nos objetivos constitucionais de tutela à dignidade da pessoa humana.¹⁴⁷

Necessário, portanto, que o foco de análise seja as pessoas envolvidas no fenômeno sucessório e não mais na transmissão dos bens em si, considerando que a autonomia privada testamentária trazida pelo legislador brasileiro não absorveu as exigências relativas à tutela integral da pessoa no âmbito da sucessão *mortis causa*.¹⁴⁸

Dentro dos limites da proteção da solidariedade familiar e demais interesses relatados, o testador pode designar os beneficiários de sua sucessão. Com efeito, dentro de tais limites, o direito tende ao máximo respeito pela autonomia

¹⁴⁴ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 121.

¹⁴⁵ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 121.

¹⁴⁶ BIANCA, Cézare Massimo. *Diritto civile: la famiglia le successioni*. 4. ed. rev. e atual. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 2005, p. 533.

¹⁴⁷ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento: tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 23.

¹⁴⁸ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento: tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 28.

testamentária, de modo que a vontade corresponde plenamente ao sentido de uma transação como uma autorregulação juridicamente relevante de interesses privados.¹⁴⁹

Logo, verifica-se que o testamento, como negócio jurídico de disposição de bens do testador para depois de seu falecimento, mas também considerado um regulamento de interesses *post-mortem*, não apenas patrimoniais, deve ser considerado observando a despatrimonialização do direito civil, com o objetivo de tutelar a dignidade da pessoa humana.

Assim, o próximo capítulo abordará a questão controvertida da legítima versus autonomia privada, em face da liberdade testamentária do *de cuius* e sua plena realização e da limitação legal existente na hipótese de existirem herdeiros necessários, como se verá adiante.

¹⁴⁹ BIANCA, Cézare Massimo. *Diritto civile: la famiglia le successioni*. 4. ed. rev. e atual. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 2005, p. 731-732.

2 AUTONOMIA PRIVADA VERSUS LEGÍTIMA

O capítulo anterior tratou do direito sucessório e sua evolução no tocante à forma de sucessão, bem como trouxe o testamento como negócio jurídico, tendo em vista se tratar de disposição de última vontade do sujeito para as questões relativas ao seu patrimônio para depois de seu falecimento.

É necessário, portanto, explanar acerca da autonomia privada, em especial sua evolução no direito privado, bem como sua contraposição com a legítima, pois é uma limitação à liberdade testamentária quando o sujeito possui herdeiros necessários.

Como visto anteriormente, o testamento é um ato de autonomia privada. De fato, a autonomia privada inclui o poder da pessoa de dispor de seus bens pelo tempo em que deixou de viver, ou seja, o poder de escolher seus sucessores¹⁵⁰, o que será detalhadamente explicado no próximo tópico.

2.1 A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE AUTONOMIA PRIVADA

Não se pode olhar o passado com os olhos do presente, caso contrário correr-se-ia o risco de uma visão anacrônica da autonomia privada, uma vez que um mesmo termo pode ter diferentes significados com o decorrer do tempo.

A utilização de termos como "autonomia privada" e "liberdade contratual" revela, no âmbito da reflexão jurídica do contrato, a ocorrência de um fenômeno semelhante: essas noções são utilizadas como se o seu conteúdo se houvesse mantido tal e qual como se mantidas estivessem as condições culturais que as forjaram.¹⁵¹

É necessário restringir ainda mais o conceito para chegar à formação de um instrumento útil, segundo Luigi Ferri. A própria etimologia da palavra "autonomia" nos diz que ela significa algo mais circunscrito do que a simples liberdade de agir, embora limitada ao campo do direito jurídico. A autonomia privada não é uma expressão de mera licitude ou faculdade, mas sim uma manifestação de poder e

¹⁵⁰ BIANCA, Cézare Massimo. *Diritto civile: la famiglia le successioni*. 4. ed. rev. e atual. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 2005, p. 533.

¹⁵¹ NEGREIROS, Teresa. *Teoria dos contratos: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 2.

precisamente do poder de criar normas jurídicas dentro dos limites estabelecidos pela lei.¹⁵²

A autonomia privada é considerada há muito tempo como dogma pela doutrina civilística: a sua noção está estritamente ligada àquela de iniciativa privada e de atividade dos sujeitos como expressão da própria liberdade, de modo que sua origem histórica e ideológica pode ser reconduzida às doutrinas que, em perspectiva individualista, colocam a vontade do sujeito no centro do ordenamento.¹⁵³

Portanto, o recorte histórico no qual esta pesquisa pretende se aprofundar refere-se ao momento em que a liberdade individual passou a integrar a essência do ideário jusfilosófico ocidental e, conseqüentemente, o termo “autonomia” foi incorporado à estrutura do direito mediante sua compreensão como “[...] emanção da vontade do sujeito de direitos, o que ocorreu apenas no final do século XVII e se solidificou ao longo dos séculos XVIII e XIX”¹⁵⁴.

A discussão sobre o conceito de autonomia privada inicia-se na individualidade do sujeito e sua relação com a sociedade, tendo em vista que, antes da formação das cidades, o homem vivia em conjunto, inexistindo individualidade, mas, sim, uma unidade de vontade no grupo social – o que se contrasta com a realidade atual, considerando a liberdade individual.

Com a individualidade, surge a problemática: como harmonizar a individualidade de cada ser humano, em especial no que toca o objeto da pesquisa – o testamento e sua limitação. Sabe-se que “tanto em dicionários como na expressão vulgar, autonomia perpassa os significados de independência, liberdade, autorregulamentação de condutas, autogoverno”.¹⁵⁵ Em sua origem grega, a palavra autonomia é a junção dos vocábulos “autos” (adjetivo que significa próprio) e “nomos”

¹⁵² FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Tradução de Luis Sancho Mendizábal. Granada: Comares, 2001. p. 7.

¹⁵³ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 339.

¹⁵⁴ FRANK, Felipe. *Autonomia Sucessória e Pacto Antenupcial: problematizações sobre o conceito de sucessão legítima e sobre o conteúdo e os efeitos sucessórios das disposições pré-nupciais*. 2017. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017.p. 16.

¹⁵⁵ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito da Modernidade e na Pós-modernidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília a. 41 n. 163, jul./set. 2004, p. 113.

(substantivo que significa norma, ou lei, ou regra), de modo que a etimologia do termo autonomia significa, portanto, autogoverno e independência.¹⁵⁶

Sob o foco da unidade de vontade no grupo social, o objetivo dos denominados “antigos” era a partilha do poder social entre todos os cidadãos de uma mesma pátria – era o que eles chamavam de liberdade – enquanto para os modernos, liberdade eram as garantias concedidas para esse privilégio.¹⁵⁷

Ainda no quesito liberdade, um aspecto importante quando se propõe a análise da liberdade testamentária é abordado por Isaiah Berlin, que aponta a ideia de liberdade positiva e negativa, e sustenta que a liberdade não é algo simples, mas bastante complexo, na medida em que a modernidade deu a essa palavra (liberdade) uma limitação, um perfil apropriado, de modo que, embora o conceito de liberdade permita variação na modernidade, não deixa de ser espaço de ação do indivíduo sem intervenção.¹⁵⁸

Assim, nem a lei ou o Estado podem interferir nessa área, em seu espaço de liberdade, mas a área em que o sujeito tem direito de fazer ou ser sem interferência de outra pessoa é a denominada liberdade negativa, portanto a pergunta a ser feita é “Qual é a área em que o sujeito – uma pessoa ou um grupo de pessoas – deve ter ou receber para fazer o que pode fazer, ou ser o que pode ser, sem que outras pessoas interfiram?”.¹⁵⁹

A ascensão do capitalismo e o progresso da civilização culminaram com a passagem da institucionalização para a contratualização, tentando conciliar a liberdade com a segurança. O contrato torna-se o foco, porque a vontade passou a ser fonte de direitos. Isso ocorreu com a ascensão do Estado Liberal, sendo esse marcado pela premissa de que todos são iguais e livres para contratar com a mínima intervenção do Estado na esfera privada.¹⁶⁰

¹⁵⁶ FRANK, Felipe. *Autonomia Sucessória e Pacto Antenupcial: problematizações sobre o conceito de sucessão legítima e sobre o conteúdo e os efeitos sucessórios das disposições pré-nupciais*. 2017. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017.p. 17.

¹⁵⁷ CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. In: MONTEIRO, João Paulo, et. al. *Filosofia Política 2*. Porto Alegre: L&PM Editores, 1985, p. 15-16.

¹⁵⁸ BERLIN, Isaiah. *Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios*. Tradução Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 135-136.

¹⁵⁹ BERLIN, Isaiah. *Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios*. Tradução Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 136.

¹⁶⁰ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito da Modernidade e na Pós-modernidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília a. 41 n. 163, jul./set. 2004, p. 116.

No momento histórico e no universo jurídico referidos, a liberdade dos sujeitos no Direito Civil tem como expressão fundamental a autonomia da vontade, embora essa denominação não seja empregada pela doutrina francesa do início do século XIX nem pelo *Code*, Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk afirma que ambos estão imantados pelo dogma da vontade individual, como sentido atribuído à liberdade humana na esfera do direito das obrigações – ou seja, da dimensão dinâmica da propriedade, como trânsito jurídico.¹⁶¹

Observa-se que o Estado liberal, numa perspectiva histórico-sociológica, sucedeu o Estado absolutista, com surgimento no século XVIII, e trouxe como premissa o reconhecimento de que o indivíduo possui direitos inalienáveis e, entre eles, o direito à livre manifestação e o direito à propriedade. Referida doutrina veio em contraposição ao Estado Totalitário vigente anteriormente e trouxe uma divisão clara entre público e privado, uma vez que se valorizava o individualismo.¹⁶²

Nesse sentido, verifica-se que o direito do sujeito de reger-se por suas próprias leis, ou seja, a liberdade que ele dispõe no campo do direito privado é denominada de autonomia, enquanto a autonomia da vontade é o princípio de direito privado que possibilita ao agente a prática de um ato jurídico, determinando seu conteúdo, formas e efeitos¹⁶³.

Não se pode esquecer que, com o direito subjetivo, a ordem jurídica consegue proteger interesses privados, tais como os encontra constituídos na ordem econômico-social que tutela e, com o negócio jurídico, ela confere à iniciativa individual um modo de se manifestar e de se mover. Assim, a posição de tais interesses é modificada de acordo com as diretrizes que os próprios particulares julguem mais convenientes, sendo que ambos – direito subjetivo privado e negócio jurídico – são dominados pelo princípio da liberdade e da consequente autorresponsabilidade privada.¹⁶⁴

¹⁶¹ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Liberdade(s) e Função: Contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do Direito Civil brasileiro*. 2009. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009. p. 121.

¹⁶² AMARAL, Ana Claudia Corrêa Zuin Mattos do; HATOUM, Nida Saleh; HORITA, Marcos Massashi. O Paradigma Pós-Moderno Do Negócio Jurídico e a Necessidade De Uma Nova Concepção Na Contemporaneidade. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 21, n. 2, p. 261-297, jul. 2017. DOI:10.5433/2178-8189.2017v21n1p262, p. 265-266.

¹⁶³ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 9. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 215.

¹⁶⁴ BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução: Servanda Editora. Campinas: Servanda, 2008, p. 80.

É nesse contexto que a autonomia da vontade ganha destaque como base de toda relação negocial, aplicada de forma ampla e irrestrita de modo que o Estado, nesse paradigma, não possui qualquer ingerência na vida privada dos indivíduos, ou seja, há um amplo respeito da liberdade contratual.¹⁶⁵

Após os sucessos da Revolução em França e a prevalência da máxima da igualdade, fraternidade e liberdade, era natural que se desse uma hipérbole na posição humana na sociedade, de sorte que, aos homens nascidos livres e iguais, indispensável reconhecer-lhes a liberdade de criar ou produzir direito, elevando-se a autonomia da vontade à categoria de princípio do Direito e de fonte das relações jurídicas.¹⁶⁶

A ideia clássica do contrato, que tem por base a liberdade individual dos contratantes, reflete a concepção deste conceito como sendo um elemento fundamental de expressão do momento pelo qual então passava a civilização europeia, que buscava superar as estruturas vinculadas às monarquias absolutistas e assim criando instrumentos próprios à efetivação do poder da ascendente burguesia, que procurava e impunha sua afirmação.¹⁶⁷

O Liberalismo tentava conciliar os alicerces das relações privadas, que são a liberdade formal e a segurança. O *status* não mais importava, uma vez que o novo ídolo era o contrato. A vontade era a fonte dos direitos e o contrato, sua forma excelsa de exteriorização. É nesse espaço que se qualifica a autonomia da vontade.¹⁶⁸

A sociedade daquele momento buscou privilegiar a ideia da ampla autonomia da vontade e desenvolver institutos cuja formulação tivesse como pressuposto a rígida igualdade das partes que negociavam. Nesse diapasão, tem-se a ideia de prevalectimento da vontade, tão mitigada na relação desproporcional existente anteriormente entre o súdito e o soberano, e que, de acordo com as ideias

¹⁶⁵ SANTOS, Franciele Barbosa; PAIANO, Daniela Braga. Autonomia privada nas relações familiares: é possível namorar atualmente?. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, vol. 16, n. 3, p. 10-27, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i3.8735>. p. 12.

¹⁶⁶ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito da Modernidade e na Pós-modernidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília a. 41 n. 163, jul./set. 2004, p. 118.

¹⁶⁷ SCAFF, Fernando Campos. As novas figuras contratuais e a autonomia da vontade. *Revista Da Faculdade De Direito*, Universidade De São Paulo, 91, 141-159, 1996. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67332>. Acesso em: 10 dez. 2021, p. 142-143.

¹⁶⁸ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito da Modernidade e na Pós-modernidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília a. 41 n. 163, jul./set. 2004, p. 116-117.

libertárias que pretendiam garantir à burguesia a resposta à sua ascensão econômica, tornava-se valorizada, como verdadeira expressão da liberdade humana.¹⁶⁹

Sob esse prisma, o contrato era tido como instrumento de intercâmbio econômico entre os sujeitos, no qual a vontade deveria reinar ampla e livremente, salvo as limitações previstas em normas de ordem pública, de modo que, portanto, a autonomia da vontade e a liberdade contratual formavam a viga mestra do direito contratual, em razão do princípio da igualdade de todos perante a lei.¹⁷⁰

Sobre tal visão da livre vontade das partes, Enzo Roppo afirma que a liberdade tendencialmente ilimitada (de contratar ou não, assim como as condições do contrato) correspondia, de outro lado, a uma tendencialmente ilimitada responsabilidade pelos compromissos assumidos, configurados como um vínculo tão forte e inderrogável que poderia equiparar-se à lei, e “cada um é absolutamente livre de comprometer-se ou não, mas, uma vez que se comprometa, fica ligado de modo irrevogável à palavra dada”.¹⁷¹

A modernidade é marcada pela precedência do indivíduo frente à sociedade, e a do direito subjetivo frente ao dever e ao sistema normativo estatal. Ou seja, como a era de absolutização da vontade individual em contraposição à absolutização da vontade do Estado: o homem tem direitos e o Estado tem deveres – deixando clara a clássica dicotomia direito privado/público, e é expressa pelas projeções antagônicas do princípio da legalidade em um e outro campos da normatividade.¹⁷²

Sobre esse aspecto, procurava-se diferenciar um campo específico de realização da vontade, o espaço das relações intersubjetivas de cunho não-público. Assim, estar-se-ia distinguindo aquele confuso espectro – acima referido – em

¹⁶⁹ SCAFF, Fernando Campos. As novas figuras contratuais e a autonomia da vontade. *Revista Da Faculdade De Direito*, Universidade De São Paulo, 91, 141-159, 1996. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67332>. Acesso em: 10 dez. 2021, p. 143.

¹⁷⁰ AMARAL, Ana Claudia Corrêa Zuin Mattos do; HATOUM, Nida Saleh; HORITA, Marcos Massashi. O Paradigma Pós-Moderno Do Negócio Jurídico e a Necessidade De Uma Nova Concepção Na Contemporaneidade. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 21, n. 2, p. 261-297, jul. 2017. DOI:10.5433/2178-8189.2017v21n1p262, p. 266-267.

¹⁷¹ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 34-35.

¹⁷² NEGREIROS, Teresa. *Teoria dos contratos: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 12.

derredor da expressão autonomia, exilando no Direito Público tudo o que respeitasse à organização dos governos e de seus institutos – eleições, leis, administração.¹⁷³

Assim, nota-se que o respeito rigoroso pelos compromissos assumidos era condição para que as operações de circulação de riqueza se desenvolvessem de modo correto e eficiente, a fim de não frustrar as previsões e os cálculos dos operadores, sendo condição necessária para a realização do proveito individual de cada operador e igualmente para o funcionamento do sistema no seu conjunto.¹⁷⁴

Os contratantes são, desse modo, senhores dos seus interesses privados, e definem, por suas vontades, os rumos desses interesses e, “além disso, tais rumos, uma vez definidos pelas partes, são chancelados pelo direito, que oferece força de lei ao que defluiu desse exercício de liberdade. O ato livre não apenas é lícito, mas, também, obriga as partes que livremente o praticaram.”¹⁷⁵

Considerava-se que a justiça da relação contratual era automaticamente assegurada pelo fato de corresponder à liberdade individual, à “vontade livre” dos contratantes, ou seja, o reflexo da igualdade formal fulcrada no princípio da unitariedade dos sujeitos, assegurado pela codificação, sendo a “autonomia da vontade e a igualdade de todos diante da lei eram os irmãos siameses a enfeixar a Teoria Geral dos Contratos: um não se pode entender desvinculadamente do outro.”¹⁷⁶

A liberdade contratual impunha a abstenção Estatal, e assim o Poder Público deveria abdicar de qualquer ingerência nos interesses e escolhas da esfera privada dos sujeitos, na medida em que as relações negociais se fundavam, predominantemente, no pacto firmado entre as pessoas e no resguardo de seus interesses, com ênfase em seus interesses patrimoniais. Portanto, o contrato exteriorizava-se como instrumento de intercâmbio econômico entre os indivíduos a fim de prevalecer a vontade de forma ampla e irrestrita, já que a autonomia e a liberdade

¹⁷³ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito da Modernidade e na Pós-modernidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília a. 41 n. 163, jul./set. 2004, p. 117.

¹⁷⁴ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 35.

¹⁷⁵ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Liberdade(s) e Função*: Contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do Direito Civil brasileiro. 2009. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009. p. 122.

¹⁷⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 166.

contratual traduziam-se como base do direito contratual e do individualismo, além da não intervenção estatal como característica do Estado Liberal.¹⁷⁷

O problema existente na autonomia da vontade, então irresoluto, estava na questão dos limites que são entendidos como muros, barreiras de contenção de uma vontade que seria, em si mesma, tendencialmente expansiva e ilimitada. A lei apenas poderia opor poucos limites negativos a tal poder da vontade, podendo tão somente assinalar as fronteiras, muito largas, “[...] dentro das quais a liberdade individual poderia mover-se e se expandir, tais quais a fórmula dos bons costumes e as limitações subjetivas, atinentes à capacidade, aos vícios da vontade.”¹⁷⁸

Ademais, a denominada justiça contratual implica uma espécie de igualdade e de oportunidade: todo sujeito tem a possibilidade de contratar, o que, por sua vez, não pode levar à conclusão de que todos são efetivamente iguais, pois se refere a um conceito de justiça meramente formal. Em outras palavras: “supera-se o juízo formal, partindo-se para um juízo substancial, em que o conceito de igualdade que se leva em conta é o obtido a partir da observação da vida.”¹⁷⁹

Assim sendo, observou-se que não só não são iguais as partes que contratam, colocando-se em planos distintos de possibilidades econômicas, dispendo de níveis diversos de informações quanto àquilo sobre o que negociam, como também se verificou que podem igualmente se alterar, no curso da própria contratação, as expectativas e as posições contratuais inicialmente previstas, pelo que o negócio jurídico não pode representar, como a princípio se pretendia, norma insuperável sob a qual, de todo modo, deveriam se submeter as partes, impossibilitada toda e qualquer modificação.¹⁸⁰

Tais conjunturas representaram forte razão para repensar a ideia da autonomia da vontade e de toda concepção clássica de contrato, considerando-se, especialmente, que a vontade não tem o “[...] dom de referência absoluta e intensamente presente em todas as relações jurídicas existentes, mas que se altera

¹⁷⁷ SANTOS, Franciele Barbosa; PAIANO, Daniela Braga. Autonomia privada nas relações familiares: é possível namorar atualmente?. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, vol. 16, n. 3, p. 10-27, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i3.8735>. p. 12-13.

¹⁷⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 166.

¹⁷⁹ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar: 2012. p. 326.

¹⁸⁰ SCAFF, Fernando Campos. As novas figuras contratuais e a autonomia da vontade. *Revista Da Faculdade De Direito*, Universidade De São Paulo, 91, 141-159, 1996. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67332>. Acesso em: 10 dez. 2021, p. 144.

em importância, dependendo de como se comportem as próprias circunstâncias, presentes e futuras, envolvidas na contratação.”¹⁸¹

Teresa Negreiros sustenta ambas as expressões, autonomia da vontade e privada, exprimem uma mesma realidade, embora a primeira esteja historicamente mais associada ao voluntarismo jurídico que em determinado momento nela se legitimava. Assim, optou-se por utilizar a expressão “autonomia da vontade” sempre que se tivesse em mira o modelo de contrato clássico no qual o poder jurígeno da vontade era exacerbado, assumindo contornos fundamentalmente diversos dos que hoje se verificam, enquanto a expressão “autonomia privada” é, sob este prisma, mais genérica, não estando tão essencialmente associada ao voluntarismo e ao individualismo jurídicos.¹⁸²

Conforme leciona Judith Martins-Costa, a expressão “autonomia privada”, eixo do Direito Privado, é polissêmica, e muitas vezes confundida com “autonomia da vontade”, cujo núcleo está no querer, enquanto a primeira denota poder de autorregulamentação de interesses privados, ou seja, “em termos muito sintéticos, a autonomia privada: (i) constitui o fundamento da ação jurídico-privada e (ii) traduz uma fonte de poder normativo, pelo qual se formam e são criados os negócios”.¹⁸³

É como se a autonomia privada, na qual a liberdade contratual é inserida, integrasse a ontologia do contrato, fosse um elemento essencial a compor a identidade do direito contratual como um conjunto de normas dedicado a assegurar a cada sujeito o direito à autodeterminação no campo das relações patrimoniais.¹⁸⁴ Enquanto que, para a autonomia da vontade, era essencial a dicotomia privado/público, a fim de defesa dos direitos dos particulares durante o Liberalismo, no âmbito da autonomia privada, encontra-se superada a distinção entre natureza privada ou pública do sujeito que realiza o ato de regulamentação do interesse; de modo que também o comportamento de um ente público que decida agir configura a realização da autonomia. Emerge, desse modo, a angústia da tradicional distinção da autonomia privada, “[...] vista como poder reconhecido ou atribuído pelo ordenamento

¹⁸¹ SCAFF, Fernando Campos. As novas figuras contratuais e a autonomia da vontade. *Revista Da Faculdade De Direito*, Universidade De São Paulo, 91, 141-159, 1996. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67332>. Acesso em: 10 dez. 2021, p. 144.

¹⁸² NEGREIROS, Teresa. *Teoria dos contratos: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 3-4.

¹⁸³ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 423.

¹⁸⁴ NEGREIROS, Teresa. *Teoria dos contratos: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 4.

jurídico ao privado: o poder cabe, na realidade, a todos os sujeitos jurídicos, sejam estes privados ou públicos.”¹⁸⁵

Nesse sentido, Luigi Ferri defende que “[...] o negócio jurídico é fonte de normas jurídicas e que a autonomia privada é, por conseguinte, poder normativo”, bem como sustenta que as normas criadas pela autonomia privada têm um conteúdo próprio, que as normas estatais determinam negativamente, subtraindo certas matérias do poder privado autônomo, certos conjuntos de relações que o Estado reserva para sua regulamentação.¹⁸⁶

Por sua vez, quanto à autonomia privada, Francisco Amaral leciona que se trata do poder de criar normas jurídicas nos limites da lei, dando a si próprio um “ordenamento jurídico objetivamente”, constituído pelo sujeito, e que não se confunde com a autonomia da vontade, dita como manifestação de liberdade individual no âmbito do direito.¹⁸⁷ Para o autor, a autonomia privada permite a criação de um ordenamento jurídico diverso do ordenamento estatal, e consiste na esfera de liberdade de atuação das pessoas, não podendo ser confundida como sinônimo de direito privado, pois não emana do Estado, sendo que o seu “problema” é uma questão de limites, e não de existência ou validade.¹⁸⁸

O fenômeno da autonomia privada é visto, assim, em seu aspecto de limitação ou autolimitação do ordenamento estatal, que deixa espaços nos quais a atividade normativa dos particulares pode ser inserida.¹⁸⁹ A nova postura estatal de tomar a responsabilidade para si e intervir nos contratos, com o poder de modificá-los, rescindi-los e até definir uma solução diferente do acordado, decorre da mudança axiológica sofrida pelo Direito Civil, de modo que os princípios da autonomia privada e da força obrigatória dos contratos tiveram sua abrangência reduzida pela boa-fé, pela função social do contrato, bem como pela equidade entre as partes.¹⁹⁰

¹⁸⁵ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 336.

¹⁸⁶ FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Tradução de Luis Sancho Mendizábal. Granada: Comares, 2001. p. 8-9. Tradução livre de “[...] el negocio jurídico es fuente de normas jurídicas y de que la autonomía privada es, por conseguinte, poder normativo.”

¹⁸⁷ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 9. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 215.

¹⁸⁸ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 9. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 26.

¹⁸⁹ FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Tradução de Luis Sancho Mendizábal. Granada: Comares, 2001. p. 9.

¹⁹⁰ AMARAL, Ana Claudia Corrêa Zuin Mattos do; HATOUM, Nida Saleh; HORITA, Marcos Massashi. *O Paradigma Pós-Moderno Do Negócio Jurídico e a Necessidade De Uma Nova Concepção Na*

Por sua vez, Emilio Betti conceitua a autonomia privada como “[...] atividade *potestas*, criadora, modificadora ou extintora de relações jurídicas entre particulares: relações cuja vida e cujas vicissitudes, são, antecipadamente, disciplinadas por normas jurídicas preexistentes.” O negócio jurídico é a manifestação dessa autonomia privada, a que o direito liga a criação, modificação ou a extinção de relações jurídicas entre particulares.¹⁹¹ Ainda, a autonomia privada “[...] configura um autorregulamento, e até, ainda mais, um regulamento direto, individual, concreto, de determinados interesses pessoais, efetivado pelos próprios particulares interessados.”¹⁹² Frisa-se que, na autonomia privada, existe certa limitação pelo Estado desse poder de autorregulamentação entre as partes, enquanto inexistente na autonomia da vontade, considerando que nesta imperava a igualdade formal entre as partes.

Nesse sentido, existe uma legislação social e interventora que afasta a igualdade formal e, com base na desigualdade substancial de fato existente entre os sujeitos, tende – mediante uma regulamentação devida não à vontade das partes, mas, sim, à intervenção estatal ou de um poder de qualquer modo estranho àquele dos sujeitos a privilegiar a parte mais vulnerável em relação à outra mais forte.¹⁹³

Caso deixasse a possibilidade de autorregulamentação aos sujeitos interessados, provavelmente o resultado seria oposto, pois seria mais favorável ao contratante forte (como ocorria na autonomia da vontade, em razão da igualdade formal). Por essa razão o legislador intervém, para estabelecer uma disparidade de tratamento a favor do contratante mais vulnerável com a intenção de colocar os sujeitos em um plano de igualdade substancial de direito.¹⁹⁴

Em outras palavras, a autonomia privada é “[...] poder jurídico que os particulares têm, nos limites estabelecidos pelo Estado, de autorregular, por sua

Contemporaneidade. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 21, n. 2, p. 261-297, jul. 2017. DOI:10.5433/2178-8189.2017v21n1p262, p. 271.

¹⁹¹ BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução: Servanda Editora. Campinas: Servanda, 2008, p. 81-82.

¹⁹² BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução: Servanda Editora. Campinas: Servanda, 2008, p. 82.

¹⁹³ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 344.

¹⁹⁴ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 344.

própria vontade, relações jurídicas de que são parte, e que têm no contrato e no testamento suas principais e mais frequentes realizações.”¹⁹⁵

A interferência do Poder Público nas relações privadas deve acontecer somente com o objetivo de resguardar o hipossuficiente e a visando ao cumprimento das diretrizes legais, sendo garantida a livre gerência dos sujeitos em suas próprias relações e negociações, sejam patrimoniais ou extrapatrimoniais, a fim de que se atinja a realização individual.¹⁹⁶

Pode-se, assim, afirmar que o testamento é um ato de autonomia privada e está sujeito ao controle de sua licitude e valor, perpassando a autonomia testamentária, para também promover valores constitucionais¹⁹⁷, e que possui a limitação estatal da legítima, quando o testador possuir herdeiros necessários, nos moldes do artigo 1.789 do Código Civil.

Os efeitos jurídicos podem não ser todos os desejados ou totalmente congruentes com a intenção do testador, mas esses efeitos são explicados em todo o caso e são fundamentalmente adaptados ao princípio da relevância direta da autonomia privada.¹⁹⁸

Portanto, a autonomia privada do testador, na hipótese de existência de herdeiros necessários, encontra-se limitada em cinquenta por cento do seu patrimônio, por opção legislativa. Doravante, o próximo tópico tratará da contextualização e atual disciplina da legítima no Brasil, buscando responder ao questionamento: por que o legislador brasileiro escolheu limitar a autonomia privada do testador em metade de seus bens.

2.2 CONTEXTUALIZAÇÃO E ATUAL DISCIPLINA DA LEGÍTIMA

¹⁹⁵ AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 9. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 94.

¹⁹⁶ SANTOS, Franciele Barbosa; PAIANO, Daniela Braga. Autonomia privada nas relações familiares: é possível namorar atualmente?. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, vol. 16, n. 3, p. 10-27, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i3.8735>. p. 15.

¹⁹⁷ NEVARES, Ana Luiza Maia; MEIRELES, Rose Melo Venceslau; TEPEDINO, Gustavo. *Direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 139.

¹⁹⁸ BIANCA, Cézare Massimo. *Diritto civile: la famiglia le sucesioni*. 4. ed. rev. e atual. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 2005, p. 732.

A sucessão *mortis causa* pode ser testamentária, quando o autor da herança manifesta em ato de última vontade como quer a distribuição de seus bens para depois de seu falecimento, e legítima ou necessária, quando a lei determina as regras de destinação da herança.

A sucessão testamentária representa expressão da autonomia privada e da propriedade individual, admitindo-se projeção do direito de propriedade para além da morte do proprietário, podendo reger sua sucessão hereditária com fundamento na autonomia privada, decidindo quem serão seus herdeiros, o que caberá a cada um deles e a que título sucederão, se a título universal, como herdeiros, ou a título particular, como legatários.¹⁹⁹

De outro lado, a sucessão legítima, ou necessária, representa especialmente o valor derivado da solidariedade familiar, reconhecendo-se que, no tocante a determinadas pessoas próximas, o autor da herança tem um dever de solidariedade de tal intensidade que deve projetar efeitos para além de sua morte, a impedi-lo de excluí-los da sucessão, motivo pelo qual a legislação lhes assegura um espaço delimitado de proteção sucessória imperativa, passível de exclusão somente nas hipóteses restritas, tipificadas e excepcionais de indignidade e deserdação.²⁰⁰

Ocorre que sucessão legítima e instituto da legítima são termos distintos: o primeiro, como dito anteriormente, refere-se ao tipo de sucessão em que, na ausência de testamento, a lei determina as regras acerca do destino dos bens do falecido, prevista nos artigos 1.786 (“a sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade”)²⁰¹, 1.829 e seguintes do Código Civil.

O segundo refere-se à limitação legal imposta ao autor da herança quando possui herdeiros necessários, ou seja, uma reserva de bens que se torna indisponível, garantida aos herdeiros necessários do *de cuius*, de tal forma que, existindo os chamados herdeiros necessários, o testador tem liberdade de dispor apenas parte de seus bens.

¹⁹⁹ ANTONINI, Mauro. Apontamentos sobre a evolução e o perfil contemporâneo do direito das sucessões brasileiro. In.: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello (Coord.). *Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do Direito Civil codificado no Brasil*. V.2. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2018, p. 991.

²⁰⁰ ANTONINI, Mauro. Apontamentos sobre a evolução e o perfil contemporâneo do direito das sucessões brasileiro. In.: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello (Coord.). *Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do Direito Civil codificado no Brasil*. V.2. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2018, p. 991.

²⁰¹ BRASIL. Lei nº 10.046, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 31 mar. 2022.

O nome de “legítima” provém de se tratar de disposição legal, ou seja, de se operar a devolução da herança em razão da lei. Também pode ser chamada de reserva, termo que deriva de subtrair-se a quota que comporia poder do *de cuius* de livre disposição por estar destinada, reservada, a determinadas pessoas.²⁰²

O instituto da legítima é um dos que melhor expressa o caráter de um sistema sucessório. A organização da família e o regime de propriedade traduzem-se, de forma particular, entre a liberdade testamentária e a legítima hereditária. Reconhecido o direito de testamento, o princípio da exceção que requer um fundamento é o da legítima, que o restringe e limita.²⁰³

O Código Civil português conceituou a legítima em seu artigo 2156: “Entende-se por legítima a porção de bens de que o testador não pode dispor, por ser legalmente destinada aos herdeiros legitimários.”²⁰⁴

Já a lei civil francesa conceituou tanto a chamada “*réserve héréditaire*” (reserva hereditária ou legítima) como a parte disponível, em seu artigo 912, dispondo que a reserva hereditária é a parte dos bens e direitos sucessórios que a lei assegura a destinação a certos herdeiros, denominados “*héritiers réservataires*” (herdeiros obrigatórios/necessários), se forem chamados à sucessão e se a aceitarem. De outro lado, a parcela disponível é conceituada como a parte dos bens e direitos sucessórios não reservados por lei e que o falecido podia dispor livremente por doações.²⁰⁵

De acordo com a doutrina italiana, a legítima também leva o nome de reserva porque garante o direito de sucessão em face da vontade diversa do testador. Chama-se disponível a parte dos bens que o titular pode dispor sem prejudicar a reserva da legítima.²⁰⁶

²⁰² NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária*. V. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 356-357.

²⁰³ PAZ, Enrique Martinez. *Introducción al Derecho de la Sucesión Hereditaria*. Buenos Aires: Tipográfica Argentina, 1953, p. 307.

²⁰⁴ PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 47344. Diário do Governo n.º 274/1966, Série I de 1966-11-25 [2022]. *Código Civil*. Lisboa: Assembleia da República. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1966-34509075-58403672>. Acesso em: 31 mar. 2022.

²⁰⁵ FRANÇA. *Code Civil des Français*. Décreté le 14 Ventôse na XI. Paris, 1804 [2022]. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006070721/>. Acesso em: 31 mar. 2022. “Article 912. La réserve héréditaire est la part des biens et droits successoraux dont la loi assure la dévolution libre de charges à certains héritiers dits réservataires, s'ils sont appelés à la succession et s'ils l'acceptent. La quotité disponible est la part des biens et droits successoraux qui n'est pas réservée par la loi et dont le défunt a pu disposer librement par des libéralités.”

²⁰⁶ BIANCA, Cézare Massimo. *Diritto civile: la famiglia le sucesioni*. 4. ed. rev. e atual. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 2005, p. 666-667.

O legislador brasileiro, por sua vez, previu essa limitação na porcentagem de cinquenta por cento da herança, conforme artigo 1.789: “Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança.”²⁰⁷

A despeito de ser encarada unicamente como limitação ao poder de dispor por ato de última vontade de quem possua herdeiros legítimos, a legítima também restringe as liberalidades excedentes efetuadas por negócio *inter vivos*: doação direta, indireta, simulada, estabelecendo o artigo 549 do Código Civil, a nulidade da “doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento”.²⁰⁸

Massimo Bianca leciona que, na Itália, as disposições do falecido que prejudiquem a legítima não são, contudo, nulas ou anuláveis, mas passíveis de redução, isto é, passíveis de serem desfeitas por medida judicial na medida suficiente para reintegrar o direito do herdeiro necessário.²⁰⁹

Nesse diapasão, imperioso investigar os aspectos históricos da legítima, desde o direito romano antigo, perpassando pelas ordenações do reino (Portugal), até chegar à legislação brasileira vigente acerca da referida limitação da disposição dos bens, o que se verá a seguir.

2.2.1 Aspectos Históricos da Legítima

Para chegar ao fundamento da legítima no Brasil, é necessário, antes, estudar a origem deste instituto no ordenamento pátrio, sua contextualização no passado e atual, motivo pelo qual se passa a analisar, primeiramente, a questão histórica anterior à legislação brasileira.

O testamento é um negócio jurídico típico, solene, e que possui a previsão legal de que “toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade

²⁰⁷ BRASIL. Lei nº 10.046, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 31 mar. 2022.

²⁰⁸ BRASIL. Lei nº 10.046, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 31 mar. 2022.

²⁰⁹ BIANCA, Cézare Massimo. *Diritto civile: la famiglia le successioni*. 4. ed. rev. e atual. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 2005, p. 666-667.

dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte”²¹⁰, conforme artigo 1.857 do Código Civil brasileiro.

Esta parte da definição legal possui várias consequências e a questão da disposição total ou parcial da herança não é característica do testamento em todas as épocas e em todos os sistemas jurídicos. No direito anterior ao Código Civil, com fundamento nas leis em vigor e, em especial, no direito romano, os juristas defendiam que o testamento era sempre uma disposição da totalidade dos bens.²¹¹

Caso o autor da herança disponha por testamento apenas parte de seus bens, o restante distribui-se conforme a sucessão legítima enquanto, no direito anterior, como no direito romano, “[...] o fato de instituir-se um herdeiro testamentário importava na delação de toda a herança, ainda que isso não resultasse da vontade expressa do testador”.²¹²

Historicamente, a parte legítima está relacionada com a ideia abstrata de igualdade, tendo em vista o objetivo de abolição do sistema de primogenitura como ela foi introduzida na Europa continental, penetrando profundamente nos sentimentos populares. No Código Napoleônico, houve solução de compromisso entre a liberdade do testador e a garantia de maior parte da herança para os herdeiros, em partes iguais²¹³.

Tendo em vista que no direito antigo a sucessão tratava-se da continuação do rito familiar, assumindo o herdeiro os encargos religiosos e substituindo o falecido em sua posição social e política, ainda que não houvesse bens ou dívidas, ficar sem herdeiro era a pior situação que poderia existir, e, por isso, o testamento foi instituído para a adoção legal, ou seja, para que o *pater familias* tivesse quem o substituísse após sua morte.

Nesse sentido leciona Francisco San Tiago Dantas, que, no direito antigo, o testamento era utilizado para a instituição do herdeiro, tendo por consequência – mas não o seu fim – dar uma destinação aos bens do *de cuius*. A instituição do herdeiro trazia consigo a sucessão de bens e dívidas como

²¹⁰ BRASIL. Lei nº 10.046, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 31 mar. 2022.

²¹¹ DANTAS, Francisco San Tiago. *Direito de família e das sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 499.

²¹² DANTAS, Francisco San Tiago. *Direito de família e das sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 499.

²¹³ LOBO, Paulo. *Direito civil: sucessões*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 195.

consequência, mas não dependia disso, uma vez que o fim da sucessão era a continuação da família, do culto religioso. A regra romanista que perdurou nas legislações por um longo tempo determinava que “ninguém pode morrer em parte testado e em parte intestado”, regra que não mais existe no direito moderno. Posteriormente, o direito romano tornou o testamento regra, não podendo um cidadão falecer sem testar.²¹⁴

As famílias romana e germânica representavam verdadeiras comunidades. Como já mencionado anteriormente, o *pater familia* romano concentrava em si todos os direitos dos membros da família, tornando-se o senhor exclusivo dos bens e autoridade suprema sobre os filhos. Entre os alemães, os fatos aconteceram de maneira muito semelhante. A liberdade individual era exercida livremente até que se iniciou a imposição do direito de vingança à vítima ou a seus parentes quando ocorria um delito, como meio de correção – a vingança foi posteriormente substituída por uma pena pecuniária, de responsabilidade do chefe da família. Dessa necessidade de proteção veio a autoridade do pai sobre a fortuna e a pessoa dos filhos.²¹⁵

Ainda no tocante ao direito romano, a ilimitada liberdade de testar era uma consequência natural do poder absoluto do chefe de família, garantida pelo antigo direito romano, e o direito e religião envolviam num halo de prestígio superior e estava em consonância com as ideias predominantes da época, de modo que essa faculdade foi exercida sem causar danos.

Contudo, “com o desenvolvimento de novos conceitos morais, com a correspondente transmutação da constituição social, e [...] com o enfraquecimento dos laços de afeição entre progenitores e procriados, esse poder absoluto pareceu desmesurado [...]”, violando, em sua aplicação, deveres sagrados em relação à família, quando o *pater familia* deixa seu patrimônio a estranhos e esquece-se de sua obrigação de proteger seus filhos e descendentes contra golpes de fortuna e contra assédio das necessidades inadiáveis.²¹⁶

²¹⁴ DANTAS, Francisco San Tiago. *Direito de família e das sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 500-503.

²¹⁵ PAZ, Enrique Martinez. *Introducción al Derecho de la Sucesión Hereditaria*. Buenos Aires: Tipográfica Argentina, 1953, p. 309.

²¹⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1983, p. 291.

Assim, o direito romano não contemplava, em seus primórdios, os abusos dos testadores que afastavam arbitrariamente de sua herança seus familiares próximos, inclusive filhos, para beneficiar terceiros.

Entretanto, nos últimos tempos de república, surgiu a *querela inofficiosi testamenti*, favorecendo os parentes próximos ao testador que fossem deserdados ou preteritos sem justa razão. Caso a querela tivesse sua procedência reconhecida pelo tribunal dos centúviro, o testamento era rescindido, tendo em vista que o autor o teria feito em estado de demência.²¹⁷

No início, o direito de atacar o testamento não estava bem delimitado, de modo que as pessoas que poderiam realizar a referida reclamação não estavam determinadas, assim como não havia sido fixada a porção devida ao familiar, ficando ao arbítrio dos julgadores a regulamentação dos casos.²¹⁸

Posteriormente, ocorreu a mudança de preservação de um mínimo equivalente a um quarto, conforme a Lei Falcidia, que pode ser verificado nas Institutas de Gaio: “§ 227. A Lei Falcidia, portanto, foi aprovada, pela qual foi decretado que não deveria ser permitido legar mais de três quartos. Portanto, é necessário que o herdeiro tenha uma quarta parte da herança. E nós usamos isso agora.”²¹⁹.

Desse modo, “estavam lançados os primeiros fundamentos da porção legítima, isto é, do direito hereditário, que a lei assegura a determinadas pessoas sobre uma certa parte da herança.”²²⁰

Na sequência, essa porção foi ampliada para um terço pelo imperador Justiniano, no século VI, quando o testador tivesse menos de quatro filhos, e para metade quando tivesse quatro ou mais filhos²²¹. Lembrando que, caso não tivesse filhos ou outros descendentes, o testador tinha pleno poder de dispor de sua propriedade como quisesse, considerado um direito inquestionável.²²²

²¹⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1983, p. 291-292.

²¹⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1983, p. 292.

²¹⁹ LA INSTITUTA DE GAIO. Descubierta recientemente en ún palimpsecto de la biblioteca capitular de Verona. Traducida por primera vez al castellano. Madri: Sociedad literária y tipográfica, 1845, p. 148, Livro II. Tradução livre de: “§ 227. Lata est itaque lex Falcidia, qua cautum est, ne plus legare liceat, quam dodrantem. itaque necesse est, ut heres quartam partem hereditatis habeat. et hoc nunc iure utimur.”

²²⁰ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1983, p. 292.

²²¹ LOBO, Paulo. *Direito civil: sucessões*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 195.

²²² THE VISIGOTHIC CODE: Forum judicum. Ed. S. P. Scott. The Library of Iberian Resources Online. Disponível em: <https://libro.uca.edu/vcode/bk4.htm>. Acesso em: 06 abr. 2022. “XX. He who leaves no Children, has full Power to Dispose of his Property as he Pleases. Every freeborn man and woman, whether belonging to the nobility, or of inferior rank, who has no children, grandchildren, or great-grandchildren, has the unquestionable right to dispose of his or her estate at will; nor can any

Justiniano fez surgir um sistema novo em torno da sucessão testamentária. Além da ampliação narrada acima, manteve-se a querela do testamento inoficioso, acrescentando uma ação supletória com o fim de pedir o complemento de sua porção legítima quando o prejudicado achasse que estava desfalcada, bem como propôs ao testador a obrigação formal de instituir como herdeiros os descendentes e ascendentes, deixando-lhes o quinhão legal, ou deserdá-los, expressamente, por uma das causas taxativamente indicadas na Novella 115.²²³

Na hipótese de o testador não instituir ou deserdar seus descendentes e ascendentes, o testamento seria rescindível, abrindo-se a sucessão *ab intestado*; caso houvesse a instituição, mas não na medida estabelecida, os herdeiros legítimos teriam o direito de arguir o testamento e pedir a integração de porção devida mediante ação supletória.²²⁴

Após a queda do império romano do Ocidente, os germanos que invadiram a península ibérica ampliaram a legítima para três quartos ou quatro quintos em favor dos descendentes e ascendentes (Código Visigótico, liv. 4, tít. 2, leis 20 e 21).²²⁵

Nota-se, portanto, que inicialmente a família era um núcleo muito unido em suas tradições religiosas, motivo pelo qual a sucessão era vista principalmente no aspecto social e religioso, na qual o herdeiro assumia a posição do falecido, cuidando dos rituais familiares e demais responsabilidades, sendo a transmissão patrimonial uma consequência secundária.

Ficar sem sucessor era algo terrível para o cidadão romano que começou a realizar a adoção por meio do testamento. Posteriormente, o testamento tornou-se obrigatório, e não havia a possibilidade de testar apenas parte do patrimônio, bem como não havia limitação para a liberdade testamentária. Com o decorrer do tempo, os laços familiares que, antes extremamente fortes, foram se fragilizando e o testamento que, sem justa causa, deixava de contemplar os familiares próximos e beneficiava terceiros, passou a ser visto como uma violação.

arrangement that either may make, be set aside by any relatives of theirs belonging either to the direct or to the collateral line, For those belonging to degrees of relationship other than the above, in the direct line, cannot, in the order of nature, receive the inheritance. Such relatives can, however, inherit from the intestate in accordance with the law which defines their rights.”

²²³ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1983, p. 293.

²²⁴ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1983, p. 293.

²²⁵ LOBO, Paulo. *Direito civil: sucessões*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 195.

Assim, iniciou-se o processo de proteção familiar, limitando a liberdade do testador por lei, como se observou no direito romano e germânico. No que concerne à evolução da disciplina da legítima na legislação brasileira, o tema será abordado no próximo tópico.

2.2.2 Evolução da Legítima no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Para falar sobre a evolução da limitação da legítima no ordenamento jurídico brasileiro é necessário iniciar a pesquisa pela legislação portuguesa, que foi fortemente utilizada até a criação de leis brasileiras próprias sobre o tema.

No ordenamento Português, verifica-se que o Código Visigótico é pioneiro na instituição da legítima, que fixou, em seu livro 4, título 2, leis 20 e 21, a reserva de 3/4 ou 4/5 da herança em favor dos descendentes e ascendentes.²²⁶

Posteriormente, as ordenações Afonsinas, Livro IV, título “LXXXXVII”, firmaram a reserva em favor dos descendentes em 2/3 dos bens, permitindo o testador dispor de 1/3 de seus bens se tivesse filhos: “[...] o Padre, ou Madre poderri tomar a terça de feus beens, e a deftribuir, e fazer em ella feu herdeiro quem por bem tiverem; e as duas partes fom dos filhos per bem do dito cuftume, dado que os filhos eja muitos, quer poucos”, e caso o testamento não respeitasse a legítima, seria considerado sem efeito, e todos os bens seriam herdados pelos filhos²²⁷.

As Ordenações Manuelinas também deixaram a legítima fixada em 2/3 dos bens na hipótese de existência de descendentes, conforme seu livro IV, título LXX. Também dispôs que é necessário justificar a causa “legítima” da deserdação dos descendentes quando o preterissem do testamento, sob pena de ser considerado nulo. Além disso, quando houvesse a deserdação, caberia ao herdeiro instituído no testamento provar ser verdadeira a causa alegada pelo testador para receber a herança deixada²²⁸.

Por sua vez, as Ordenações Filipinas, livro IV, título LXXXII, mantiveram a legítima em 2/3 do patrimônio na hipótese de o titular possuir descendentes: “Quando no testamento o pai não faz menção do filho, ou o filho do

²²⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1983, p. 293.

²²⁷ PORTUGAL. *Ordenações Afonsinas*. Livro IV. Coimbra: Real Imprensa da Universidade, 1792. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/20280>. Acesso em: 22 abr. 2022.

²²⁸ PORTUGAL. *Ordenações Manuelinas*. Livro IV. Coimbra: Real Imprensa da Universidade, 1797. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/20280>. Acesso em: 22 abr. 2022.

pai, e dispõem somente da terça”, estendendo essa limitação aos ascendentes na segunda parte do §4º do mesmo título: “E isso mesmo haverá lugar, quando o filho, ou neto, ou outro descendente fallecer, e fizer testamento em cada huma das maneiras sobreditas, sem deixar descendentes, e tiver pai, mãe, ou outros ascendentes”²²⁹

Mais tarde, a Lei de 25 de janeiro de 1766 decretou a nulidade dos legados deixados em benefício dos próprios escritores, diretores ou sugestores dos testamentos e de seus parentes e corporações.²³⁰

Em sequência, a Lei de 9 de setembro de 1769 declarou que, havendo filhos, a porção disponível (1/3 dos bens) deveria ser deixada a um deles, disposição que foi suspensa com o Decreto de 17 de julho de 1778.²³¹ Além da referida limitação da liberdade de testar, esta lei também dilatou os direitos dos herdeiros legítimos, abrangendo os parentes colaterais até quarto grau, contando conforme o Direito Canônico.²³²

Nota-se que estas leis editadas por Marquês de Pombal (Lei de 25/01/1766 e Lei de 09/09/1769) e que alteraram a liberdade testamentária foram justificadas em razão do aproveitamento do favor do testamento pelo clero, que recebia vultosas quantias dos enfermos que assistia, em prejuízo dos parentes dos testadores.²³³

Posteriormente, com o advento da República no Brasil, a Constituição de 1891²³⁴ manteve em vigor as leis do antigo regime que não contrariassem o sistema do governo em voga. Assim, manteve-se a legítima na proporção de 2/3 dos bens quando o titular tivesse herdeiros necessários.

O Decreto nº 1.839, de 31 de dezembro de 1907, modificou a porcentagem da legítima, que passou a ser metade dos bens em caso de existência

²²⁹ PORTUGAL. *Ordenações Filipinas*. Livro IV. 9 ed. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1824. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242733>. Acesso em: 15 fev. 2022.

²³⁰ ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. *O direito de herança e a liberdade de testar: um estudo comparado entre os sistemas jurídicos brasileiro e inglês*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 44.

²³¹ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1983, p. 294.

²³² PORTUGAL. Lei de 9 de setembro de 1769. In: *Ordenações Filipinas*. Livro IV. 9 ed. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1824. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242733>. Acesso em: 15 fev. 2022.

²³³ ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. *O direito de herança e a liberdade de testar: um estudo comparado entre os sistemas jurídicos brasileiro e inglês*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 44.

²³⁴ BRASIL. *[Constituição (1891)]*. Constituição da República Dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 30 jan. 2022.

de herdeiros necessários, conforme seu artigo 2º: “O testador que tiver descendente ou ascendente succesível só poderá dispor de metade dos seus bens, constituindo a outra metade a legítima daquelles, observada a ordem legal.”²³⁵, porcentagem que foi mantida pelo Código Civil de 1916 e pelo atual de 2002.

Antes do referido decreto, contudo, a legítima era inviolável e o princípio da intangibilidade incidia em sua plenitude, o que foi alterado em seu artigo 3º²³⁶, que previu a possibilidade da sua clausulação com incomunicabilidade e inalienabilidade dos bens que compunham a quota reservada aos herdeiros necessários.

Na história do direito nacional, o Decreto nº 1.839 constituiu alteração notável: não apenas antepôs aos parentes colaterais o cônjuge sobrevivente e limitou à metade a legítima, como também limitou ao sexto grau a sucessão legal, e acolheu as possibilidades, de que tratou o art. 3º, de invasão da liberdade de testar na zona, antes intangível, da sucessão legítima.²³⁷

Na legislação atual, há tratamento não somente das cláusulas de inalienabilidade e de incomunicabilidade, mas também da de impenhorabilidade, de acordo com o art. 1.848 do Código Civil brasileiro de 2002²³⁸, contudo, impôs-se a necessidade de existir justa causa para a clausulação da legítima.

²³⁵ BRASIL. *Decreto nº 1.839*, de 31 de dezembro de 1907. Regula o deferimento da herança no caso da sucessão ab intestato. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1839-31-dezembro-1907-580742-republicacao-103783-pl.html>. Acesso em: 15 fev. 2022.

²³⁶ “O direito dos herdeiros, mencionados no artigo precedente, não impede que o testador determine que sejam convertidos em outras espécies os bens que constituírem a legítima, prescreva-lhes a incomunicabilidade, attribua á mulher herdeira a livre administração, estabeleça as condições de inalienabilidade temporaria ou vitalicia, a qual não prejudicará a livre disposição testamentaria e, na falta desta, a transferencia dos bens aos herdeiros legitimos, desembaraçados de qualquer onus.”. BRASIL. *Decreto nº 1.839*, de 31 de dezembro de 1907. Regula o deferimento da herança no caso da sucessão ab intestato. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1839-31-dezembro-1907-580742-republicacao-103783-pl.html>. Acesso em: 15 fev. 2022.

²³⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. T. LVI: direito das sucessões – sucessão testamentária. Atualizado por: Giselda Hironaka e Paulo Lôbo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. *Ebook*, s.p.

²³⁸ “Art. 1.848. Salvo se houver justa causa, declarada no testamento, não pode o testador estabelecer cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade, e de incomunicabilidade, sobre os bens da legítima. § 1º Não é permitido ao testador estabelecer a conversão dos bens da legítima em outros de espécie diversa.

§ 2º Mediante autorização judicial e havendo justa causa, podem ser alienados os bens gravados, convertendo-se o produto em outros bens, que ficarão sub-rogados nos ônus dos primeiros.” BRASIL. Lei nº 10.046, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 31 mar. 2022.

Percebe-se uma tendência histórica em defesa da igualdade de direitos sucessórios dos herdeiros, especialmente os filhos, e a diminuição da importância das grandes famílias, substituídas pela previdência social e pelo prevalecimento das famílias nucleares, gradativamente reduzidas.²³⁹

Com relação ao Código Civil de 1916, na tramitação do seu projeto, a regra da plena liberdade de testar – sem qualquer proteção da legítima – chegou a ser aprovada pelo Senado, tendo sido rejeitada pela Câmara dos Deputados, o que Clóvis Beviláqua denominava como “desastrosa inovação”.²⁴⁰

Orosimbo Nonato também sustenta esse posicionamento, expondo que “a liberdade de testar teve, na elaboração de nosso Código, momentâneo triunfo no Senado, logrando prevalência as emendas ns. 1.532 e 1.675. Mas, a Câmara reintegrou os bons princípios.”²⁴¹

Tanto o Código Civil de 1916²⁴² como o de 2002²⁴³ mantiveram a proteção da legítima em metade do patrimônio na hipótese de haver herdeiros necessários, possuindo o mesmo texto legal, alterando-se apenas a numeração do artigo.

Embora a quota disponível e indisponível seja invariável no Brasil, Pontes de Miranda defende o *quantum* da legítima conforme o número de filhos: “No direito brasileiro, metade necessária e metade disponível são quantidades invariáveis. Cada uma corresponde à metade da herança. Não se tem a legítima necessária conforme o número de filhos, o que, de *iure condendo*, sugeríamos.”²⁴⁴

Historicamente o ordenamento jurídico brasileiro procurou garantir uma tutela jurídica de conteúdo visivelmente econômico, até mesmo no âmbito das

²³⁹ LOBO, Paulo. *Direito civil: sucessões*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 42.

²⁴⁰ TARTUCE, Flávio. Fundamentos do direito das sucessões em outros sistemas e no Brasil. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*. Belo Horizonte, v. 25, p. 117-140, jul./set. 2020. DOI 10.33242/rbdc.2020.03.006, p. 118.

²⁴¹ NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária*. V. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 368.

²⁴² “Art. 1.576. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança.” BRASIL. Lei nº 3.071, de 1 de janeiro de 1916. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm. Acesso em: 28 abr. 2022.

²⁴³ “Art. 1.789. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança.” BRASIL. Lei nº 10.046, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 31 mar. 2022.

²⁴⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. T. LV: sucessão em geral: sucessão legítima. Atualizado por: Giselda Hironaka e Paulo Lôbo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 259.

relações familiares e sucessórias, voltado à proteção patrimonial em vez da existência da pessoa. Mesmo com a notória evolução a partir da Constituição de 1988, a fim de proteger a dignidade da pessoa humana e a solidariedade familiar, o campo do direito sucessório não recebeu o mesmo cuidado, permanecendo com sua normatividade, em grande parte, codificada de modo repetido pelo Código Civil havendo distância temporal de um século.²⁴⁵

A atual legislação brasileira traz o seguinte texto “Art. 1.789. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança.”²⁴⁶ Esclarece-se que a expressão “herdeiros necessários” não possui a mesma significação do direito romano – qual seja, a aqueles que não podiam deixar de adir à herança – mas, sim, “[...] são os herdeiros que a lei pressupõe, tácita e forçosamente, instituídos, quando não são, expressa e justamente, deserdados. São os que não podem ser preteridos [...].”²⁴⁷

Ressalta-se que “nada impede, porém, venha receber um herdeiro necessário mais do que o outro, se mais lhe é atribuído da porção disponível.”²⁴⁸ Isso porque o testador pode dispor como lhe convier da parte disponível de seu patrimônio. Por exemplo, se o *de cuius* possuía dois filhos (X e Y), testou a parte disponível apenas para X, respeitando a legítima, o filho X tem direito à metade disponível que lhe foi testada, bem como à divisão igual da quota legítima com o filho Y.

Assim, o herdeiro X herda 75% (setenta e cinco por cento) do patrimônio – 50% referente à parte testada e 25% referente à sua parte da legítima – e o herdeiro Y, que apenas tem direito à sua parte da legítima, pois foi preterido do testamento, herda 25% (vinte e cinco por cento).

Portanto, a existência de herdeiros necessários é o ponto de partida para se aplicar a limitação legislativa do que pode ou não ser alvo do testamento. É vedado ao testador elaborar um ato de disposição de última vontade que abranja a porcentagem dos bens considerada indisponível, quota destinada ao mencionados herdeiros.

²⁴⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: sucessões*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 47-48.

²⁴⁶ BRASIL. Lei nº 10.046, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 31 mar. 2022.

²⁴⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1983, p. 294.

²⁴⁸ NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária*. V. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 370.

A porção da legítima varia conforme a legislação do país. Assim, na sequência, a pesquisa traz a forma como a legítima está disciplinada no direito estrangeiro, em alguns países: Alemanha, Argentina, Catalunha, Estados Unidos, Galícia, Hungria, Inglaterra, Itália, Malta, México, Paraguai, Peru, Portugal e República Tcheca.

2.2.3 A Disciplina da Legítima no Direito Estrangeiro

Iniciando pela América do Sul, o Código Civil e Comercial argentino, por exemplo, prevê a legítima na proporção de 2/3 para descendentes e 1/3 para ascendentes e cônjuge, conforme artigo 2445. As referidas parcelas são calculadas sobre a soma do valor líquido da herança no momento do falecimento do *de cuius*, mais o valor dos bens computáveis doados para cada herdeiro, no momento da partilha, segundo o estado do patrimônio no momento da doação.²⁴⁹

No Paraguai, a porção da legítima varia de acordo com o tipo de herdeiro: é de 4/5 da herança para os descendentes, 2/3 para ascendentes, metade para o cônjuge (quando não há descendentes ou ascendentes), e prevalece a legítima maior quando houver vários herdeiros necessários, consoante artigos 2598 e 2599²⁵⁰.

A legislação peruana prevê a legítima na proporção de 2/3 quando o autor da herança possuir descendentes ou cônjuge, e de metade quando possuir apenas ascendentes, e, caso não possua nenhum dos herdeiros citados anteriormente, poderá dispor livremente de seus bens, conforme artigos 725 a 727 do Código Civil.²⁵¹

²⁴⁹ ARGENTINA. *Código Civil y Comercial de la Nación*. 1. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2014, p. 376. “Artículo 2445. Porciones legítimas. La porción legítima de los descendientes es de dos tercios, la de los ascendientes de un medio y la del cónyuge de un medio.”

²⁵⁰ PARAGUAI. Lei nº 1183, de 18 de dezembro de 1985. Código Civil. Santiago: Congreso Nacional. Disponível em: <https://www.bacn.gov.py/leyes-paraguayas/528/codigo-civil-v-parte-libro-quinto>. Acesso em: 31 mar. 2022. “Art. 2598 - La legítima de los descendientes es de cuatro quintas partes de la herencia. La de los ascendientes es de dos tercios. La del cónyuge, cuando no existan descendientes ni ascendientes, es la mitad. Art. 2599 - Para la determinación de las legítimas, cuando concurren varios herederos forzosos, prevalecerá la legítima mayor.”

²⁵¹ PERU. Decreto Legislativo nº 295, de 25 de julho de 1984. *Código Civil*. Lima: Presidência da República. Disponível em: <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2015/01/Codigo-Civil-MINJUS-BCP.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2022. “Tercio de libre disposición Artículo 725°.- El que tiene hijos u otros descendientes, o cónyuge, puede disponer libremente hasta del tercio de sus bienes. Libre disposición de la mitad de los bienes Artículo 726°.- El que tiene sólo padres u otros ascendientes, puede disponer libremente hasta de la mitad de sus bienes. Libre disposición de la totalidad de los bienes Artículo 727°.- El que no tiene cónyuge ni parientes de los indicados en los Artículos 725° y 726°, tiene la libre disposición de la totalidad de sus bienes.”

Em Portugal, a legítima é fixada em metade ou 2/3 dos bens, a depender das hipóteses do artigo 2158 e seguintes do Código Civil. Será no montante de metade da herança quando o falecido deixa apenas o cônjuge ou um filho, na hipótese de deixar ambos (cônjuge e um filho) é fixada em 2/3, em concorrência, e, caso o *de cujus* tenha deixado dois ou mais filhos, a legítima também é de dois terços da herança. Se houver concurso entre ascendente e cônjuge, a legítima também é de 2/3. Caso o autor da sucessão não deixe descendentes nem cônjuge sobrevivente, a legítima dos ascendentes é de metade ou de 1/3 da herança, conforme forem chamados os pais ou os ascendentes do segundo grau e seguintes.²⁵²

Por sua vez, o BGB alemão traz, em seu §2.303, primeira parte, que a parte compulsória é a metade do valor da parte da herança em testamento²⁵³, enquanto a República Tcheca prevê a legítima apenas para os descendentes, que são considerados os únicos herdeiros legítimos, na porção de 3/4 quando o herdeiro for menor de idade e de 1/4 quando for maior, conforme artigos 1642 e 1643 do Código Civil.²⁵⁴

Em Malta, o legislador também reservou a legítima apenas para os descendentes, na proporção de 1/3 da herança quando houver quatro filhos ou menos, e de metade caso o testador tenha cinco filhos ou mais, conforme artigo 616 do Código Civil²⁵⁵.

²⁵² PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 47344. Diário do Governo n.º 274/1966, Série I de 1966-11-25 [2022]. *Código Civil*. Lisboa: Assembleia da República. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1966-34509075-58403672>. Acesso em: 31 mar. 2022.

²⁵³ ALEMANHA. *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*. Berlim, 1896 [2002]. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>. Acesso em: 28 mar. 2022. “§ 2303 Pflichtteilsberechtigte; Höhe des Pflichtteils. (1) Ist ein Abkömmling des Erblassers durch Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge ausgeschlossen, so kann er von dem Erben den Pflichtteil verlangen. Der Pflichtteil besteht in der Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteils.”

²⁵⁴ REPÚBLICA TCHECA. Lei n.º 89, de 3 de fevereiro de 2012. *Občanský Zákoník*. Praga. Disponível em: https://aplikace.mvcr.cz/sbirka-zakonu/SearchResult.aspx?q=89/2012&typeLaw=zakon&what=Cislo_zakona_smlouvy. Acesso em: 31 mar. 2022. “§ 1642 Nepominutelnému dědici náleží z pozůstalosti povinný díl. § 1643 (1) Nepominutelnými dědici jsou děti zůstavitele a nedědí-li, pak jsou jimi jejich potomci. (2) Je-li nepominutelný dědic nezletilý, musí se mu dostat alespoň tolik, kolik činí tři čtvrtiny jeho zákonného dědického podílu. Je-li nepominutelný dědic zletilý, musí se mu dostat alespoň tolik, kolik činí čtvrtina jeho zákonného dědického podílu.”

²⁵⁵ MALTA. Cap. 16 of the Laws of Malta. *Civil Code*. 1870 [2021]. Disponível em: <https://legislation.mt/eli/cap/16/eng/pdf>. Acesso em: 31 mar. 2022. “616. (1) The reserved portion due to all children whether conceived or born in wedlock or conceived and born out of wedlock or adopted shall be one-third of the value of the estate if such children are not more than four in number or one-half of such value if they are five or more. (2) The reserved portion is divided in equal shares among the children who participate in it. (3) Where there is only one child, he shall receive the whole of the aforesaid third part.”

Na Galícia, comunidade autônoma espanhola, são considerados legitimários os filhos e os descendentes de filhos pré-mortos, justamente deserdados ou indignos, bem como o cônjuge viúvo que não esteja separado judicialmente ou de fato. Para os descendentes, a legítima corresponde a 1/4 do valor líquido bens hereditários, enquanto o viúvo tem direito ao usufruto vitalício de um quarto dos bens hereditários constituídos, havendo concorrência com descendentes, e de metade quando não há concorrência, conforme artigos 238 e seguintes da lei civil.²⁵⁶

Já na Catalunha, outra comunidade autônoma espanhola, a legítima é fixada, segundo o artigo 451-5, na fração de 1/4 com base no valor que os bens da herança têm à data da morte do autor da herança, deduzidas as dívidas e as despesas da última doença e sepultamento ou cremação.²⁵⁷

De outro lado, na Hungria, o testador pode dispor de todo o seu patrimônio ou parte dele, conforme artigo 7:10 do Código Civil²⁵⁸. No México também há plena liberdade testamentária, conforme artigo 1599 do Código²⁵⁹.

Na Itália, a quota da legítima também é variável: metade em caso de existência de um filho e 2/3 se houver mais de um filho, e caso o falecido deixe apenas ascendentes, a reserva é na quantia de 1/3, conforme redação dos artigos 537 e 538.²⁶⁰ Contudo, o direito da legítima na Itália não é exercido mediante aceitação e, portanto, o parente próximo nem sempre tem a condição de ser chamado a herdar

²⁵⁶ COMUNIDADE AUTÔNOMA DE GALÍCIA. Ley 2, de 14 de junho de 2006, de direito civil de Galicia. Disponível em: <https://www.boe.es/eli/es-ga/l/2006/06/14/2/con>. Acesso em: 07 jun. 2022.

²⁵⁷ COMUNIDADE AUTÔNOMA DA CATALUNHA. Ley 10, de 10 de julho de 2008. Livro IV do Código Civil, relativo às sucessões. Disponível em: <https://www.boe.es/eli/es-ct/l/2008/07/10/10/con>. Acesso em: 09 jun. 2022.

²⁵⁸ HUNGRIA. 2013. évi V. törvény [Ptk.]. Budapeste: 2013. Disponível em: <https://net.jogtar.hu/jogszabaly?docid=a1300005.tv>. Acesso em: 31 mar. 2022. “7:10. § [Végintézkedési szabadság] Az örökhagyó a halála esetére vagyonáról vagy annak egy részéről végintézkedéssel szabadon rendelkezhet.”

²⁵⁹ MÉXICO. *Código Civil Federal* de 1928 [2007]. Disponível em: <https://mexico.justia.com/federales/codigos/codigo-civil-federal/>. Acesso em: 06 abr. 2022. “Artículo 1599. La herencia legítima se abre: 1. Cuando no hay testamento, o el que se otorgó es nulo o perdió validez; 2. Cuando el testador no dispuso de todos sus bienes; 3. Cuando no se cumpla la condición impuesta al heredero; 4. Cuando el heredero muere antes del testador, repudia la herencia o es incapaz de heredar, si no se ha nombrado sustituto.”

²⁶⁰ ITÁLIA. *Codice Civile*. Regio Decreto 16 marzo 1942-XX, n. 262. Roma [2020]. Disponível em: <https://www.gazzettaufficiale.it/sommario/codici/codiceCivile>. Acesso em: 31 mar. 2022. “Art. 537. Riserva a favore dei figli ((...)). Salvo quanto disposto dall'articolo 542, se il genitore lascia um figlio solo, ((...)) a questi e' riservata la meta' del patrimonio. Se i figli sono piu', e' loro riservata la quota dei due terzi, da dividersi in parti uguali tra tutti i figli ((...)). Art. 538. Riserva a favore degli ascendenti ((...)). Se chi muore non lascia figli ((...)), ma ascendenti ((...)), a favore di questi e' riservato un terzo del patrimonio, salvo quanto disposto dall'articolo 544.”

pelo simples fato de ser legitimário. Isto é, não é porque o testador deixou herdeiros necessários que obrigatoriamente eles herdarão.

O legitimário não tem a condição de ser chamado à herança quando tiver sido preterido pelo testador, ou seja, quando o testador tiver alienado integralmente a herança por meio de disposições universais que não incluam o legitimário. Neste caso, os designados pelo testamento, entretanto válido e eficaz, são chamados à herança integral. Para obter uma parte da herança, o legitimário pretendente deve então exercer uma ação judicial de natureza constitutiva, ou seja, a ação de redução, para reduzir as disposições testamentárias prejudiciais à sua parte. Após a ação, o legitimário alcançará o status de herdeiro, pois terá obtido uma parte da herança.²⁶¹

Exemplifica-se: caso o testador ignore seu filho no testamento e nomeie apenas um terceiro como herdeiro, enquanto a disposição testamentária a favor do terceiro não for reduzida, mantém o seu efeito, e o terceiro será o único chamado a herdar. Nesse caso, o filho não é herdeiro e nem sequer é chamado a herdar, pois a aquisição da herança não depende de um ato de aceitação por ele. Ele se tornará herdeiro quando tiver obtido a redução da disposição testamentária que o excluiu totalmente da sucessão sucessória.²⁶²

Assim, a despeito de a legítima estar prevista no código civil italiano, o testador pode legalmente alienar toda a sua herança. O seu cônjuge, os seus filhos e os descendentes desses e (na ausência de filhos), e os seus pais têm direito a uma parte reservada, que se trata de uma parte mínima da herança destinada aos mesmos. Contudo, um testamento que não observe tal direito continua a ser válido e eficaz, desde que não seja contestado pelos herdeiros supramencionados. Se o testamento não for contestado ou se as ações para a contestação forem consideradas infundadas, o testamento conserva a sua força e efeito.

Na Inglaterra, onde já existiu período de plena autonomia do autor da herança no direito sucessório, prevalece atualmente um sistema de liberdade em que figura uma espécie de proteção aos dependentes do falecido. Tal proteção é concretizada por intermédio do Poder Judiciário, a quem é dada discricionariedade

²⁶¹ BIANCA, Cézare Massimo. *Diritto civile: la famiglia le successioni*. 4. ed. rev. e atual. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 2005, p. 668.

²⁶² BIANCA, Cézare Massimo. *Diritto civile: la famiglia le successioni*. 4. ed. rev. e atual. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 2005, p. 668.

para reformar testamentos que não contemplaram os dependentes, outorgando-lhes provisão suficiente para a sua subsistência, denominada pela doutrina inglesa de *judicial discretion*.²⁶³ Ressalta-se que, apesar de haver regras que devem ser obedecidas quando a pessoa falece sem deixar testamento e a liberdade de testar prevaleça no país, inexistente a reserva obrigatória (legítima) em seu ordenamento, conhecida na língua inglesa como *forced heirship* (herança forçada).²⁶⁴

Nos Estados Unidos, os filhos não possuem direito à legítima, somente direito a alimentos, e o cônjuge supérstite tem legítima no montante de 1/3 da herança. Com o *family provision*, aberto para qualquer descendente, o juiz fixa uma provisão de bens necessários para o dependente alimentar sobreviver ou para levar um nível de vida semelhante ao que desfrutava na constância do relacionamento, em uma espécie de alimentos compensatórios ou uma compensação econômica.²⁶⁵

Em contrapartida, no Brasil a legítima é impositiva, de modo que, caso o testador disponha sobre a parte indisponível, será considerada nula a disposição que ultrapasse os 50% dos bens previstos na lei. Questiona-se, portanto, qual a fundamentação de tal limitação.

Como observado no tópico anterior, a existência de herdeiros necessários é o marco inicial para a imposição de limites ao objeto do testamento, considerando que a legítima apenas é importa na hipótese de existência de herdeiros necessários.

Desse modo, o próximo tópico analisa a ingerência estatal nas relações privadas, em especial a escolha legislativa sobre as pessoas que compõem o rol de herdeiros necessários.

2.3 INGERÊNCIA ESTATAL NAS RELAÇÕES PRIVADAS FAMILIARES: O DIREITO DE FAMÍLIA MÍNIMO

Tendo por objetivo sustentar a necessidade de repensar o instituto da legítima no ordenamento jurídico pátrio, faz-se necessário o estudo da doutrina

²⁶³ ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. *O direito de herança e a liberdade de testar: um estudo comparado entre os sistemas jurídicos brasileiro e inglês*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 22.

²⁶⁴ ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. *O direito de herança e a liberdade de testar: um estudo comparado entre os sistemas jurídicos brasileiro e inglês*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 57.

²⁶⁵ MADALENO, Rolf. O fim da legítima. *Revista IBDFAM: família e sucessões*, Belo Horizonte, v. 16, p. 31-72, jul./ago., 2016, p. 53-54.

chamada “direito de família mínimo”, a qual sustenta a intervenção estatal mínima possível nas relações familiares (ressalvando-se as hipóteses excepcionais).

Embora a presente pesquisa esteja balizada no Direito das Sucessões, é notório que esse é dependente do Direito de Família, considerando que, em geral, a sucessão ocorre entre os familiares – principalmente quando se observa o rol dos herdeiros legítimos, sejam eles facultativos ou necessários.

A família constitui a célula básica da sociedade. Ela representa o alicerce de toda a organização social, sendo compreensível, portanto, que o Estado a queira preservar e fortalecer, incluindo, em especial o direito sucessório. No tocante à ingerência estatal nas relações familiares, verifica-se que a atitude do legislador constitucional, ao proclamar que a família vive sob a proteção especial do Estado, dá-se em razão de sua função basilar da sociedade.²⁶⁶

Observa-se que o espaço contratual das relações de família permaneceu durante os séculos extremamente reduzido, em virtude da ancestral hegemonia do direito matrimonial e monogâmico na ordem pública ocidental. Restrita aos raros casos de pacto antenupcial, a autonomia contratual no direito de família apenas iria se expandir, na experiência brasileira, com a afirmação constitucional dos princípios de igualdade, da democracia nas comunidades intermediárias e da dignidade da pessoa humana, que tornou possível a liberdade para a organização de vida segundo a pluralidade de modelos compatíveis com as aspirações individuais.²⁶⁷

Como visto no capítulo anterior, o testamento é negócio jurídico realizado pelo testador com efeitos para depois da sua morte, o qual possui uma variedade múltipla de conteúdos, e que não está restrito apenas às questões patrimoniais, bem como tal manifestação de vontade deve exercer uma função positiva na sociedade, sua “função promocional”.

Contudo, o Estado, por meio de opção legislativa, limitou a autonomia privada testamentária em apenas metade dos bens quando o *de cuius* possui herdeiros necessários – ascendente, descendente e cônjuge, conforme artigo 1.845²⁶⁸ do Código Civil – por meio da obrigatoriedade da legítima.

²⁶⁶ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 11.

²⁶⁷ TEPEDINO, Gustavo. Contratos em direito de família. In. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 475-476.

²⁶⁸ “Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.” BRASIL. Lei nº 10.046, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 31 mar. 2022.

Ocorre que a “[...] doutrina civilista tem caminhado no sentido de assegurar às próprias pessoas a liberdade necessária para que estipulem como pretendem desenvolver a esfera conjugal”, e que a intervenção do estado na seara familiar deve ser mínima, ocorrendo somente em hipóteses excepcionais – por isso o nome *direito de família mínimo*.²⁶⁹

Defende-se, no presente tópico, que tal doutrina também deve ser aplicada no direito sucessório, que, como dito anteriormente, é dependente das relações familiares presentes no direito de família; no entanto, aquele não sofreu quase nenhuma alteração desde o primeiro código civil brasileiro, permanecendo em atraso face ao enorme avanço da sociedade.

O interesse do Estado pela família faz com que o ramo do direito que disciplina as relações jurídicas que se constituem dentro dela posicione-se mais próximo do direito público do que do direito privado. Dentro do Direito de Família, o interesse do Estado seria maior do que o individual e, por isso, “as normas de Direito de Família são, quase todas, de ordem pública, insuscetíveis, portanto, de serem derogadas pela convenção entre particulares [...]”²⁷⁰.

O direito de família mínimo possui inspiração no direito penal mínimo, que teve sua origem na incorporação dos ideais sustentados pelas teorias criminológicas do século XX – período no qual o sistema penal caminhava para uma crescente maximização da sanção penal uma vez que a legislação era adotada como resposta universal para todas as condutas tidas como contrárias aos valores considerados mercedores de proteção do Estado.²⁷¹

Em contraposição a esse cenário, a doutrina minimalista propõe a tutela pelo direito penal somente dos bens jurídicos de maior relevância para o ser humano – vida, dignidade e sexualidade, por exemplo. A proposta de redução penal impede a criminalização de condutas de menor potencial ofensivo – caso sejam consideradas como insignificantes – evitando-se, assim, a banalização da sanção penal e tornando esse ramo do direito mais eficaz.²⁷²

²⁶⁹ XAVIER, Marília Pedrosa. *Contrato de namoro: amor líquido e direito de família mínimo*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 63.

²⁷⁰ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 11.

²⁷¹ XAVIER, Marília Pedrosa. *Contrato de namoro: amor líquido e direito de família mínimo*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 64.

²⁷² XAVIER, Marília Pedrosa. *Contrato de namoro: amor líquido e direito de família mínimo*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 64.

Nesse sentido, Leonardo Barreto Moreira Alves aponta que o Estado somente deve utilizar o Direito Penal para tutelar os bens mais importantes para sociedade (fragmentariedade) e como extrema ou última *ratio* (intervenção mínima propriamente dita), isto é, quando insuficiente a tutela promovida por outros instrumentos sociais, como a família, a coletividade, o Direito Administrativo, o Direito Civil, etc.²⁷³

Uma principiologia que reclama a menor intervenção estatal possível conferindo maior autonomia aos sujeitos é o ponto de contato existente entre as duas teorias apresentadas (direito de família e penal mínimos), atribuindo-se a Leonardo Barreto Moreira Alves a expressão “direito de família mínimo”²⁷⁴:

[...] identifica-se atualmente um *Direito de Família Mínimo*, um Direito de Família no qual deve prevalecer, como regra geral, o exercício da autonomia privada dos componentes de uma família, pois somente dessa forma será possível efetivamente lhes garantir o implemento dos seus direitos fundamentais, o desenvolvimento da sua personalidade.²⁷⁵

Cada vez mais, o princípio da liberdade pessoal consubstancia-se numa perspectiva de privacidade, de intimidade, de exercício da vida privada, e “liberdade significa hoje poder realizar, sem interferências de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais, exercendo-as como melhor convier”.²⁷⁶

Deste modo, sustenta-se que as decisões que repercutem apenas na esfera da própria pessoa não podem ser tomadas por um terceiro, ainda que seja o legislador, cabendo ao ordenamento garantir o espaço em que a pessoa possa desenvolver suas escolhas autônomas, sem esquecer-se de que toda liberdade decorre, direta e proporcionalmente, de uma responsabilidade.²⁷⁷

São espaços da vida privada que devem ser respeitados, que têm como limites os direitos de terceiros e os valores constitucionais, estando em cena a

²⁷³ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Direito De Família Mínimo: A possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no Direito de Família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.144.

²⁷⁴ XAVIER, Marília Pedrosa. *Contrato de namoro: amor líquido e direito de família mínimo*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 6.

²⁷⁵ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Direito De Família Mínimo: A possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no Direito de Família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.144.

²⁷⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 148.

²⁷⁷ MULTEDO, Renata Vilela. *Liberdade e família: limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais*. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 45.

autonomia da pessoa em relação à sua vida, ao seu projeto familiar que traz, por consequência, a ideia de escolha e responsabilidade.²⁷⁸

Há um crescimento nas relações contratuais no direito de família, que regulam relações patrimoniais em ambiente de intensa reverberação existencial, local onde afloram as manifestações mais recônditas da personalidade, em especial no que tange à intimidade e privacidade de seus membros, havendo a necessidade de padrões de comportamento ético rigorosos, sob pena de não haver tutela da pessoa e do seu desenvolvimento, que é o fim primordial das comunidades familiares.²⁷⁹

Ressalta-se que “[...] grande parte das relações de conteúdo patrimonial na seara familiar tem como finalidade última a promoção da dignidade da pessoa humana como fundamento na solidariedade familiar, tutelando suas necessidades morais e materiais.”²⁸⁰

Portanto, embora o artigo 226, *caput*, da Constituição Federal de 1988 disponha que “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”²⁸¹, a mencionada proteção não significa conceder ao Estado o monopólio da regulamentação da família, inserindo-se, pois, o direito de família no direito privado, e concedendo mais autonomia e liberdade aos componentes do grupo familiar.

As mencionadas considerações sobre o direito de família mínimo são importantes para a pesquisa, tendo em vista que o Estado escolheu um rol de herdeiros necessários e a ordem de vocação hereditária cogente, que não pode ser alterada, ainda que a realidade apresente familiares mais vulneráveis do que a lei rege e, que, inclusive, impede o testador de dispor de seus bens para esse familiar mais vulnerável.

Assim, passa-se ao estudo da escolha legislativa acerca do rol de herdeiros necessários e a ordem de vocação hereditária, que balizam a proteção da legítima e limitam a liberdade testamentária.

2.3.1 A Escolha do Rol de Herdeiros Necessários

²⁷⁸ MULTEDO, Renata Vilela. *Liberdade e família: limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais*. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 49.

²⁷⁹ TEPEDINO, Gustavo. Contratos em direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 476.

²⁸⁰ MULTEDO, Renata Vilela. *Liberdade e família: limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais*. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 53.

²⁸¹ BRASIL. *[Constituição (1988)]*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 28 abr. 2022.

A legislação civil brasileira traz dois tipos de herdeiros: o legítimo, que pode receber o patrimônio por força de lei, e o testamentário, que é beneficiado em razão da vontade expressa do autor da herança. Em outras palavras, o primeiro é o que se beneficia por conta da relação preferencial estabelecida legalmente das pessoas chamadas à sucessão do falecido, ao passo que o segundo é escolhido pelo próprio *de cuius*.

A ordem de vocação hereditária, em seu turno, é “[...] aquela em que ficam os sucessores colocados em relação ao sucessível e conforme a classe a que pertencem. É determinada pelo parentesco [...].”²⁸²

O Código Civil, em seu artigo 1.829, dispõe serem herdeiros legítimos os descendentes, ascendentes, o cônjuge sobrevivente e os colaterais até o quarto grau.²⁸³ Por sua vez, os herdeiros legítimos são divididos em necessários e facultativos. Faz-se a ressalva, contudo, de que o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou inconstitucional o artigo 1.790 do Código Civil, e onde se lê cônjuge se lerá também companheiro, como se verá adiante.

Originalmente, os herdeiros necessários são os descendentes, os ascendentes e o cônjuge²⁸⁴, enquanto os herdeiros facultativos são aqueles que não estão protegidos pela legítima, são os parentes colaterais até o quarto grau, quais sejam irmãos, tios, sobrinhos, primos, tios-avôs e sobrinhos-netos, que somente irão herdar caso não haja herdeiros necessários e que podem ser totalmente excluídos da herança por força de testamento.

No Brasil não existem herdeiros formalmente necessários, mas sim materialmente. Isso porque, ao contrário do que se tinha no antigo direito romano, em que o herdeiro necessário era formalizado por testamento, no sistema jurídico

²⁸² MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das Sucessões*. V.1. 4. ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1958, p. 134.

²⁸³ “Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.” BRASIL. Lei nº 10.046, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 31 mar. 2022.

²⁸⁴ “Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.” BRASIL. Lei nº 10.046, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 31 mar. 2022.

brasileiro isso não depende de qualquer pressuposto de vontade do *de cuius*, pois está previsto em lei e a própria deserdação há de ter causa. Caso tenha renunciado à herança, a vontade foi do próprio herdeiro.²⁸⁵

Além disso, “convém lembrar que o rol de herdeiros necessários, no atual Código, foi ampliado (em relação ao Código anterior) de modo a recepcionar, além de descendentes e de ascendentes, também o cônjuge sobrevivente do autor da herança [...]”, consoante artigo 1.845 da legislação vigente.²⁸⁶

Pontes de Miranda já havia criticado a confusa redação do art. 1.721²⁸⁷ do código anterior, sugerindo outra, mais clara e útil. O legislador do código em vigência, a partir da crítica do jurista, formulou o art. 1.846²⁸⁸, com redação ainda mais simplificada e, por isso, esclarecedora. Este dispositivo legal define o que é legítima dos herdeiros necessários, além de determinar a quem e quanto caberá a cada um dos herdeiros.²⁸⁹

Admite-se a privação da porção legítima dos herdeiros necessários somente nos casos de indignidade e deserdação, disciplinados nos artigos 1.814²⁹⁰,

²⁸⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. T. LV: sucessão em geral: sucessão legítima. Atualizado por: Giselda Hironaka e Paulo Lôbo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 259.

²⁸⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. T. LV: sucessão em geral: sucessão legítima. Atualizado por: Giselda Hironaka e Paulo Lôbo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 268.

²⁸⁷ “Art. 1.721. O testador que tiver descendente ou ascendente sucessível, não poderá dispor de mais da metade de seus bens; a outra pertencerá de pleno direito ao descendente e, em sua falta, ao ascendente, dos quais constitui a legítima, segundo o disposto neste Código (arts. 1.603 a 1.619 e 1.723).” BRASIL. Lei nº 3.071, de 1 de janeiro de 1916. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm. Acesso em: 28 abr. 2022.

²⁸⁸ “Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.” BRASIL. Lei nº 10.046, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 31 mar. 2022.

²⁸⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. T. LV: sucessão em geral: sucessão legítima. Atualizado por: Giselda Hironaka e Paulo Lôbo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 268.

²⁹⁰ “Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:

I - que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente;
II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro;
III - que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.” BRASIL. Lei nº 10.046, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 31 mar. 2022.

1.962²⁹¹ e 1.963²⁹² do Código Civil. Ou seja, apenas por força de atos praticados pelos próprios herdeiros necessários e expressamente previstos em lei que estes podem ser excluídos da sucessão, perdendo o direito da legítima.

No tocante ao companheiro, observa-se que a união estável nasce na sociedade isenta de formalismos, bem como a liberdade dos conviventes é maior, sendo reconhecida pelo Código Civil²⁹³, em seu artigo 1.723, como entidade familiar, quando configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça (STJ)²⁹⁴ elencou 16 teses versadas sobre a união estável, dentre as quais “2) A coabitação não é elemento indispensável à caracterização da união estável.”, “4) Não é possível o reconhecimento de uniões estáveis simultâneas.” e “13) Comprovada a existência de união homoafetiva, é de se reconhecer o direito do companheiro sobrevivente à meação dos bens adquiridos a título oneroso ao longo do relacionamento.”.

Pietro Perlingieri²⁹⁵ sustenta que o legislador deve evitar intervir na família não fundada no casamento, uma vez que sua concepção exige liberdade em relação a um enfoque que geralmente configura vínculos que não são necessários para uma convivência correta normal e civil para os direitos da pessoa e para as liberdades individuais.

²⁹¹ “Art. 1.962. Além das causas mencionadas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes:

I - ofensa física;

II - injúria grave;

III - relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto;

IV - desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade.” BRASIL. Lei nº 10.046, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 31 mar. 2022.

²⁹² “Art. 1.963. Além das causas enumeradas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos ascendentes pelos descendentes:

I - ofensa física;

II - injúria grave;

III - relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou o da neta;

IV - desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade.” BRASIL. Lei nº 10.046, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 31 mar. 2022.

²⁹³ BRASIL. Lei nº 10.046, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 31 mar. 2022.

²⁹⁴ STJ. *Jurisprudências em Teses*. Edição n. 50, publicado em 11 fev. 2016. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>. Acesso em: 12 nov. 2021, *online*.

²⁹⁵ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 990.

No entanto, o Código Civil brasileiro, em seu artigo 1.790²⁹⁶, prevê que o(a) companheiro(a) participará da sucessão do outro no tocante aos bens adquiridos onerosamente da vigência da união estável, observando determinadas condições que diferenciavam a sucessão do cônjuge e do companheiro.

Destaca-se, portanto, o Recurso Extraordinário 646.721, Rio Grande do Sul, com repercussão geral, o qual discutiu o direito sucessório de companheiro supérstite em regime de união estável socioafetiva, havendo recurso do acórdão que concluiu pela sucessão nos moldes do artigo 1.790, inciso III, do Código Civil, ou seja, tendo direito a um terço da herança por concorrer com outros parentes suscetíveis, enquanto o companheiro havia requerido metade, em conformidade com o artigo 1.837 do mesmo diploma legal, que é aplicado para os cônjuges.

Por sua vez, no Recurso Extraordinário 878.694, Minas Gerais, a companheira supérstite requereu a totalidade da herança deixada pelo companheiro falecido – excluindo-se da sucessão os irmãos do de *cujus* –, e a concessão do direito real de habitação bem como a indenização de seguro de vida, sendo concedidos tais pedidos em primeiro grau, com a sentença fundamentada na configuração de retrocesso ilegítimo ao tratamento sucessório do companheiro pelo Código Civil/2002. Contudo, um dos irmãos interpôs apelação, havendo o reconhecimento de controvérsia constitucional pelo Tribunal do Estado.

Assim, em 10 de maio de 2017, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou o RE 646.721/RS²⁹⁷ em conjunto com o RE 878.694/MG²⁹⁸, entendendo ilegítima a desequiparação, para fins sucessórios, dos cônjuges e dos companheiros – ou seja, distinguir o tratamento da família formada pelo casamento e a formada por

²⁹⁶ “Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.” BRASIL. Lei nº 10.046, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 31 mar. 2022.

²⁹⁷ STF. *Recurso Extraordinário nº 646.721/RS*. Relator: Marco Aurélio. Relator para Acórdão: Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2017, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-204. Divulgado em 08/09/2017. Publicado em 11-09-2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur373165/false>. Acesso em: 11 nov. 2021, *online*.

²⁹⁸ STF. *Recurso Extraordinário nº 878694/MG*. Relator: Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2017, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-021. Divulgado em 05/02/2018. Publicado em 06/02/2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4744004>. Acesso em: 17 nov. 2021, *online*.

união estável – pois esta hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988.

Desse modo, o STF afirmou, em repercussão geral, a tese: “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002”²⁹⁹, tanto para o tema 498 (do RE do Rio Grande do Sul) quanto para o tema 809 (do RE de Minas Gerais).

Esclarece-se, ainda, que com o objetivo de evitar insegurança jurídica, o STF modulou os efeitos da decisão para aplicá-la apenas aos processos em andamento, excluindo aqueles já transitados em julgado e as partilhas extrajudiciais já concluídas, aplicando-se, assim, a partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública.

Assim, surgiu a dúvida se o companheiro está ou não no rol dos herdeiros necessários. Segundo doutrina dominante, houve a equiparação do companheiro como herdeiro necessário.

Nesse sentido, Ana Luiza Maia Nevares defende que, em consequência da afirmação do STF de que o regime sucessório deve o mesmo entre cônjuge e companheiro, “automaticamente está dizendo que, se um é herdeiro necessário, o outro também é [...] Se é inconstitucional tratar eles (cônjuge e companheiro) de forma diversa, então ambos têm que ter os mesmos direitos sucessórios”³⁰⁰.

Ademais, existem decisões do Superior Tribunal de Justiça, posteriores ao julgamento da inconstitucionalidade do art. 1.790, do Código Civil pelo STF, no sentido de se caminhar para o reconhecimento do companheiro como herdeiro necessário³⁰¹.

Para Flávio Tartuce, pela decisão do Supremo Tribunal Federal entende-se que houve uma “*equiparação sucessória* das duas entidades familiares, incluindo-se a afirmação de ser o companheiro herdeiro necessário. Porém, ao

²⁹⁹ STF. *Recurso Extraordinário nº 646.721/RS*. Relator: Marco Aurélio. Relator para Acórdão: Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2017, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-204. Divulgado em 08/09/2017. Publicado em 11-09-2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur373165/false>. Acesso em: 11 nov. 2021, *online*.

³⁰⁰ EQUIPARAÇÃO de cônjuge e companheiro na sucessão ainda gera polêmica e promove o debate. *IBDFAM*, 14 nov. 2018. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/6813>. Acesso em: 28 abr. 2022.

³⁰¹ Ver: STJ, *REsp. 1.337.420/RS*, 4ª Turma, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Data de Julgamento: 22/8/2017. STJ, *REsp. n. 1.357.117/MG*, Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, Data de Julgamento: 13/3/2018.

contrário do que defendem alguns, não se trata de uma *equiparação total* que atinge todos os fins jurídicos³⁰², uma vez que a equiparação recai apenas no plano sucessório, não se objetivando mitigar o instituto da união estável, que tem os seus pressupostos de existência formal mantidos.

Giselda Hironaka defende que a declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.790 reforça a posição jurídica do companheiro, “[...] ladeando, *in totum*, a do cônjuge, particularmente como herdeiro necessário, apesar do silêncio do artigo 1.845” e ainda afirma ser este o entendimento do STJ e tribunais estaduais, embora exista divergência quanto ao reconhecimento do companheiro como herdeiro necessário.³⁰³

Quanto às divergências, Luciana e Marília Pedroso Xavier entendem que é necessário um novo julgamento, pois a posição do companheiro como herdeiro necessário não foi discutida em nenhum momento de forma clara, aberta e central: “a análise do acórdão revela que o Supremo Tribunal Federal não se desonerou do ônus constitucional de fundamentação a ponto de permitir um verdadeiro salto para alcançar tais consequências jurídicas.”³⁰⁴

Por sua vez, Mario Luiz Delgado sustenta que o companheiro não se tornou herdeiro necessário, uma vez que inexiste menção expressa no artigo 1.845 do companheiro, bem como o STF não proclamou a inconstitucionalidade daquele dispositivo, presumindo sua validade e higidez. Portanto, conclui não ostentar o companheiro sobrevivente a qualidade de “herdeiro necessário”, o que coaduna com os anseios e expectativas sociais, em um cenário de evidente contestação à própria sucessão legitimária.³⁰⁵

No mesmo sentido é o posicionamento de Valério Mazzuoli, que afirma que a liberdade testamentária de conviventes em união estável não possui qualquer restrição na figura do companheiro, tendo em vista que não se equipara ao cônjuge para efeitos de herança necessária. Isso porque o Estado não poderia, por

³⁰² TARTUCE, Flávio. O companheiro como herdeiro necessário. *Migalhas*, 25 jul. 2018, Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/284319/o-companheiro-como-herdeiro-necessario>. Acesso em: 11 nov. 2021, grifo do autor.

³⁰³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Cônjuge e companheiro são herdeiros necessários? In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; NEVARES, Ana Luiza Maia (Coord.). *Direito das sucessões: Problemas e tendências*. Indaiatuba: Foco, 2022, *E-book*, n.p.

³⁰⁴ XAVIER, Luciana Pedroso; XAVIER, Marília Pedroso. O planejamento sucessório colocado em xeque: afinal, o companheiro é herdeiro necessário? In: TEIXEIRA, Daniela Chaves (Coord.). *Arquitetura do Planejamento Sucessório*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 248.

³⁰⁵ DELGADO, Mario Luiz. O cônjuge e o companheiro como herdeiros necessários. *Revista Jurídica Luso-Brasileira – RJLB*, Lisboa, Ano 4, nº 5, p.1253-1283. 2018.

meio do Judiciário, interferir na autonomia privada dos conviventes, que não pretenderam submeter-se às formalidades do matrimônio para a sua união, pois tal é subversivo dos princípios constitucionais, sobretudo relativos à liberdade.³⁰⁶

Vencidas tais considerações, observa-se que o legislador optou por herdeiros necessários aqueles familiares mais próximos do autor da herança, com fins de solidariedade familiar, bem como observando que muitas vezes, ainda que em testamento, o *de cuius* possivelmente escolheria tais pessoas para lhe suceder.

Deve-se observar que toda a estrutura do direito sucessório brasileiro não sofreu grandes alterações a fim de acompanhar as mudanças vivenciadas pela sociedade, estando defasado e, em determinadas hipóteses, não permitindo que o autor da herança tenha liberdade de beneficiar quem lhe aprouver, especialmente pessoas mais vulneráveis, que não estão elencados no rol de herdeiros necessários, ou não possuem preferência na ordem de vocação hereditária, podendo dispor livremente de apenas metade de seus bens.

Ocorre que, a partir do desenvolvimento das ciências, principalmente da medicina e da higiene da população, a média da duração de vida aumentou consideravelmente, ocorrendo a sucessão hereditária, na maioria das vezes, quando os descendentes do autor da herança já estão adultos e independentes, não sendo, neste caso, a herança um mecanismo indispensável de proteção familiar como o era no passado.

Assim, em uma primeira análise, a escolha legislativa dos herdeiros necessários e da ordem de vocação hereditária que regulam o instituto da legítima não aparenta estar adequada atualmente, de modo que a ingerência estatal que limita a liberdade testamentária do testador merece ser repensada, o que ocorrerá no próximo capítulo.

³⁰⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Liberdade Testamentária de Conviventes em União Estável, à Luz do Código Civil e de Decisões do STF. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*, Nº 45, Nov./Dez. 2021, p. 29-41.

3 ATUAL REGULAMENTAÇÃO DA LEGÍTIMA NO BRASIL: (DES)NECESSÁRIA REFORMULAÇÃO

Conforme visto nos capítulos anteriores, percebe-se que, embora a sociedade tenha passado por muitas mudanças no decorrer dos séculos, o direito das sucessões no Brasil não teve alterações significativas.

O testamento, considerado negócio jurídico que manifesta a última vontade do autor da herança, em especial na distribuição de seus bens para momento posterior ao seu falecimento – mas não apenas isso, já que possui uma variedade de conteúdos possíveis, não estando restrito ao caráter patrimonial –, é instrumento de liberdade.

É por meio do testamento que a pessoa dispõe sobre seus interesses *post-mortem* – sejam eles patrimoniais ou não. Além disso, o testamento deve conter uma função promocional – ou seja, promover as pessoas envolvidas na sucessão e nesse negócio jurídico, olhando além das questões patrimoniais, como pede a constitucionalização do direito civil e a sua despatrimonialização.

Contudo, a legislação brasileira mitiga essa liberdade quando o autor da herança possuir herdeiros necessários, com a chamada reserva legítima, ou simplesmente legítima, que se caracteriza pela quota de metade dos bens, ou seja, caso o *de cuius* tenha herdeiro necessário, poderá dispor em testamento apenas da metade disponível de seus bens, sendo assegurada a outra metade (legítima) para os herdeiros necessários, obrigatoriamente.

A legislação brasileira manteve a quota legítima na metade dos bens desde 1907, com o Decreto nº 1.839, ou seja, início do século XX, quando a sociedade brasileira era patriarcal e matrimonial – apenas a família fundada do matrimônio era reconhecida perante a lei, havendo distinção entre os filhos tidos fora do casamento, entre outras questões.

Assim, com o objetivo de investigar a regulamentação da legítima no ordenamento jurídico brasileiro e sua intangibilidade, tendo em contrapartida a liberdade testamentária e como escopo a função promocional do testamento, recorre-se ao estudo da herança e da propriedade, fundamentais ao direito sucessório, e tão caro à legítima, que protege patrimonialmente os herdeiros necessários com a herança forçada do *de cuius*.

3.1 DO DIREITO À HERANÇA E DA PROPRIEDADE

A fundamentação da sucessão primeiramente foi de ordem religiosa, tendo em vista a tomada do lugar do *de cuius* pelo herdeiro no culto doméstico, que recebia os bens tendo em vista que eram propriedade familiar (coletiva).

A propriedade corporificou a ideia de sucessão hereditária como um fator poderoso de perpetuidade da família, por meio do cumprimento do culto dos antepassados, traduzido nas cerimônias e sacrifícios em honra aos falecidos, não podendo adquiri-la sem o culto, nem esse sem a propriedade.³⁰⁷

Com a passagem da propriedade coletiva para a individual, a sucessão passou a ser fundamentada na continuidade patrimonial, desenvolvendo o princípio da primogenitura no período medieval, a fim de manter poderosa e rica a família e impedindo a divisão de fortuna.

O espírito da lei antiga era a conservação dos bens nas famílias e a perpetuidade das heranças. Contudo, pouco a pouco, a herança libertou-se da sacralidade e tornou-se, também, civil, de modo que razões econômicas e familiares deram a base ao novo direito sucessório.³⁰⁸

Por sua vez, os socialistas, ao negarem legitimidade à propriedade privada, tendo em vista que os bens pertenceriam ao Estado e a ele deveriam retornar para utilização em benefício de toda a comunidade, negam legitimidade à transmissão *causa mortis* de bens de produção e de consumo. Assim, a impossibilidade de se suceder continuava com o fundamento de propriedade, considerando que a sucessão era instrumento apto a concentrar e manter a propriedade nas mãos de famílias abastadas, como era na Idade Média, mas alterando-se seu titular, que passou a ser o Estado.³⁰⁹

Outra maneira de justificar direito sucessório é o alinhamento entre o direito de família ao direito de propriedade, de modo que o fundamento da transmissão

³⁰⁷ ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. *Elementos de Direito das Sucessões*: Exposição doutrinária do Livro IV da parte especial do Código Civil brasileiro. Rio de Janeiro: Oficinas Graphics do "Jornal do Brasil", 1918, p. 15.

³⁰⁸ ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. *Elementos de Direito das Sucessões*: Exposição doutrinária do Livro IV da parte especial do Código Civil brasileiro. Rio de Janeiro: Oficinas Graphics do "Jornal do Brasil", 1918, p. 15.

³⁰⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das sucessões: introdução In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord). *Direito das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 4.

mortis causa não estaria somente na continuidade patrimonial, mas no fator de proteção, coesão e de perpetuidade da família.³¹⁰

Percebe-se que fazia sentido buscar o fundamento da herança na vontade, sucedido sob a lógica oitocentista de se pensar o Direito Privado, considerando o voluntarismo existente como uma de suas características principais. Não é mais cabível, no entanto, manter desse modo atualmente, sob um paradigma neoconstitucionalista.³¹¹

Arthur Vasco Itabaiana de Oliveira conceitua herança como “patrimônio do *de cuius*, o conjunto dos direitos e obrigações que se transmitem ao herdeiro ou herdeiros”, e é considerada uma universalidade de direitos, existindo ainda que não haja objetos materiais que a componham.³¹²

Ou seja, o patrimônio deixado pelo falecido, representado por um conjunto de direitos reais e obrigacionais, ativos e passivos, é a herança que será transmitida para seus herdeiros.

A herança tem (a) função e (b) utilidade delimitadas: sua (a) função institucional está em dar a finalidade possível à interrupção causada pelo falecimento, revestindo e regulando por formas jurídicas a pretensão à continuidade, na vida social, das relações jurídicas da pessoa que faleceu. Assim, pode-se aludir a uma verdadeira “variante antropológica”, na medida em que a sucessão *mortis causa* é o instituto jurídico que acolhe a reação jurídico-social ao fenômeno da descontinuidade da existência humana.³¹³

Com relação à sua (b) utilidade, encontra-se em assegurar que os bens que integram o patrimônio de uma pessoa tenham um destino ordenado. Desse modo, certos centros de interesse patrimoniais criados à volta do autor da sucessão podem prosseguir sem demasiadas fraturas. Logo, diminuem-se, por via da continuidade das relações econômico-jurídicas, as vicissitudes da vida social

³¹⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das sucessões: introdução In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord). *Direito das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 4.

³¹¹ RIBEIRO, Raphael Rego Borges. Breves reflexões sobre os fundamentos da herança à luz da metodologia civil-constitucional. *Civilistica.com*, v. 11, n. 1, p. 1-32. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/720/608>. Acesso em: 29 maio 2022, p. 8.

³¹² ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. *Elementos de Direito das Sucessões*: Exposição doutrinária do Livro IV da parte especial do Código Civil brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Oficinas Graphicas do “Jornal do Brasil”, 1918, p. 22-23.

³¹³ MARTINS-COSTA, Judith. Art. 5º, XXX – é garantido o direito de herança. In: MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEONCY, Leo Ferreira; STRECK, Lenio Luiz. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. E-book, p. 1819.

permeada por credores, contratantes, proprietários e devedores, bem como por posições jurídicas assumidas por uma mesma pessoa, como, exemplificativamente, a posição de sócio de uma empresa. Caso o patrimônio desapareça com a morte do sujeito, os bens que o integram (direitos, coisas) permanecem, passando a compor o patrimônio de outrem. Herdam-se também as dívidas do *de cuius*, até o limite da herança: o instituto do “benefício de inventário” protege, conseqüentemente, os credores da extinção da obrigação.³¹⁴

Portanto, observa-se que, na busca de fundamentos do direito sucessório, a doutrina contemporânea não possui manifestação apenas do aventado voluntarismo, mas também a histórica tradição patrimonialista do Direito Civil continua tendo reflexos, especialmente quando considera a tradição patrimonialista como complemento ou suporte dos direitos reais e obrigacionais.³¹⁵

Francisco José Cahali reconhece que a análise do fenômeno hereditário depende da política legislativa de cada Estado, e afirma que, quando se prestigia a propriedade privada, inclusive em harmonia com o interesse social, “o direito sucessório encontra fundamento no próprio direito de propriedade.” A transmissão *causa mortis* é a decorrência lógica da propriedade, bem como caracterizada, dentre outros atributos, pela perpetuidade e estabilidade da relação jurídica formada; ou sob outro prisma, é o complemento do direito de propriedade, prolongando-se além da morte do seu titular.³¹⁶

O direito sucessório é o resultado da combinação harmônica de três elementos subjetivos do direito de propriedade aparentemente divergentes: (a) o elemento individual, que predomina na constituição da propriedade e, por essa razão, faz com que deva ser individual sua administração; (b) o elemento familiar, que coopera com os elementos da família para a criação ou aumento de valor em que a propriedade se concretiza; e (c) o elemento social, que constitui como organismo

³¹⁴ MARTINS-COSTA, Judith. Art. 5º, XXX – é garantido o direito de herança. In: MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEONCY, Leo Ferreira; STRECK, Lenio Luiz. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. *E-book*, p. 1819.

³¹⁵ RIBEIRO, Raphael Rego Borges. Breves reflexões sobre os fundamentos da herança à luz da metodologia civil-constitucional. *Civilistica.com*, v. 11, n. 1, p. 1-32. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/720/608>. Acesso em: 29 maio 2022, p. 8-9.

³¹⁶ CAHALI, Francisco José. Introdução ao direito das sucessões. In: CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Curso avançado de direito civil: direito das sucessões*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.27.

jurídico e coordenador de todos os órgãos da convivência humana, um fator coeficiente da propriedade, pelas garantias que lhe assegura.³¹⁷

Os mencionados elementos atuaram, no decorrer dos séculos, de modos distintos sobre a legislação de vários povos, predominando ora o elemento social e familiar (sucessão legítima), ora o individual (sucessão testamentária). Ocorre que os novos processos legislativos em matéria sucessória se manifestaram no sentido de nenhum dos três elementos absorver, por completo, os demais, apesar de ter existido tendências e soluções contraditórias.³¹⁸

Esclarece-se que há uma eficácia no plano hermenêutico, uma vez que o direito assegurado concretiza, *a priori*, aspectos dos princípios da autodeterminação pessoal – ao garantir ao particular o direito de planejar, ainda que com limitações, a sucessão nos seus bens, em razão da morte – e da solidariedade econômica familiar – ao reservar aos herdeiros necessários uma parte da herança, a legítima.³¹⁹

O direito à herança não se confunde com direito a suceder alguém, tendo em vista que antes da morte não há qualquer direito a suceder. Antes do falecimento, há mera expectativa de direito, mas não direito constituído ou direito expectativo, pois a sucessão não ocorreu, sendo apenas eventual. Se a lei, antes da abertura da sucessão, restringir a ordem de vocação hereditária, ou se um provável herdeiro falecer antes do *de cuius*, quem poderia ser herdeiro deixa de o ser.³²⁰

Como aventado no primeiro capítulo, o direito sucessório brasileiro passou a dar primazia à sucessão legítima, deixando em segundo plano a sucessão testamentária, ao contrário do que estava em vigor nos tempos das Ordenações do reino de Portugal.

Nesse sentido, a garantia do direito à herança inverte a primazia, “em vez do autor da herança, principalmente quando testador, e do respeito à sua vontade,

³¹⁷ ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. *Tratado de Direito das Sucessões*: Exposição doutrinária do Livro IV da parte especial do Código Civil brasileiro. V. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1936, p. 45.

³¹⁸ ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. *Tratado de Direito das Sucessões*: Exposição doutrinária do Livro IV da parte especial do Código Civil brasileiro. V. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1936, p. 45.

³¹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Art. 5º, XXX – é garantido o direito de herança. In: MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEONCY, Leo Ferreira; STRECK, Lenio Luiz. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. *E-book*, p. 1819.

³²⁰ LÔBO, Paulo. Direito constitucional à herança, saisine e liberdade de testar. In: IX CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. 2014. *Anais* [...]. Belo Horizonte: IBDFAM, 2014. p. 35-46. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/publicacoes/anais>. Acesso em: 28 abr. 2022, p. 36.

que era tida como norte de interpretação, a primazia passou para o herdeiro”, de tal sorte que o direito do herdeiro é o assegurado pela lei e não pela vontade do testador, não sendo mais o autor da herança o senhor do destino do herdeiro.³²¹

A Constituição Federal de 1988 inovou ao expressamente incluir a herança no rol de direitos fundamentais. Para Raphael Ribeiro, a fonte primária da sucessão *causa mortis* é o próprio texto constitucional, de modo que a herança é protegida pela intangibilidade das cláusulas péticas, bem como a herança da Constituição deve servir de parâmetro para a interpretação do direito sucessório codificado, e que o art. 5º, XXX tem duas ordens de titulares, quais sejam o sucedido e o sucessor: o primeiro tem o direito fundamental a deixar herança e o segundo o direito fundamental a receber herança.³²²

A Carta Magna criou uma intangibilidade à herança demarcada pela vedação ao Estado de abolir o instituto – pois revestiu com a fixidez da cláusula pétrea (art. 60, IV) – ou restringir excessivamente o direito sucessório, realizando, por exemplo, o confisco dos bens deixados por sucessão em virtude da morte.³²³

Por conseguinte, infere-se que o âmbito de proteção e o suporte fático do direito à sucessão são muito amplos, o que não implica a impossibilidade de sofrer restrições, desde que justificadas constitucionalmente, observada a função social.³²⁴

A garantia fundamental do direito à herança foi prevista expressamente somente na Constituição de 1988, inexistindo referência similar em Constituições anteriores. Contudo, não há consenso em relação ao sentido e ao alcance do enunciado constitucional, considerando que, para alguns, serve como vedação à apropriação pelo Estado dos bens do *de cuius*, enquanto, para outros, atua como garantia dos herdeiros que a lei indica como reservatários.³²⁵

³²¹ LÔBO, Paulo. Direito constitucional à herança, saisine e liberdade de testar. In. IX CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. 2014. *Anais* [...]. Belo Horizonte: IBDFAM, 2014. p. 35-46. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/publicacoes/anais>. Acesso em: 28 abr. 2022, p. 37.

³²² RIBEIRO, Raphael Rego Borges. A perspectiva objetiva do direito fundamental à herança. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 17, n. 1, p. 130-151, abr. 2022. DOI:10.5433/24157-108104-1.2022v17n1p.130, p. 148.

³²³ MARTINS-COSTA, Judith. Art. 5º, XXX – é garantido o direito de herança. In. MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEONCY, Leo Ferreira; STRECK, Lenio Luiz. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. *E-book*, p. 1819.

³²⁴ GOMES, Renata Raupp. *A função social da legítima no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 74.

³²⁵ SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio; ALMEIDA JÚNIOR, Vitor de Azevedo. Legítima e liberdade testamentária no direito civil contemporâneo: entre a autonomia e a solidariedade. *Pensar*, Fortaleza, v. 26, n. 2, p. 1-14, abr./jun. 2021. DOI: 10.5020/2317-2150.2021.11484, p. 7.

Parcela da doutrina alerta que o objetivo dessa garantia seria “impedir que a sucessão *mortis causa* seja suprimida do ordenamento jurídico, com a consequente apropriação pelo Estado dos bens do indivíduo, após a sua morte”³²⁶. Sob esse ponto de vista, os bens integrantes da herança deverão ser transmitidos aos sucessores do falecido, segundo as prescrições da legislação civil, e apenas diante da ausência de herdeiros legais e testamentários caberão ao ente público na qualidade de herança vacante, conforme artigo 1.820 do Código Civil.³²⁷

Defendendo outra corrente, sustenta-se que, apesar de não haver definição de quem seja herdeiro pela Constituição, o legislador infraconstitucional está “limitado ao fim social da norma [...], que é a proteção das pessoas físicas que tenham com o autor da herança relações estreitas de família ou de parentesco”³²⁸.

Os demais herdeiros, desse modo, teriam tutela “restritamente infraconstitucional e desde que não afetem a preferência atribuída pela Constituição aos qualificados como herdeiros”, defendendo, portanto, a ocorrência da inversão da primazia da sucessão testamentária, exposta anteriormente, uma vez que o “direito do herdeiro é assegurado pela lei e não pela vontade do testador”³²⁹

Assim, há quem defenda que essa garantia constitucional constitui uma limitação à autonomia do titular de bens, que deles pode dispor em vida ou *mortis causa* – mediante testamento –, desde que respeite o direito à herança, vale dizer, a parte que a lei reserva para os herdeiros indicados, como Vanessa Souza e Vitor Almeida Junior³³⁰ e Paulo Lôbo³³¹.

Tendo em vista as dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais e sendo o direito à herança um direito fundamental, ele faz parte de uma ordem de valores objetivos da sociedade. Portanto, para além de dizer respeito aos

³²⁶ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento: tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 8.

³²⁷ SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio; ALMEIDA JÚNIOR, Vitor de Azevedo. Legítima e liberdade testamentária no direito civil contemporâneo: entre a autonomia e a solidariedade. *Pensar*, Fortaleza, v. 26, n. 2, p. 1-14, abr./jun. 2021. DOI: 10.5020/2317-2150.2021.11484, p. 7.

³²⁸ LÔBO, Paulo. *Direito civil: sucessões*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. *Ebook*, p. 60.

³²⁹ LÔBO, Paulo. Direito constitucional à herança, saisine e liberdade de testar. In. IX CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. 2014. *Anais* [...]. Belo Horizonte: IBDFAM, 2014. p. 35-46. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/publicacoes/anais>. Acesso em: 28 abr. 2022, p. 37.

³³⁰ SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio; ALMEIDA JÚNIOR, Vitor de Azevedo. Legítima e liberdade testamentária no direito civil contemporâneo: entre a autonomia e a solidariedade. *Pensar*, Fortaleza, v. 26, n. 2, p. 1-14, abr./jun. 2021. DOI: 10.5020/2317-2150.2021.11484, p. 7.

³³¹ LÔBO, Paulo. Direito constitucional à herança, saisine e liberdade de testar. In. IX CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. 2014. *Anais* [...]. Belo Horizonte: IBDFAM, 2014. p. 35-46. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/publicacoes/anais>. Acesso em: 28 abr. 2022, p. 45.

interesses individuais dos sujeitos do fenômeno sucessório – autor da herança e sucessor –, o art. 5º, XXX, tutela interesses de toda a coletividade, de natureza familiar, social e política.³³²

Frisa-se: a função da herança não pode ser reduzida à tutela dos interesses dos sujeitos diretamente envolvidos no fenômeno hereditário, em especial do sucessor.

Segundo Jens Beckert, que realizou pesquisa sobre os discursos sobre herança e o desenvolvimento do direito sucessório na Alemanha, Estados Unidos e França, há quatro esferas que dominam os debates sobre o fenômeno da sucessão e a interação destas esferas influencia no desenvolvimento institucional do direito sucessório em cada país. São elas: (a) seus efeitos em relação à família; (b) seus efeitos econômicos; (c) sua relação com os valores sociais; e (d) suas consequências políticas.³³³

Deste modo, a solidariedade familiar, a formação da identidade e os conflitos familiares suscitados por disputas sucessórias ganham destaque na primeira esfera, enquanto, na segunda, ressalta-se a importância da acumulação intergeracional de patrimônio para a formação do capital assim como o do impacto negativo da concentração de riqueza. Quanto à terceira esfera, o autor relaciona o confronto entre os valores de igualdade e liberdade, e também a perpetuação da distribuição da riqueza e os consequentes impactos nas oportunidades individuais. Por último, sobre a interferência da herança na política, Jens Beckert trata das discussões sobre como a concentração de riqueza pode tornar o poder econômico uma ameaça à democracia pluralista.³³⁴

Imperioso esclarecer que existem propostas de reformulação da estrutura da legítima que, todavia, são funcionalmente incompatíveis com o modelo constitucional por desconsiderar a proteção constitucional à herança e à propriedade privada, como aquelas que defendem a transmissão do patrimônio para o Estado.

³³² RIBEIRO, Raphael Rego Borges. A perspectiva objetiva do direito fundamental à herança. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 17, n. 1, p. 130-151, abr. 2022. DOI:10.5433/24157-108104-1.2022v17n1p.130, p. 148.

³³³ BECKERT, Jens. The longue durée of inheritance law: discourses and institutional development in France, Germany, and the United States since 1800. *European Journal of Sociology*, Cambridge, v. 48, n. 1, p. 79-120, 2007, p. 83.

³³⁴ BECKERT, Jens. The longue durée of inheritance law: discourses and institutional development in France, Germany, and the United States since 1800. *European Journal of Sociology*, Cambridge, v. 48, n. 1, p. 79-120, 2007, p. 84-86.

É possível citar, a título exemplificativo, a proposta de Marcos Catalan que, motivado contra a concentração de riqueza frente à situação de miserabilidade de milhões de pessoas no Brasil, afirma que a solução seria “implodir as balizas burguesas de sustentação do direito civil”, alocando os bens que comporiam a legítima em um “[...] fundo de erradicação da pobreza e redução das desigualdades a ser gerido pela iniciativa privada e fiscalizado pelo poder público”.³³⁵

Embora a Constituição tenha elencado a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a diminuição das desigualdades sociais como um objetivo da República em seu artigo 3º, inciso III³³⁶, a Carta Magna elegeu o direito à herança como garantia fundamental em seu artigo 5º, inciso XXX³³⁷, sendo vedada a apropriação pelo Estado dos bens das pessoas após seu falecimento.

Nesse sentido é o posicionamento de Anderson Schreiber, que ainda aponta que tal garantia constitucional “[...] parece exprimir o sentimento da sociedade brasileira, cada vez menos convicta da capacidade do Estado de concretizar a justiça distributiva, a qual passa a ser buscada por outros caminhos.”³³⁸

De outro lado, embora o direito à herança seja uma garantia fundamental, como dito, a Constituição Federal não estabelece quem é seu destinatário nem a quantia que o herdeiro deve receber, uma vez que é o Código Civil que determina essas regras, de tal modo que seria possível revisar o instituto da legítima sem haver inconstitucionalidade.

Esse posicionamento é defendido Rolf Madaleno, que explica que, por exemplo, a Galícia e Catalunha alteraram os fundamentos da legítima, tendo em vista

³³⁵ CATALAN, Marcos. Direito das Sucessões: Por que e para quem? Reflexões a partir da realidade brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil (RTDC)*, Rio de Janeiro, v. 44, ano 11, p. 135-147, out./dez. 2010, p. 145.

³³⁶ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;” BRASIL. *[Constituição (1988)]*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 28 abr. 2022.

³³⁷ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXX - é garantido o direito de herança;” BRASIL. *[Constituição (1988)]*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 28 abr. 2022.

³³⁸ SCHREIBER, Anderson; VIEGAS, Francisco de Assis. Por uma releitura funcional da legítima no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 19, ano 6, p. 211-250, abr./jun. 2019, p. 228.

o defensável argumento de que a sociedade vem evoluindo juntamente com o argumento da expectativa de vida das pessoas, aliado ao aumento significativo das famílias reconstituídas e um sem-número de câmbios econômicos. Tal mudança, segundo o autor, deve-se justamente ao fato do reconhecimento do direito à herança pela Constituição, mas que é o Código Civil que determina as regras sucessórias, assim como a reserva da legítima aos herdeiros necessários, e estipula quem elenca tal rol.³³⁹

Contrária a essa tese encontra-se a professora Renata Raupp Gomes, que sustenta a manutenção do instituto da legítima, pois se trata de uma “[...] autêntica restrição ao direito de propriedade, porquanto reflete limitação justificada constitucionalmente e não apenas na norma jusfundamental asseguradora da herança, mas, sobretudo, nos princípios orientadores do paradigma familiar [...]” da Constituição Federal de 1988.³⁴⁰

Cita-se, também, o posicionamento de Paulo Lôbo, afirmando que a restrição do testador em metade dos bens quando houver herdeiros necessários “Decorre do sistema jurídico brasileiro atual, ante a garantia constitucional do direito à herança (CF, art. 5º, XXX) e a nítida opção do Código Civil de proteção dos herdeiros necessários [...]”.³⁴¹

Porém, tal corrente não se sustenta, tendo em vista que, conforme aventado anteriormente, o direito fundamental à herança, protegido por cláusula pétrea, não se refere a ordem de vocação hereditária da lei civil, mas, sim, busca impedir que a sucessão *mortis causa* seja suprimida do ordenamento jurídico, com a consequente apropriação pelo Estado dos bens da pessoa, após a seu falecimento.

Assim, concorda-se com o posicionamento de Rolf Madaleno, ou seja, a modificação da forma como a legítima é preceituada no Código Civil pode ser alterada, sem cair em inconstitucionalidade, desde que existam fundamentos aptos a justificar esta alteração.

Por fim, não se sustenta, também, a corrente defensora da liberdade irrestrita de testar, uma vez que pode haver casos de abuso de direito, além de

³³⁹ MADALENO, Rolf. O fim da legítima. *Revista IBDFAM: família e sucessões*, Belo Horizonte, v. 16, p. 31-72, jul./ago., 2016, p. 55.

³⁴⁰ GOMES, Renata Raupp. *A função social da legítima no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 138.

³⁴¹ LÔBO, Paulo. Direito constitucional à herança, saisine e liberdade de testar. In. IX CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. 2014. *Anais [...]*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2014. p. 35-46. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/publicacoes/anais>. Acesso em: 28 abr. 2022, p. 45.

priorizar o elemento individual, motivo pelo qual a lei deve interferir a fim de resguardar os direitos de quem, por exemplo, depende do autor da herança, uma vez que, conforme artigo 226 da Constituição, o Estado deve proteger a família.

Nesse sentido é o posicionamento de Carlos e Adriana Maluf, os quais afirmam que “outorgar ao indivíduo plena liberdade de testar seria conferir preeminência ao elemento individual, em detrimento do social, podendo prevalecer em alguns casos o abuso de direito.”³⁴²

Ademais, sopesando o embate existente entre herança necessária e propriedade, entre a autonomia do testador e solidariedade familiar, investigar-se-á no próximo tópico se há fundamentos necessários para a modificação da herança necessária, ou se deve manter a legítima em seus atuais contornos diante da legalidade constitucional.

3.2 A LEGÍTIMA NA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL: AUTONOMIA OU SOLIDARIEDADE

O Direito Civil tem se mostrado mais voltado à pessoa em concreto e não apenas ao sujeito em abstrato, sendo a expressão de um ordenamento caracterizado pela centralidade da legalidade baseada nos valores fundamentais da Constituição.

Na legalidade constitucional, a pessoa encontra-se como valor e encontram-se as formações sociais onde ela é chamada a realizar o seu pleno e livre desenvolvimento; o mercado e a organização estatal assumem um papel serviente. Não deve prevalecer o interesse superior do Estado, ou o interesse superior do mercado e da produção, mas o primado da pessoa. Desse modo, as situações patrimoniais são axiologicamente condicionadas pelo respeito dos direitos inalienáveis da pessoa e da solidariedade entre as pessoas.³⁴³

As relações sucessórias devem ser analisadas e compreendidas sob a ótica existencial, funcionalizada e promocional, para não haver flagrante inversão hermenêutica. Ocorre, entretanto, que a prática forense tem demonstrado que a

³⁴² MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito das sucessões*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 112.

³⁴³ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, n.p.

avalanche de transformações perpetradas nos demais institutos de direito privado não espalhou no direito das sucessões.³⁴⁴

Assim, é necessário observar se a fundamentação atual da legítima está de acordo com a legalidade constitucional, tendo como foco as pessoas envolvidas no direito sucessório, ou se há necessidade de sua reformulação.

Quanto ao fundamento da legítima, Enrique Martinez Paz aponta que poderia ser citado como algo que tem um significado universal, uma “dívida natural”, alheia ao direito hereditário, mas se traduz em uma pensão alimentícia amplamente exercida. Sob esse fundamento, leciona que embora o pai tenha o controle absoluto de seus bens, deve aos filhos, conforme sua fortuna, uma quantidade deles, que seja suficiente para a sua manutenção. O próprio autor critica tal comparação com o dever de prestar alimentos, uma vez que a obrigação de sustento supõe que um parente é indigente, enquanto o legítimo não leva em conta o estado de fortuna do herdeiro.³⁴⁵

Ou, ainda, o fundamento da legítima poderia ser uma copropriedade entre os membros familiares, que se dissolve com a morte do pai. Nesse sentido, a porção legítima seria o resultado do reconhecimento do direito do filho sobre o patrimônio do pai que o próprio nascimento o fez adquirir. Porém o autor também discorda que esse seria um fundamento adequado.³⁴⁶

Pontes de Miranda aponta alguns fundamentos: (a) A primeira concepção foi fundamentar tal regra jurídica na compropriedade familiar (e.g., A. Boistel R. Troplong e A. Renouard); (b) a segunda se refere de ser a sucessão legítima continuação da dívida alimentar; (c) a terceira de ser um fideicomisso tácito; (d) outros juristas tratam a regra como a vontade presumida do falecido; (e) na França a discussão foi intensa, havendo os posicionamentos de que (e.1) recusa da porção necessária aos colaterais pela falta de habitação em comum; (e.2) seria devida, na linha reta, a quota, pelo dever que têm os pais de prover ao estabelecimento dos filhos, (e.3) seria título sagrado à posse dos bens, e de relações sagradas; (e.4) invoca-se a lei natural.³⁴⁷

³⁴⁴ OTERO, Marcelo Truzzi. Releitura do direito sucessório a partir da perspectiva existencial. *Revista Nacional do Direito de Família e Sucessões*, Porto Alegre: Magister, v. 3, p. 5-15, nov./dez. 2014, p. 8.

³⁴⁵ PAZ, Enrique Martinez. *Introducción al Derecho de la Sucesión Hereditaria*. Buenos Aires: Tipográfica Argentina, 1953, p. 308.

³⁴⁶ PAZ, Enrique Martinez. *Introducción al Derecho de la Sucesión Hereditaria*. Buenos Aires: Tipográfica Argentina, 1953, p. 308-309.

³⁴⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. T. LV: sucessão em geral: sucessão legítima. Atualizado por: Giselda Hironaka e Paulo Lôbo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 260-261.

Ao longo do século XIX, as doutrinas do voluntarismo jurídico tentaram contornar a restrição representada pela legítima à liberdade de disposição patrimonial do autor da herança mediante a atribuição de seu fundamento a uma “vontade presumida” do *de cuius*. Isso porque, ao atrelar a restrição da liberdade do testador com a sua própria vontade – ainda que presumida – disfarçava-se o conflito entre liberdade individual e imperatividade da lei no campo da disposição patrimonial *causa mortis* em tempos de liberalismo.³⁴⁸

A vontade presumida dava uma nova e criativa explicação para a antiquíssima orientação sob a qual os bens e o culto de cada família deviam manter-se unidos, valorizando a família como entidade abstrata, protegida por si só e independentemente de considerações sobre as concretas relações familiares do *de cuius*.³⁴⁹

Nesse sentido é a conceituação de sucessão legítima para Carlos Maximiliano, lecionando que a lei defere a sucessão legítima para “[...] atender ao vínculo familiar e a vontade presumida do defunto” na falta de disposição expressa e válida do falecido. Tem sua gênese na preocupação social com a unidade e a solidariedade da família: “[...] o direito de suceder prolonga-se até onde se estende a consciência daquela unidade e presunção da existência de solidariedade.”³⁵⁰

Arthur Vasco Itabaiana de Oliveira expõe que a sucessão testamentária é considerada como uma grande emanção do direito de personalidade, enquanto a sucessão legítima justifica-se pelos laços familiares.³⁵¹ O autor também compartilha da tese citada anteriormente de presunção da vontade de falecido, afirmando que “o fundamento desta instituição reside nos vínculos de sangue que fazem presumir qual seria a vontade do *de cuius* se tivesse disposto de seus bens,

³⁴⁸ SCHREIBER, Anderson; VIEGAS, Francisco de Assis. Por uma releitura funcional da legítima no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 19, ano 6, p. 211-250, abr./jun. 2019, p. 223.

³⁴⁹ SCHREIBER, Anderson; VIEGAS, Francisco de Assis. Por uma releitura funcional da legítima no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 19, ano 6, p. 211-250, abr./jun. 2019, p. 223.

³⁵⁰ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das Sucessões*. V.1. 4. ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1958, p. 132.

³⁵¹ ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. *Elementos de Direito das Sucessões*: Exposição doutrinária do Livro IV da parte especial do Código Civil brasileiro. Rio de Janeiro: Oficinas Graphics do “Jornal do Brasil”, 1918, p. 18.

pela afeição e amor que se deve supor [...] e em que se funda a vontade de beneficiar [...]”.³⁵²

Segundo Lawrence M. Friedman, “as leis do intestato podem até ser analisadas como uma extensão do princípio da livre disposição dos bens por morte.”, considerando que elas “[...] podem ser vistas como reconhecimento empírico do fato de que a maioria das pessoas escolhe parentes próximos como herdeiros;”. O autor ainda afirma que a pessoa que morre sem testamento pode estar adotando voluntariamente o plano estatutário e poupando-se de problemas e honorários advocatícios.³⁵³

Se considerar o fundamento da sucessão legítima como a vontade presumida do testador, todo o fenômeno sucessório é reconduzido à vontade do autor da herança – seja a real na sucessão testamentária, ou presumida, quando na sucessão legítima – com premissas altamente individualistas, que compreendem a vontade individual como a causa dos efeitos jurídicos das relações privadas, cabendo à legislação apenas o dever de reconhecê-la e tutelá-la.³⁵⁴

Boa parte das posições tradicionalmente sustentadas por diversos autores contemporâneos ainda se relacionam, em alguma medida, a algum dos eixos citados acima, como a concepção de que a legítima é expressão da vontade presumida do autor da herança, relacionando essa vontade à proteção dos “parentes mais chegados, revelando a mínima relação que ainda há entre os fundamentos contemporâneos da legítima e sua origem na hereditariedade dos antigos, fundada no culto religioso e na propriedade natural da família como ente autônomo, sem vinculação com as pessoas de carne e osso que a integram.”³⁵⁵

Esse é o posicionamento de Renata Raupp Gomes que, ao sustentar a manutenção da legítima em seus contornos atuais, expõe que é na presunção de

³⁵² ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. *Elementos de Direito das Sucessões*: Exposição doutrinária do Livro IV da parte especial do Código Civil brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Oficinas Graphics do “Jornal do Brasil”, 1918, p. 217.

³⁵³ FRIEDMAN, Lawrence M. The Law of the Living, the Law of the Dead: Property, Succession, and Society. *Wisconsin Law Review*, Madison: University of Wisconsin Law School, v. 340, p. 340-378. 1966, p. 355. Tradução livre de: “The intestacy laws can even be analyzed as an extension of the principle of free disposition of property at death. These laws can be looked upon as empirical recognition of the fact that most people choose close relatives as heirs.”

³⁵⁴ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento*: tendências do direito sucessório. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 99-100.

³⁵⁵ SCHREIBER, Anderson; VIEGAS, Francisco de Assis. Por uma releitura funcional da legítima no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 19, ano 6, p. 211-250, abr./jun. 2019, p. 219-220.

afeto, de interdependência (não necessariamente econômica) que o fundamento para a ordem de vocação hereditária e para a proteção dos herdeiros necessários mediante uma reserva patrimonial é encontrado. Isso porque, segundo a autora, a sucessão necessária fundar-se-ia na noção existencial de realização dos afetos, dos cuidados que pautam ou deveriam pautar as relações entre ascendente e descendente e, acima de tudo, na valorização da família como ente coletivo de extrema importância para a sociedade.³⁵⁶

Nesse cenário, tais valores realizariam, para além da questão material, os elementos da transcendência e da comunhão no âmbito da personalidade humana, ligando os herdeiros necessários, sejam eles biológicos ou não, por laços que desvelariam noções de importância, pertencimento e perpetuidade, sinalizando a existência de algo maior que a pessoa sucedida, uma conexão umbilical e transcendente desses parentes, ao passo que nos ancestrais estaria a memória do passado e, na descendência, a esperança do futuro.³⁵⁷

Ou seja, a legítima com seus contornos atuais na legislação vigente, ainda que reproduzindo o direito sucessório do século passado, é considerada uma autêntica restrição ao direito de propriedade, haja vista a proteção patrimonial da família, em razão da presunção de afeto e interdependência entre os entes familiares.

Ao lado da autora contemporânea, também há, na doutrina clássica, quem a defenda. De acordo com Carlos Maximiliano, é justa a herança forçada entre pais e filhos, pois, “o fato da geração leva consigo a responsabilidade genésica”, de modo que aquele que “põe no mundo um ente, está obrigado a velar pelo seu futuro, pela sua felicidade; a ninguém assiste o direito de aumentar voluntariamente o número dos revoltados.”³⁵⁸

O direito sucessório é composto por três elementos: individual, familiar e social. Preferencialmente, consulta ao primeiro a liberdade plena de testar, porém, o impulso individualista abrandar-se e modifica-se pela ação do meio familiar e

³⁵⁶ GOMES, Renata Raupp. *A função social da legítima no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 119-120.

³⁵⁷ GOMES, Renata Raupp. *A função social da legítima no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 120.

³⁵⁸ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das Sucessões*. V.1. 4. ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1958, p. 132.

social, de modo que, por consequência, o uso absoluto da prerrogativa ora em apreço constitui flagrante violação dos deveres de família.³⁵⁹

Por outro viés, grande parte da doutrina sustenta a necessidade de reformulação do instituto da legítima, considerando-a como violação à autonomia privada injustificada, como Anderson Schreiber, Giselda Hironaka e Rolf Madaleno.

O primeiro aponta que, atualmente, a legítima ainda representa instituto ancorado em uma concepção familiar eminentemente abstrata e estrutural, com bases de sustentação que não subsistem no Direito Civil contemporâneo. A reserva dos bens aos familiares sem qualquer distinção que não a das classes de herdeiros e graus de parentesco – com a divisão em proporções conduzidas por critérios abstratos e indiferentes às necessidades reais das pessoas que integram a família – aparenta estar totalmente deslocada do paradigma civil-constitucional, na medida em que privilegia a estrutura sobre a função, partindo da concepção da família como entidade merecedora de proteção em si mesma, ou em fatiamentos abstratos de parentesco, o que resulta na transmissão patrimonial que desconsidera a pessoa de seus membros.³⁶⁰

Simultaneamente, a relação de herdeiros necessários prevista em lei revela descompasso com a realidade contemporânea das famílias, caracterizada pela heterogeneidade e fluidez dos vínculos, o que, em última análise, põe em xeque a concepção corrente de que a família apenas ficaria resguardada por meio da sucessão necessária.³⁶¹ Giselda Hironaka corrobora com tal visão, afirmando que:

[...] não há como sustentar que pessoas plenamente capazes e independentes, a quem o falecido já não teria de pagar alimentos, deveriam ter qualquer direito ao patrimônio que o agora autor da herança amealhou durante a vida, mormente quando ele expressa que gostaria que esse patrimônio fosse direcionado a outras pessoas.³⁶²

³⁵⁹ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das Sucessões*. V.1. 4. ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1958, p. 346.

³⁶⁰ SCHREIBER, Anderson; VIEGAS, Francisco de Assis. Por uma releitura funcional da legítima no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 19, ano 6, p. 211-250, abr./jun. 2019, p. 225.

³⁶¹ SCHREIBER, Anderson; VIEGAS, Francisco de Assis. Por uma releitura funcional da legítima no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 19, ano 6, p. 211-250, abr./jun. 2019, p. 225.

³⁶² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os herdeiros legitimários no direito civil contemporâneo: ampliação da liberdade de testar e proteção dos vulneráveis. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coord.). *Autonomia Privada, Liberdade Existencial e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 499.

Assim também ocorre com a posição de Rolf Madaleno, o qual defende que o sistema da legítima responde a um direito arcaico e desatualizado frente à sua antiga função e que não mais atende às necessidades atuais de quem deixa a legítima e de quem dela realmente precisa. A vida dinâmica, mais extensa e a riqueza, conceitualmente reformulada, reclamam a revisão do referido sistema para a subsistência da família e para a consistência da produção da riqueza familiar.³⁶³

Na doutrina internacional, Enrique Paz sustenta que a legítima é prejudicial aos interesses econômicos e pode beneficiar parentes que não auxiliaram em nada aquisição do patrimônio ou mesmo que tenham verdadeiros laços afetivos com o falecido.³⁶⁴

Em contraposição, Renata Raupp Gomes sustenta que a Constituição de 1988 subverteu a clássica noção civilista de que a família, como instituição, seria por si só destinatária de proteção especial, conferindo-lhe proteção funcionalizada ao desenvolvimento livre e democrático das pessoas que a integram, com igual dignidade, e que isso não significa que a família como estrutura (instituição) tenha perdido sua importância, defendendo que a estrutura não pode ser desprezada, tendo o relevante papel de atuar na concretização das finalidades propostas constitucionalmente pelos princípios fundamentais.³⁶⁵

Assim, para a autora, a proteção funcionalizada à família não significa desprezo de sua estrutura, mas a premissa de que ela deve ser compatível com a realização das suas funções. A família, que passou a ser entendida em função do ser humano, deve buscar a promoção do pleno desenvolvimento de todos e de cada um dos integrantes do ente familiar, função essa que deve ser compatível com as noções de transcendência e comunhão, “[...] entendidas como a capacidade de reconhecer algo mais importante do que os interesses próprios e desejos pessoais, não raro sacrificados em função do grupo”.³⁶⁶

Importante questionamento é levantado por Marcos Catalan, sobre qual família se pretende perpetuar, “[...] haja vista, na contemporaneidade, o conceito

³⁶³ MADALENO, Rolf. O fim da legítima. *Revista IBDFAM: família e sucessões*, Belo Horizonte, v. 16, p. 31-72, jul./ago., 2016, p. 31.

³⁶⁴ PAZ, Enrique Martinez. *Introducción al Derecho de la Sucesión Hereditaria*. Buenos Aires: Tipográfica Argentina, 1953, p. 310.

³⁶⁵ GOMES, Renata Raupp. *A função social da legítima no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 113.

³⁶⁶ GOMES, Renata Raupp. *A função social da legítima no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 113-114.

jurídico dessa instituição ter passado por profunda mudança e a entidade familiar já não mais pode ser vista como simples meio de produção. Hoje se encontra lastreada no afeto.”, de modo que as relações são muito mais instáveis, bem como as famílias assumem configurações distintas daquelas existentes no passado.³⁶⁷

Pelo panorama acima narrado, observa-se a existência de dois polos principais acerca da problemática da legítima: um primeiro que entende se tratar de uma restrição autêntica, protegendo patrimonialmente a família e promovendo os entes que a integram, em prol da solidariedade – e, portanto, deve ser mantida –, e um segundo que sustenta que a mencionada restrição à autonomia do autor da herança não coaduna com a sociedade atual, tendo em vista que o modelo clássico de família foi alterado pela Constituição, não podendo ser aplicada uma proteção patrimonial genérica aos familiares que remonta ao século passado.

Logo, a dicotomia existente entre defensores e opositores da reformulação da legítima no direito sucessório traduz-se em privilegiar a solidariedade, considerando a estrutura familiar como digna de proteção, pois é nessa estrutura que se realiza a promoção das pessoas que a integram, ou favorecer a autonomia do autor da herança, levando em conta que a família protegida pela Constituição de 1988 não é a mesma da legislação anterior, devendo a sucessão considerar a pessoa que integra o seio familiar, e não a estrutura em si. Não se deve esquecer, em qualquer dos casos, de que o direito sucessório manteve-se nos moldes anteriores e ultrapassados.

Percebe-se, no entanto, que apesar da existência de discussão doutrinária, ambos os posicionamentos alegam pautar-se na despatrimonialização do direito civil, na legalidade constitucional, bem como que tais teses buscam promover a pessoa em detrimento do patrimônio.

Portanto, se faz necessário o estudo sobre a referida solidariedade existente no seio familiar, bem como se ela é, de fato, elemento que justifica a manutenção da legítima em seus atuais contornos rígidos, devendo considerar prioritariamente a família em si ou os sujeitos que a compõe.

3.3 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE: APTO (OU NÃO) A JUSTIFICAR A

³⁶⁷ CATALAN, Marcos. Direito das Sucessões: Por que e para quem? Reflexões a partir da realidade brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil (RTDC)*, Rio de Janeiro, v. 44, ano 11, p. 135-147, out./dez. 2010, p. 140-141.

PERMANÊNCIA DA PROTEÇÃO DA LEGÍTIMA ATUALMENTE

Primeiramente, antes de investigar se o princípio da solidariedade serve como motivo moderno para a permanência da proteção do instituto da legítima no sistema atual, deve-se abordar a justificativa dada para a criação da legítima.

Como observado no decorrer do trabalho, a proteção patrimonial conferida pela legítima aos herdeiros necessários teve sua gênese na estrutura patrimonial das famílias na antiguidade. Isso porque o patrimônio era titularizado de maneira transindividual, ou seja, prevaleciam os interesses do grupo que compunha a família em detrimento dos interesses individuais.

Sob esse prisma, observou-se que, no direito romano antigo, a propriedade passou de coletiva a individual, o que possibilitou a existência da sucessão. Nesse cenário, a transmissão dos bens, que antes se dava em razão do culto religioso diretamente do falecido para seu herdeiro, também se modificou, considerando a necessidade do testamento – que inicialmente era elaborado para adotar um herdeiro na hipótese de o *pater família* não o possuir, e evoluiu para instrumento de disposição de patrimônio.

Assim, tendo em vista que os entes familiares eram dependentes do *pater família* e de sua administração patrimonial, houve a necessidade de protegê-los patrimonialmente em face da irrestrita liberdade testamentária. Tal situação – de dependência e submissão dos membros da família – permaneceu por muito tempo na sociedade.

Além da questão da dependência dos entes para com o chefe de família que administrava os bens, havia a questão da proteção familiar e do acervo transindividual titularizado por elas. Explica-se: na sociedade grega, por exemplo, o direito dos filhos ao patrimônio da família tinha origem desde seu nascimento e não a partir da morte dos genitores.³⁶⁸

Pontes de Miranda ilustra essa situação quando expõe que “os filhos já eram titulares do direito em comum. Telêmaco, ao falar dos bens de Ulisses [pai

³⁶⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os herdeiros legitimários no direito civil contemporâneo: ampliação da liberdade de testar e proteção dos vulneráveis. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coord.). *Autonomia Privada, Liberdade Existencial e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 492.

dele], dizia que ‘eram seus’, bens próprios [...]. Está em Plutarco o que se passava no direito espartíata: desde o nascimento, a propriedade era adquirida pelo filho.”³⁶⁹

O patrimônio era administrado pelo chefe da família, contudo, o Direito protegia, em alguns atos, os direitos dos demais integrantes, não sendo de se estranhar o sentimento de posse que os herdeiros poderiam ter referente aos bens administrados pelos pais: não havia mera expectativa de um dia receberem aqueles bens – na realidade, os bens “teoricamente” já eram dos herdeiros. O nascimento já tornava a pessoa titular de direitos hereditários, em vez de ocorrer somente a partir do falecimento do autor da herança.³⁷⁰

Desse modo, “[...] havia todo o sentido em proteger uma parte dos bens do arbítrio do chefe da família, eis que, segundo o direito, ele poderia estar dispondo de bens que simplesmente não seriam dele.”³⁷¹

Nesse aspecto, Marcelo Truzzi Otero sustenta que a instituição dos herdeiros necessários, que obrigatoriamente recebem parte da herança, tem fundamento e função bem diferentes quando comparado com o direito antigo. A instituição da legítima para os herdeiros necessários realiza diretamente o interesse coletivo de conservação econômico-social da família, de seu núcleo mais restrito, ou, ao menos, constitui uma exigência social na preservação de interesses individuais dos parentes de vínculo mais estreito com o falecido, com uma inderrogável solidariedade familiar que deve existir entre esses parentes mais próximos, de modo a tutelar a própria família.³⁷²

Rolf Madaleno também afirma que a legítima prevalece no direito brasileiro em função dos deveres de afeto familiar, como é da tradição continental

³⁶⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. T. LV: sucessão em geral: sucessão legítima. Atualizado por: Giselda Hironaka e Paulo Lôbo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 103.

³⁷⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os herdeiros legitimários no direito civil contemporâneo: ampliação da liberdade de testar e proteção dos vulneráveis. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coord.). *Autonomia Privada, Liberdade Existencial e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 495.

³⁷¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os herdeiros legitimários no direito civil contemporâneo: ampliação da liberdade de testar e proteção dos vulneráveis. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coord.). *Autonomia Privada, Liberdade Existencial e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 495.

³⁷² OTERO, Marcelo Truzzi. Releitura do direito sucessório a partir da perspectiva existencial. *Revista Nacional do Direito de Família e Sucessões*, Porto Alegre: Magister, v. 3, p. 5-15, nov./dez. 2014, p. 10-11.

romana, reconhece a liberdade de testar, porém não a considera absoluta, priorizando a proteção dos parentes mais próximos e do cônjuge.³⁷³

Contudo, embora a legítima permaneça no ordenamento jurídico atual em virtude dos deveres de afeto e solidariedade familiar que se presume haver entre os parentes mais próximos do *de cuius*, percebe-se que o seu fundamento primeiro de existência não mais permanece na atualidade, qual seja, a titularidade transindividual do patrimônio.

Hodiernamente, o direito hereditário surge apenas com a morte do autor da herança e os herdeiros não podem – salvo algumas poucas proteções que a lei confere – sentir-se donos do patrimônio daquele que sucederão enquanto ele não tiver falecido.³⁷⁴

Mesmo assim, a legislação continuou repetindo a regra que restringe a liberdade do testador, quando o mesmo possui herdeiros necessários, e também a regra que escolhe quem são tais herdeiros, ignorando que o fundamento de sua criação já não persiste e sem avaliar se há fundamento para sua manutenção em seus atuais contornos.

Ora, a copropriedade patrimonial entre pessoas da família, a proteção do primogênito e a preservação do clã – fundamentos que motivaram a criação e manutenção da legítima na Antiguidade e na Idade Média – não fazem mais sentido nos dias de hoje.³⁷⁵

Da mesma forma, “tem ganhado força o entendimento de que, hoje, não há mais razão pela qual qualquer pessoa deva ter a prerrogativa de indicar parte do patrimônio de outra em virtude, apenas de seu nascimento.”³⁷⁶

³⁷³ MADALENO, Rolf. O fim da legítima. *Revista IBDFAM: família e sucessões*, Belo Horizonte, v. 16, p. 31-72, jul./ago., 2016, p. 45.

³⁷⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os herdeiros legitimários no direito civil contemporâneo: ampliação da liberdade de testar e proteção dos vulneráveis. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coord.). *Autonomia Privada, Liberdade Existencial e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 495.

³⁷⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os herdeiros legitimários no direito civil contemporâneo: ampliação da liberdade de testar e proteção dos vulneráveis. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coord.). *Autonomia Privada, Liberdade Existencial e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 496.

³⁷⁶ CORTIANO JUNIOR, Eroulths; RAMOS, André Luiz Arnt. Liberdade testamentária versus sucessão forçada: anotações preliminares sobre o direito sucessório brasileiro. *Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (Univel)*, Cascavel, n. 4, p. 41-73, maio 2015, p. 67.

Porém, ainda existem defensores da limitação da legítima sem distinção dos membros da família, considerando a estrutura familiar como merecedora de tutela e existência de solidariedade.

Destarte, passa-se ao estudo da solidariedade familiar, perpassando por seu conceito e definição, bem como se deve ser considerada perante a família como estrutura, de modo que todos os seus integrantes mereçam a mesma proteção, ou se é necessária a individualização.

3.3.1 A Família e a Solidariedade Familiar

A herança forçada, fixada em metade do patrimônio do falecido quando possui herdeiros necessários, de forma obrigatória, limita a liberdade testamentária. Argumenta-se que a mencionada limitação concilia a autonomia privada e a proteção familiar quando ocorre a sucessão *mortis causa*, protegendo materialmente os familiares que a lei civil considerou como mais próximos do falecido.

No plano social, a imprescindibilidade da disposição dos bens após a morte em favor de determinados beneficiários adquire significado autônomo, e a sucessão testamentária tem, nesse diapasão, a função de estruturar os direitos da pessoa após o falecimento e, ao mesmo tempo, a função de satisfazer a necessidade de liberalidade sucessória do falecido.

Buscando analisar de modo qualitativamente diverso do momento econômico da sucessão, isto é, da transmissão das situações jurídicas patrimoniais do falecido para seus sucessores, evidencia-se de que modo este poderá atuar nos objetivos constitucionais de tutela à dignidade da pessoa humana.

Ocorre que a legislação que trata do direito sucessório, em especial da proteção e limitação da legítima, não acompanhou a evolução e mudanças da sociedade, inclusive da alteração de paradigma da família.

Como aventado no segundo capítulo, o Decreto nº 1.839, de 31 de dezembro de 1907, modificou a porcentagem da legítima para metade do patrimônio caso o testador possuísse ascendente ou descendente sucessível³⁷⁷, e tanto o Código

³⁷⁷ “Art. 2º. O testador que tiver descendente ou ascendente sucessível **só poderá dispor de metade dos seus bens, constituindo a outra metade a legítima** daquelles, observada a ordem legal.” (destaque da autora). BRASIL. *Decreto nº 1.839*, de 31 de dezembro de 1907. Regula o deferimento da herança no caso da sucessão ab intestato. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República.

Civil de 1916³⁷⁸ como o de 2002³⁷⁹ mantiveram a proteção da legítima em metade do patrimônio na hipótese de haver herdeiros necessários, com o mesmo texto legal, alterando-se apenas a numeração do artigo.

Lawrence M. Friedman afirma que o princípio da sucessão forçada é social, isto é, sucessão necessária significa sucessão dentro da família – para a esposa, filhos ou outros dependentes. Desse modo, “a sucessão forçada impõe ao testador a obrigação de cuidar dos membros de sua família antes de satisfazer quaisquer outros desejos e necessidades. Em certo sentido, converte a propriedade privada na morte em propriedade familiar.”³⁸⁰

Desse modo, com a imposição da herança necessária, a doutrina afirma que, no Brasil, vige um “sistema da liberdade limitada de testar, que, em sede de direito das sucessões, prestigia a liberdade individual, de um lado, e a família, como elemento social, de outro”³⁸¹.

A solidariedade familiar é o que marca o direito imperativo da legítima em prol dos herdeiros necessários, e sua existência vem da crença de ser injusto que os filhos e outros parentes próximos pudessem ser apartados da sucessão, baseando-se sua concessão no argumento do *officium pietatis*, ficando o testador obrigado moralmente a deixar uma parte de seus bens para seus herdeiros próximos. Assim, a legítima justificar-se-ia pela solidariedade familiar e pela proteção da família.³⁸²

Todavia, verifica-se que a atual legislação não é tão atual assim, considerando que continua buscando proteger a família de 115 anos atrás. Isso não quer dizer que a legítima deva ser extinta do ordenamento jurídico brasileiro, mas,

Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1839-31-dezembro-1907-580742-republicacao-103783-pl.html>. Acesso em: 15 fev. 2022.

³⁷⁸ “Art. 1.576. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança.” BRASIL. Lei nº 3.071, de 1 de janeiro de 1916. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm. Acesso em: 28 abr. 2022.

³⁷⁹ “Art. 1.789. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança.” BRASIL. Lei nº 10.046, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 31 mar. 2022.

³⁸⁰ FRIEDMAN, Lawrence M. The Law of the Living, the Law of the Dead: Property, Succession, and Society. *Wisconsin Law Review*, Madison: University of Wisconsin Law School, v. 340, p. 340-378. 1966, p. 353. Tradução livre de: “Forced succession imposes upon the testator the obligation to care for members of his family before satisfying any other desires and needs. In a sense, it converts private property at death to family property.”

³⁸¹ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito das sucessões*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 112.

³⁸² MADALENO, Rolf. O fim da legítima. *Revista IBDFAM: família e sucessões*, Belo Horizonte, v. 16, p. 31-72, jul./ago., 2016, p. 54.

sim, que deva ser avaliada a família que se pretende proteger e como conciliar efetivamente sua proteção com a autonomia privada testamentária.

A família constitui a célula básica da sociedade, representando o alicerce de toda a organização social – incluindo, em particular, o direito das sucessões –, sendo compreensível, nesse cenário, que o Estado a queira preservar e fortalecer. Assim, a atitude do legislador constitucional³⁸³, ao proclamar que a família vive sob a proteção especial do Estado, dá-se em razão de sua função basilar na sociedade.

A importância que a família manteve na sociedade não tem mais correspondência com a função política exercida pela família em outras civilizações e especialmente nas civilizações primitivas onde ela apareceu de fato como o primeiro núcleo político do tecido social. Porém, atribui-se à família uma função política como fator de preservação da ordem social. Sobre isso, Cézare Massimo Bianca discorre:

Nesse sentido, é preciso dizer que, diferentemente de outros ordenamentos jurídicos, nossa lei não contém nenhuma declaração de princípio sobre a tarefa da família de fortalecer o atual sistema político. Uma certa influência estabilizadora é exercida pela família não por sua atribuição específica, mas pelo próprio fato de que a educação familiar tende a transmitir aos filhos a cultura dos pais e, com ela, a tradição de certos valores morais e políticos.³⁸⁴

A família do século passado possuía a ancestral hegemonia do direito matrimonial e monogâmico na ordem pública ocidental, o que foi alterado apenas com a Constituição de 1988, a qual afirmou os princípios de igualdade, da democracia e da dignidade da pessoa humana, o que possibilitou a liberdade para a organização de vida segundo a pluralidade de modelos compatíveis com as aspirações individuais.

No tocante à antiga concepção de família – anterior à Constituição cidadã – toda a sua proteção “[...] era fundada na garantia da ‘paz doméstica’, obtida pela chefia da sociedade conjugal exercida pelo marido, em detrimento da mulher casada e dos filhos [...]”, pois a esposa era considerada relativamente incapaz e os

³⁸³ Vide artigo 226, *caput*, da Constituição Federal: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.” BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 28 abr. 2022.

³⁸⁴ BIANCA, Cézare Massimo. *Diritto civile: la famiglia le sucesioni*. 4. ed. rev. e atual. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 2005, p. 7. Tradução livre de: “Al riguardo deve dirsi che, a differenza di altri ordinamenti, la nostra legge non contiene alcuna enuncia zione di principio circa il compito della famiglia di rafforzare l'attuale sistema politico. Una sicura influenza stabilizzatrice è esercitata dalla famiglia non per una sua specifica attribuzione ma per il fatto stesso che l'educazione familiare tende a trasmettere ai figli la cultura dei genitori e, con essa, la tradizione di certi valori morali e politici.”

descendentes eram vistos como objetos do até então denominado pátrio poder. Conseqüentemente, a preocupação existente era com a conservação do patrimônio dentro do grupo familiar formado pelo matrimônio, de modo a privilegiar a família consanguínea.³⁸⁵

O privilégio sucessório da família consanguínea era visível, inclusive, na disciplina da sucessão dos colaterais, tendo em vista que o Código Civil de 1916, em seu artigo 1.614³⁸⁶, previa que os irmãos germanos recebiam o dobro do que tocava os unilaterais, quando havia concorrência entre eles, ressaltando que antes do Código de 1916 os irmãos unilaterais eram excluídos da sucessão quando existia bilaterais. Vale citar a lição de Arthur Vasco Itabaiana de Oliveira, ao lecionar sobre a sucessão legítima dos colaterais:

O Codigo Civil [...] chamou á sucessão, em concurrencia com os irmãos bilateraes, os unilateraes, até então excluidos por aquelles, mas lhes não conferiu a mesma quota hereditaria; concedeu-lhes a metade do que herdar cada irmão bilateral, em attenção ao privilegio do duplo sangue de que gozam os irmãos germanos [...].³⁸⁷

O cônjuge, mesmo que casado em regime diverso da comunhão universal de bens, não era considerado herdeiro necessário e não possuía qualquer direito na sucessão de seu consorte caso o falecido possuísse descendente ou ascendente, o que perdurou até o advento a Lei nº 4.121 de 1972³⁸⁸, que atribuiu ao cônjuge sobrevivente o usufruto viual e o direito real de habitação, conforme o regime de bens e enquanto durasse a viuvez.

³⁸⁵ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento: tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 95.

³⁸⁶ "Art. 1.614. Concorrendo a herança do falecido irmãos bilaterais com irmãos unilaterais, cada um destes herdará metade do que cada um daqueles herdar." BRASIL. Lei nº 3.071, de 1 de janeiro de 1916. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm. Acesso em: 28 abr. 2022.

³⁸⁷ ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. *Elementos de Direito das Sucessões: Exposição doutrinária do Livro IV da parte especial do Código Civil brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Oficinas Graphics do "Jornal do Brasil", 1918, p. 115.

³⁸⁸ "Art. 1.611. Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente, se, ao tempo da morte do outro, não estavam desquitados.

§1º O cônjuge viúvo se o regime de bens do casamento não era o da comunhão universal, terá direito, enquanto durar a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houver filho dêste ou do casal, e à metade se não houver filhos embora sobrevivam ascendentes do "de cujus".

§2º Ao cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da comunhão universal, enquanto viver e permanecer viúvo será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habilitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar." BRASIL. Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962. *Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4121.htm. Acesso em: 08 jun. 2022.

Ana Luiza Maia Nevares sustenta que tal situação era prevista com o objetivo de impedir que o cônjuge supérstite transmitisse o patrimônio recebido para uma eventual nova família, formada na hipótese de um novo matrimônio, em detrimento dos filhos do casamento anterior, o que demonstra a desvalorização do elemento afetivo nas relações familiares no Código Civil de 1916, levando em conta que o vínculo conjugal estava em posição de inferioridade perante o vínculo de consanguinidade na regulamentação dos direitos hereditários.³⁸⁹

Ao longo dos anos, desde a promulgação da do Código Civil de 1916, a família passou por consideráveis alterações em sua organização, como (a) a retratação em sua composição, em que a grande família patriarcal foi substituída pela conjugal, cujos componentes são o pai, a mãe e os filhos menores, (b) a sua estatização, caracterizada pela ingerência estatal nas relações familiares, que transformou o matrimônio numa sociedade igualitária, na medida em que ocorre a emancipação da mulher e do filho, e (c) a dessacralização do casamento, já que ele deixa de ser indissolúvel e perde seu papel de único legitimador da entidade familiar.³⁹⁰

Quanto à retratação na composição familiar, a doutrina italiana explica que a família nuclear é a comunidade daqueles que se unem permanentemente e sua prole, e se caracteriza pelo “[...] intenso vínculo de solidariedade que une mutuamente seus membros, e que se traduz em direitos e obrigações de assistência, colaboração, manutenção.”³⁹¹

E, assim, a família nuclear parece estar se convertendo na família atomizada. A tendência antiautoritária da família e seu declínio como modelo imposto pela norma jurídica ou por uma rígida realidade socioeconômica, por outro lado, favorecem sua realização na forma de convivência solidária em que a personalidade humana desenvolve-se livremente. Em última análise, a família tende a ser uma função da pessoa.³⁹²

³⁸⁹ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento: tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 96-97.

³⁹⁰ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento: tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 97.

³⁹¹ BIANCA, Cézare Massimo. *Diritto civile: la famiglia le successioni*. 4. ed. rev. e atual. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 2005, p. 4. Tradução livre de: “l’intenso vincolo di solidarietà che lega reciprocamente i suoi componenti, e che si traduce in diritti ed obblighi di assistenza, di collaborazione, di mantenimento”

³⁹² BIANCA, Cézare Massimo. *Diritto civile: la famiglia le successioni*. 4. ed. rev. e atual. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 2005, p. 6.

A relação jurídica sucessória responde aos vínculos de afeto e de solidariedade, assim como a assistência social e o direito aos alimentos também são direitos com fundamento na solidariedade familiar. Isso porque, em regra, o patrimônio de uma pessoa não é apenas o resultado de seu trabalho individual, mas também fruto da colaboração de seu cônjuge ou companheiro e filhos, os quais, se não auxiliaram diretamente na aquisição dos bens, estimularam com seu afeto e com a sua solidariedade e sempre na medida de suas forças, para que as riquezas familiares pudessem ser acumuladas, de modo que a herança significa a justa recompensa de todo este esforço conjunto e presente no seio da família.³⁹³

Entretanto, apesar de justificar a legítima no afeto e na solidariedade, Rolf Madaleno critica tal fundamento, comparando o herdeiro necessário que não possui laços de solidariedade familiar e de afeto com o direito sucessório do herdeiro que comete atos de violência intrafamiliar:

E se ausente em vida estes laços de solidariedade familiar material e afetiva, seria justo que se eles nunca existiram, ou se foram prestados de uma forma tão escassa, efêmera e injustificável, seria justo que estes herdeiros faltosos ainda devessem seguir tendo a respectiva e necessária vocação hereditária, apenas porque a lei os convoca a herdar sobre uma legítima tornada exageradamente intangível, como seria justo conservar o direito sucessório do herdeiro que comete atos de violência intrafamiliar, em todas as suas formas, física, psíquica, sexual, econômica e qualquer outro ato de omissão que atente contra a integridade pessoal, ou contra a pessoa do autor da herança, seus ascendentes, cônjuge ou companheiro.³⁹⁴

Anderson Schreiber acrescenta que a disciplina estrutural da legítima no ordenamento jurídico brasileiro, ditada exclusivamente por critérios abstratos de parentesco em igualdade formal e imposta imperativamente ao autor da herança, nessa forma, acaba constantemente por impedir, na prática, a adequada realização do princípio constitucional da solidariedade, ao qual é inerente o tratamento proporcional às necessidades de cada um.³⁹⁵

A herança forçada em seus atuais contornos, dados pelo Código Civil, destina o patrimônio do falecido a determinados parentes, divididos por classes e

³⁹³ MADALENO, Rolf. O fim da legítima. *Revista IBDFAM: família e sucessões*, Belo Horizonte, v. 16, p. 31-72, jul./ago., 2016, p. 50.

³⁹⁴ MADALENO, Rolf. O fim da legítima. *Revista IBDFAM: família e sucessões*, Belo Horizonte, v. 16, p. 31-72, jul./ago., 2016, p. 51.

³⁹⁵ SCHREIBER, Anderson; VIEGAS, Francisco de Assis. Por uma releitura funcional da legítima no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 19, ano 6, p. 211-250, abr./jun. 2019, p. 232.

graus em um exemplo de lógica puramente formal e abstrata. As quotas reservadas atendem a uma proporção fundada com suporte em critérios descompromissados com a realidade concreta, diferenciando os parentes de mesma classe chamados a suceder pela legítima apenas quando forem de graus diferentes.³⁹⁶

Rolf Madaleno defende que a família deve ser protegida pelo direito sucessório dando atenção individual aos seus membros, conciliando a liberdade de dispor com a necessária proteção da família. Assim, sustenta que o sistema das legítimas deve ser revisitado, uma vez que a atual disposição em lei “não produz nenhum efetivo equilíbrio que não seja o da determinação de que todos os descendentes devem ser destinatários dos mesmos direitos e receber a mesma quota hereditária”.³⁹⁷

O Código Civil não estabeleceu nenhuma diferença entre os herdeiros necessários, considerando todos eles – filhos, netos, bisnetos, pais, avós, bisavós e o cônjuge supérstite – como legítimos destinatários de metade dos bens deixados pelo *de cuius*, pouco importando a realidade e a proximidade destes vínculos e pouco importando os novos modelos e os valores que devem ser reconhecido destas famílias, cuja relação e reciprocidade estão intimamente ligadas na preexistência de vínculos obrigatórios de solidariedade.³⁹⁸

Em contrapartida, há na doutrina quem critique a submissão do direito à herança necessária ao sujeito concretamente considerado, limitando a manutenção do instituto para o sucessor com necessidades materiais prementes a serem supridas pela herança, pois pode propiciar um pragmatismo voluntarioso e impedir a realização dos princípios constitucionais fundamentais além de enfraquecer profundamente a noção de solidariedade familiar, reduzindo-a a noção de assistencialismo, como sustenta Renata Raupp Gomes³⁹⁹.

Para essa autora, a solidariedade familiar apenas encontra na assistência material a familiares necessitados uma similitude conceitual na hipótese de situação alimentar, de modo que, nesse caso, as condições específicas dos

³⁹⁶ SCHREIBER, Anderson; VIEGAS, Francisco de Assis. Por uma releitura funcional da legítima no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 19, ano 6, p. 211-250, abr./jun. 2019, p. 232.

³⁹⁷ MADALENO, Rolf. O fim da legítima. *Revista IBDFAM: família e sucessões*, v. 16, p. 31-72. Belo Horizonte: IBDFAM, jul./ago., 2016, p. 55.

³⁹⁸ MADALENO, Rolf. O fim da legítima. *Revista IBDFAM: família e sucessões*, v. 16, p. 31-72. Belo Horizonte: IBDFAM, jul./ago., 2016, p. 55.

³⁹⁹ GOMES, Renata Raupp. *A função social da legítima no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 119.

sujeitos (concretos) passivos serem consideradas, inclusive para determinar o valor da contribuição a ser prestada.⁴⁰⁰

Resta esclarecer o que é a solidariedade familiar. Em primeiro lugar, não se confunde solidariedade com fraternidade. Antônio Maria Baggio diferencia ambas afirmando que a primeira permite a realização do bem a outras pessoas mantendo uma posição de “força”, uma relação vertical, que vai do forte ao fraco, enquanto a segunda pressupõe um relacionamento horizontal, implica a divisão dos bens e dos poderes, ou seja, uma ajuda recíproca entre diferentes sujeitos.⁴⁰¹

O princípio de solidariedade familiar não é sinônimo de um direito de alimentos ou de subsistência e, mesmo porque, enquanto alimentos possuem um caráter eventual e temporal, a legítima tem o caráter de permanência.⁴⁰²

Pietro Perlingieri ensina que “[...] a solidariedade exprime cooperação e a igualdade a afirmação dos direitos fundamentais de todos, não solidariedade restrita nos confins de um grupo, nem dissolvida na subordinação de cada um ao Estado: a solidariedade constitucional não concebe um interesse superior ao pleno e livre desenvolvimento da pessoa.”⁴⁰³

Por sua vez, Maria Celina Bodin de Moraes afirma que “o princípio constitucional da solidariedade identifica-se, desse modo, com o conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, numa sociedade que se desenvolva como livre e justa, sem excluídos ou marginalizados.”⁴⁰⁴

Os laços de solidariedade não se limitam à prestação alimentícia, mas implicam uma assistência moral, erigida na ajuda, cooperação, atenção, acompanhamento e cuidados típicos de todas aquelas condutas consideradas solidárias e que derivam usualmente de um vínculo familiar, proveniente de casamento, união estável ou do parentesco. A reflexão obrigatória no propósito de pensar em uma reformulação do direito das sucessões está em questionar se

⁴⁰⁰ GOMES, Renata Raupp. *A função social da legítima no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 119.

⁴⁰¹ BAGGIO, Antônio Maria. A redescoberta da fraternidade na época do “terceiro 1789”. In. BAGGIO, Antônio Maria (Org.). *O princípio esquecido: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas*. Tradução de Durval Cordas, Iolanda Gaspar e José Maria de Almeida. Vargem Grande Paulista: Cidade Nova, 2008, p. 22.

⁴⁰² MADALENO, Rolf. O fim da legítima. *Revista IBDFAM: família e sucessões*, v. 16, p. 31-72. Belo Horizonte: IBDFAM, jul./ago., 2016, p. 56.

⁴⁰³ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 462.

⁴⁰⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 111.

permanece justo na atualidade restringir a liberdade testamentária, considerando a hipótese de os filhos e outros parentes próximos viverem totalmente apartados do *de cuius*, mas que, desafortunadamente, ele está obrigado a lhes deixar uma parcela de seu patrimônio.⁴⁰⁵

Não seria justo manter a intocabilidade do direito à legítima quando os esperados laços de solidariedade familiar nunca existiram, ou sua duração foi efêmera, e faticamente tão escassa que poderia ser considerada inexistente. Contudo, segue tendo vocação hereditária, pois a lei e não o sucedido querem que eles adquiram a herança daquele que afastaram de seu convívio e da sua atenção pessoal.⁴⁰⁶

Como se pode observar, a solidariedade familiar é conceituada como uma responsabilidade recíproca e bilateral, que vincula os membros familiares, e que consiste em direitos e obrigações de assistência, colaboração, manutenção.

Sendo recíproca, é uma via de duas mãos e, na prática, nem sempre as relações de solidariedade coincidem com as relações de parentesco, mormente aquelas contempladas no rol de herdeiros necessários. Assim, embora o autor da herança tivesse deveres atrelados à solidariedade com relação aos membros de sua família, ele também tinha direitos relacionados a esses membros, e não necessariamente o apoio vem dessas pessoas.⁴⁰⁷

Desse modo, um herdeiro necessário pode não ter vínculo de solidariedade com o autor da herança enquanto esse viveu. E, nesse momento, não se fala apenas de afeto ou obrigação alimentar, mas da responsabilidade e do cuidado, nos âmbitos material e imaterial.

Assim, a tese de que a família deve ser protegida observando sua estrutura como merecedora de tutela integral sem analisar os sujeitos que a compõem não se sustenta, assim como não se perpetua a corrente que afirma a herança necessária deve ser mantida em seus exatos moldes atuais, pois a proteção apenas

⁴⁰⁵ MADALENO, Rolf. O fim da legítima. *Revista IBDFAM: família e sucessões*, v. 16, p. 31-72. Belo Horizonte: IBDFAM, jul./ago., 2016, p. 62.

⁴⁰⁶ MADALENO, Rolf. O fim da legítima. *Revista IBDFAM: família e sucessões*, v. 16, p. 31-72. Belo Horizonte: IBDFAM, jul./ago., 2016, p. 62.

⁴⁰⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os herdeiros legitimários no direito civil contemporâneo: ampliação da liberdade de testar e proteção dos vulneráveis. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coord.). *Autonomia Privada, Liberdade Existencial e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 496-497.

dos entes que possuem necessidades materiais a serem supridas enfraqueceria o conceito de solidariedade.

A família como formação social, como “sociedade natural”, é garantida constitucionalmente, não como portadora de um interesse superior e individual, mas em função da realização das exigências individuais, como o lugar onde se desenvolve a pessoa. Ela é valor garantido pela Constituição nos limites de sua conformação aos valores que caracterizam as relações civis, em especial a dignidade humana; mesmo que várias possam ser as suas modalidades de organização, a família é finalizada à educação e à promoção daqueles que a ela pertencem.⁴⁰⁸

Portanto, “o merecimento da tutela da família não diz respeito exclusivamente às relações de sangue, mas, sobretudo, àquelas afetivas que se traduzem em uma comunhão espiritual de vida”⁴⁰⁹.

Ora, a legítima era fortemente defendida quando os filhos eram legalmente diferenciados conforme os vínculos afetivos de seus pais, e impedia que filhos extraconjugais fossem tratados de modo desigual com o falecimento de um dos pais. Contudo, atualmente,

[...] a legítima se trata apenas de uma aparência de igualdade, pois para repartir entre vários indivíduos de uma família uma herança com verdadeira igualdade, teria de se partir de alguns dados, cujo conhecimento somente estava ao alcance dos pais e que o grande erro de considerar na construção do direito à legítima, parte da ideia de que a natureza fez iguais a todos os filhos, quando mera observação fazem com que o sistema legitimário obrigatório impeça a efetiva distribuição equitativa do patrimônio e crie distorções dissimuladas em uma repartição quantitativamente igualitária.⁴¹⁰

É necessário, portanto, que a legítima tenha por fundamento as qualidades específicas do herdeiro e suas relações com o autor da herança no seio da convivência familiar.

Compete ao legislador, guardando os devidos cuidados, aproximar-se quanto possível da realidade, privilegiando categorias jurídicas que desempenhem o papel de refletir a necessidade concreta da pessoa humana, ainda que necessariamente com algum grau de abstração. Nesse sentido, importante que, ao

⁴⁰⁸ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 971-972.

⁴⁰⁹ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 973.

⁴¹⁰ MADALENO, Rolf. O fim da legítima. *Revista IBDFAM: família e sucessões*, v. 16, p. 31-72. Belo Horizonte: IBDFAM, jul./ago., 2016, p. 56.

lado das fatias de parentesco que conservam algum papel na presunção de proximidade com o falecido e, desse modo, de uma possibilidade abstrata de dependência, o legislador privilegie categorias que, presumidamente, terão maior necessidade de amparo econômico.⁴¹¹

Logo, buscando uma solução para o problema levantado – qual seja como equilibrar a autonomia privada do testador com a proteção familiar promovendo as pessoas que integram a família – investigar-se-á no próximo tópico se o critério de vulnerabilidade é apto para fixação da herança necessária.

3.4A VULNERABILIDADE COMO POSSÍVEL CRITÉRIO DE REVISÃO

Como observado anteriormente, a legislação brasileira prevê a proteção patrimonial da família por meio da legítima, ou seja, a lei civil limita a autonomia privada testamentária do autor da herança quando este possui herdeiros necessários. Por conseguinte, os herdeiros necessários foram escolhidos pelo legislador por serem considerados os mais próximos do falecido, existindo anteriormente uma presunção de que eles já seriam beneficiados pela vontade do *de cuius*, bem como de necessidade de manutenção da família.

Ocorre que a família a ser protegida não é a mesma do passado, marcada pela matrimonialidade e patriarcalismo, assim como seus membros possuem uma atual realidade biológica, socioeconômica e jurídica distinta, com uma crescente longevidade e novas técnicas de proteção, como a seguridade social e os contratos de seguro.

Quanto ao aumento da longevidade, a pesquisa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) mostra que até 2020 a expectativa de vida do brasileiro aos nascer era de 76,8 anos, enquanto a expectativa em 1940 era de 45,5 anos⁴¹². Importante ressaltar que os efeitos da pandemia pelo Covid-19 serão tabulados no próximo censo demográfico, com previsão para 2022.

Tendo em vista a igualdade entre cônjuges na família, a maior expectativa de vida das pessoas, levando à sucessão em benefício dos filhos quando

⁴¹¹ SCHREIBER, Anderson; VIEGAS, Francisco de Assis. Por uma releitura funcional da legítima no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 19, ano 6, p. 211-250, abr./jun. 2019, p. 232.

⁴¹² IBGE. Estatísticas. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9126-tabuas-completas-de-mortalidade.html?edicao=18026>. Acesso em: 09 jun. 2022.

estes já alcançaram a idade adulta e aquela em que mais se produz em favor dos pais quando estes estão muito idosos e dependentes, e a recomposição das famílias em razão de divórcios e novas núpcias, pondera-se se a proteção à família extraída da legislação sucessória está em consonância com a proteção da família fundada na pessoa de cada um de seus membros.⁴¹³

O movimento doutrinário inerente ao direito sucessório, cuja tendência certamente começou com a eliminação das discriminações entre os filhos, também marca, na legislação estrangeira, uma forte inclinação pela redução das quotas das legítimas, e como sucede no Brasil, pela inclusão dos direitos hereditários ao cônjuge e à condição de herdeiros que vem sendo outorgada aos que integram as novas formas de constituição de família. Com o surgimento, na legislação brasileira, do Estatuto do Deficiente, observa-se um futuro desdobramento que certamente permitirá que um ascendente direcione a legítima para os filhos que realmente não dispõem de idênticas condições de crescer em um investimento profissional em razão de suas limitações, sejam elas físicas ou mentais. Tal fato alerta para os sistemas jurídicos de raiz anglo-saxônica e testamentária, impondo limites somente à salvaguarda das necessidades concretas daqueles que efetivamente dependem do sucedido, em resguardo do interesse, da dependência e da solidariedade familiar.⁴¹⁴

Levando em conta que a questão sucessória está intimamente relacionada ao direito de propriedade, deve-se ter uma maior atenção à função da propriedade dita pessoal, voltada para a realização de uma vida livre e digna⁴¹⁵. Nesse cenário,

A propriedade qualificada como pessoal não se identifica nem deve ser confundida com a propriedade individual, egoísta, da qual é titular um único sujeito. O atributo pessoal deve ser entendido no sentido de atinência à pessoa humana, no sentido de instrumento apto a realizar a dignidade do sujeito. A propriedade pessoal pode também ter caráter coletivo, qual seja aquela que não se refere completamente ao sujeito em si e por si, mas tem a função de realizar a liberdade pessoal, a liberdade da necessidade.⁴¹⁶

⁴¹³ NEVARES, Ana Luiza Maia. Perspectivas para o planejamento sucessório. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões*, Belo Horizonte, v. 18, p. 11-31, nov./dez., 2016, p. 15.

⁴¹⁴ MADALENO, Rolf. O fim da legítima. *Revista IBDFAM: família e sucessões*, v. 16, p. 31-72. Belo Horizonte: IBDFAM, jul./ago., 2016, p. 52.

⁴¹⁵ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 924.

⁴¹⁶ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 924-925.

Considera-se, portanto, a propriedade pessoal como instrumento apto à realização da dignidade da pessoa – não devendo confundi-la com a propriedade individual, da qual é titular um único sujeito – e que tem a função de realização da liberdade pessoal e da liberdade da necessidade, com foco na promoção da pessoa; portanto, afigura-se a possibilidade de construção de reforma legislativa visando à modificação dos contornos da legítima.

Tal reforma não se orienta rumo à sua extinção, o que consagraria a liberdade absoluta, e nem à ampliação da intervenção do Estado sobre a transmissão patrimonial *mortis causa*, mas se traduz no redirecionamento da proteção legal ao atendimento da efetiva necessidade dos herdeiros, readequando a disciplina normativa da herança forçada à real persecução da função de máxima concretização da solidariedade social, devendo se desapegar da estrutura abstrata e formalista que atribui os bens abstratamente, com fundamento exclusivamente nas classes de herdeiros e graus de parentesco, e voltar o foco à promoção da isonomia substancial entre os membros familiares.⁴¹⁷

Hodiernamente, predomina na família o distanciamento e, se observa que filhos não assumem ou abandonam seus pais em razão de seu vertiginoso ritmo de vida, portanto, não pode a legítima encontrar sua base tão somente nos vínculos de parentesco ou de casamento, tendo como escora uma garantia de subsistência.

Logo, se a legítima está sustentada na solidariedade familiar, ela poderia ser perfeitamente dispensada aos ascendentes quando eles concorrem e afastam o cônjuge supérstite, isto quando comumente os pais, avós ou bisavós já possuem suas vidas financeiras feitas e estabilizadas e suas necessidades não condizem que devam concorrer com a herança que deveria ser entregue a quem, em regra, a construiu ao lado do falecido ou que o ajudou a preservá-la.⁴¹⁸

Também se questiona o direito incondicional à legítima daquele neto ou bisneto distante, que não mantém nenhuma relação de proximidade com seus avós e muito menos com bisavós, cujo direito à legítima é reivindicado exclusivamente em nome da representação de seus pais ou avós falecidos, nada guardando o seu chamamento de qualquer recíproca convivência de cadente solidariedade familiar.

⁴¹⁷ SCHREIBER, Anderson; VIEGAS, Francisco de Assis. Por uma releitura funcional da legítima no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 19, ano 6, p. 211-250, abr./jun. 2019, p. 235-236.

⁴¹⁸ MADALENO, Rolf. O fim da legítima. *Revista IBDFAM: família e sucessões*, v. 16, p. 31-72. Belo Horizonte: IBDFAM, jul./ago., 2016, p. 56.

Portanto, torna-se coerente reconhecer quão ausente se mostra qualquer suposta solidariedade entre vidas completamente distantes e indiferentes, o que faz com que muitas pessoas fiquem sós nos últimos anos de suas vidas.⁴¹⁹

Considerando uma realidade em que a mulher está inserida no mercado de trabalho e diante de uma consagração “tendente” do princípio da igualdade entre cônjuges, bem como uma maior expectativa de vida alcançada hodiernamente, é necessário repensar quem deve ser beneficiário com uma herança forçada. Tal hipótese pode ser exemplificada com o benefício do direito real de habitação quanto ao imóvel destinado à residência da família. Tendo em vista o mencionado direito sucessório, verificam-se situações em que há, de um lado, filhos menores do autor da herança ou pais idosos dependentes e, de outro, o cônjuge supérstite, são e independente, podendo estar a situação ainda mais gravosa quando o monte hereditário limitar-se ao único imóvel residencial do falecido.⁴²⁰

Em razão disso, pode-se encontrar na jurisprudência decisões que afastam o direito real de habitação quando o cônjuge já é detentor de imóvel que lhe garante moradia, o que é contrário ao artigo 1.831 do Código Civil⁴²¹, o que demonstra a preocupação de a tutela sucessória ligar-se às especificidades da pessoa que é agraciada com a herança, em crítica ao dispositivo mencionado que acabaria, em determinados casos, protegendo excessivamente o cônjuge em detrimento dos descendentes e ascendentes.⁴²²

Partindo-se da premissa debatida anteriormente de que o Direito Sucessório não deve promover a transmissão da herança, indiferentemente, a pessoas aptas a garantirem uma vida digna, sobretudo quando há pessoas

⁴¹⁹ MADALENO, Rolf. O fim da legítima. *Revista IBDFAM: família e sucessões*, v. 16, p. 31-72. Belo Horizonte: IBDFAM, jul./ago., 2016, p. 56.

⁴²⁰ NEVARES, Ana Luiza Maia. Perspectivas para o planejamento sucessório. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões*, Belo Horizonte, v. 18, p. 11-31, nov./dez., 2016, p. 16. A autora ainda explica que o emprego do adjetivo “tendente” acerca da consagração do princípio da igualdade entre homens e mulheres se deve ao fato de que “[...] enquanto não houver a inserção do homem no espaço privado, as mulheres que assumem múltiplas funções, não terão plena igualdade. Enquanto forem exitosas as políticas de inserção da mulher no espaço público, pouquíssimas são as políticas de inserção do homem no espaço privado, valendo mencionar como exemplo dessa última a guarda compartilhada, que começa a dar resultados.”

⁴²¹ “Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.” BRASIL. Lei nº 10.046, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 31 mar. 2022.

⁴²² NEVARES, Ana Luiza Maia. Perspectivas para o planejamento sucessório. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões*, Belo Horizonte, v. 18, p. 11-31, nov./dez., 2016, p. 16-17.

vulneráveis economicamente, ou seja, pessoas com dependência financeira do falecido ou que, dentre os herdeiros legítimos, não possam prover o próprio sustento.⁴²³ Esse é o posicionamento defendido por grande parcela da doutrina: como Anderson Schreiber, Giselda Hironaka, Rolf Madaleno, Roxana Borges, Ana Carolina Brochado e Simone Fleischmann.⁴²⁴

As duas últimas autoras explicam que o caminho para reformular a legítima é remodelá-la, para que as restrições à autonomia privada fundadas na solidariedade familiar justifiquem-se na proteção daqueles que realmente necessitam, como os que têm alguma vulnerabilidade.⁴²⁵

De modo geral, a Constituição Federal determinou tutela qualitativa e quantitativamente diferenciada para as pessoas que possuem algum tipo de vulnerabilidade. No âmbito familiar, essa proteção particularizada dirige-se para a criança, o adolescente, o jovem, o idoso, a pessoa com deficiência e a mulher, considerando que nem sempre tais pessoas teriam condições, sozinhas, de exercer sua subjetividade plenamente e de assumir integralmente as consequências de seus atos de forma responsável.⁴²⁶

A vulnerabilidade é um conceito que tem evoluído e passou a ser analisada com maior frequência no Direito Civil, em especial “para adequar a

⁴²³ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; DANTAS, Renata Marques Lima. Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 11, p. 73-91, jan./mar. 2017, p. 74.

⁴²⁴ Vide: SCHREIBER, Anderson; VIEGAS, Francisco de Assis. Por uma releitura funcional da legítima no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 19, ano 6, p. 211-250, abr./jun. 2019.; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os herdeiros legitimários no direito civil contemporâneo: ampliação da liberdade de testar e proteção dos vulneráveis. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coord.). *Autonomia Privada, Liberdade Existencial e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.; MADALENO, Rolf. O fim da legítima. *Revista IBDFAM: família e sucessões*, v. 16, p. 31-72. Belo Horizonte: IBDFAM, jul./ago., 2016; BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; DANTAS, Renata Marques Lima. Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 11, p. 73-91, jan./mar. 2017; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; FLEISCHMANN, Simone Tassinari Cardoso. Futuros possíveis para o planejamento sucessório. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 29, p. 101-120, jul./set. 2021.

⁴²⁵ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; FLEISCHMANN, Simone Tassinari Cardoso. Futuros possíveis para o planejamento sucessório. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 29, p. 101-120, jul./set. 2021, p. 107.

⁴²⁶ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; FLEISCHMANN, Simone Tassinari Cardoso. Futuros possíveis para o planejamento sucessório. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 29, p. 101-120, jul./set. 2021, p. 107.

dogmática tradicional do direito privado à ordem constitucional que privilegia a pessoa humana, no sentido da despatrimonialização do direito civil”⁴²⁷.

É uma palavra de origem latina, derivando *de vulnus (eris)*, que significa “ferida”, de modo que a vulnerabilidade é, irredutivelmente, definida como suscetibilidade de ser ferido, com efeito, “[...] a qualificação de pessoas e populações como vulneráveis impõe a obrigatoriedade ética da sua defesa e proteção, para que não sejam “feridas”, maltratadas, abusadas.”⁴²⁸

Na primeira metade do século XX, com o crescimento dos experimentos biomédicos, passou-se a reconhecer a função adjetivante da vulnerabilidade na acepção em que se exige o respeito pelas pessoas, o não fazer mal a outrem e a busca pela equidade. A partir disso, é conferido maior poder às pessoas.⁴²⁹

A partir de 1980, o conceito de vulnerabilidade ampliou-se, assumindo a caracterização da subjetividade, que é construída da relação de um com o outro. Desse modo, a vulnerabilidade passa a ser vista como condição humana que pode ser violada nesse contato com outrem. Consiste, portanto, na “realidade constitutiva da pessoa, como condição universal da humanidade e como indissolavelmente ligada à responsabilidade”⁴³⁰

No âmbito do Direito Civil, há a vulnerabilidade patrimonial, constituindo-se de situação em que o patrimônio da pessoa está suscetível de ser atingido e, desse modo, as normas jurídicas a incidirem estarão alinhadas com os interesses patrimoniais, geralmente, na seara negocial e de responsabilização pecuniária. Nesse diapasão, quando da análise das situações jurídicas existenciais e patrimoniais, em diversas circunstâncias a vulnerabilidade existencial terá embutido um aspecto patrimonial.⁴³¹

⁴²⁷ KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. *Revista de Direito do Consumidor*, Brasília, ano 24, vol. 99, p. 101-123, maio/jun. 2015, p. 102.

⁴²⁸ NEVES, Maria do Céu Patrão. Sentidos da Vulnerabilidade: característica, condição e princípio. *Revista Brasileira de Bioética*, Brasília, vol. 2, n. 2, p. 157-172, 2006, p. 158-159.

⁴²⁹ NEVES, Maria do Céu Patrão. Sentidos da Vulnerabilidade: característica, condição e princípio. *Revista Brasileira de Bioética*, Brasília, vol. 2, n. 2, p. 157-172, 2006, p. 160-163.

⁴³⁰ NEVES, Maria do Céu Patrão. Sentidos da Vulnerabilidade: característica, condição e princípio. *Revista Brasileira de Bioética*, Brasília, vol. 2, n. 2, p. 157-172, 2006, p. 164.

⁴³¹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; DANTAS, Renata Marques Lima. Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 11, p. 73-91, jan./mar. 2017, p. 81.

Quando se trata de determinados grupos vulneráveis, verifica-se que a especial proteção legal incide sobre a peculiaridade que coloca a pessoa em posição de extrema desvantagem e que exige um mecanismo para garantir a igualdade material. Logo, é porque um determinado grupo é considerado vulnerável em algum aspecto que o será para todos, bem como num mesmo grupo as vulnerabilidades podem se revelar diversas.⁴³²

Carlos Nelson Konder defende que podem ser elencados como vulneráveis: (a) a criança, cuja vulnerabilidade existencial associa-se à sua personalidade ainda em desenvolvimento, assim como ela demanda, desde o seu nascimento, amparo material para a sua sobrevivência, e amparo afetivo para a construção de personalidade de forma as dia e sociável; (b) o idoso, cuja vulnerabilidade coloca-se associada à queda das condições de saúde decorrente do envelhecimento, em primeiro plano e, num segundo plano, em razão da sua retirada do mundo do trabalho, o que reduz e compromete sua renda e capacidade física; e (c) a pessoa com deficiência, cuja vulnerabilidade decorre não apenas da privação de um sentido ou de uma habilidade, mas dos efeitos desse fato nas interações sociais.⁴³³

Nesse contexto, sob a diretriz constitucional, o ordenamento infraconstitucional confere tratamento diferenciado e mais protetivo a certos grupos de vulneráveis como crianças e adolescentes (Lei nº 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente), mulheres (dentre outras leis, a de nº 11.340/2006, que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, conhecida como Lei Maria da Penha), idosos (dentre outras, a Lei nº 10.741/2003, Estatuto do Idoso), empregados (Decreto-lei nº 5.452/1943, Consolidação das Leis do Trabalho) e, mais recentemente, as pessoas com deficiência (Lei nº 13.146/2015, Estatuto da Pessoa com Deficiência).⁴³⁴

Pietro Perlingieri defende que o sistema hereditário deve ser revisitado, a fim de valorizar a autonomia negocial, equilibrando-a com o dever de solidariedade. Observa também a importância de prestar mais atenção às

⁴³² BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; DANTAS, Renata Marques Lima. Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 11, p. 73-91, jan./mar. 2017, p. 81.

⁴³³ KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. *Revista de Direito do Consumidor*, Brasília, ano 24, vol. 99, p. 101-123, maio/jun. 2015, p. 110.

⁴³⁴ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; DANTAS, Renata Marques Lima. Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 11, p. 73-91, jan./mar. 2017, p. 82.

necessidades da pessoa dentro da família e, por conseguinte, elaborar critérios mais flexíveis para a individualização dos legitimários. Os critérios devem ser em relação à proximidade do grau de parentesco, em especial considerando o estado de necessidade – entendido *lato sensu* como uma incapacidade de manter condições existenciais adequadas às que desfrutaram durante a vida do falecido –, à duração e seriedade do vínculo afetivo, e a eventuais comportamentos que, ao mesmo tempo em que não integram as hipóteses de indignidade, representam violações dos deveres mais elementares de solidariedade familiar e, assim, devem constituir justa causa de deserdação, mesmo para os herdeiros necessários.⁴³⁵

Conclui-se, desse modo, que a vulnerabilidade é um critério que possibilita a readequação da disciplina normativa da legítima à real perseguição da função de máxima concretização da solidariedade social, desapegando-se da estrutura abstrata e formalista baseada exclusivamente nas classes de herdeiros e graus de parentesco, voltando o foco à promoção da isonomia substancial entre os membros familiares que necessitam de proteção, e que está em conformidade com a Constituição Federal.

Entre as pessoas que devem ser elencadas como vulneráveis para o direito sucessório estão os herdeiros menores de idade (crianças e adolescentes), os idosos e os herdeiros com deficiência, pelas vulnerabilidades já expostas anteriormente. Ressalta-se que se mantêm o grau de parentesco vigente na lei civil, ou seja, os parentes próximos pela presunção de afetividade e laços de solidariedade existente (filho, pais, entre outros) que possuam as mencionadas vulnerabilidades.

Nesse sentido é o posicionamento de Giselda Hironaka, que pontua que a questão da legítima e autonomia privada testamentária fica delicada “[...] com relação ao grupo de pessoas vulneráveis, como os herdeiros incapazes, os herdeiros com deficiência e/ou os herdeiros idosos, em relação a quem o falecido, se vivesse, naturalmente teria o dever de sustento ou de prestar alimentos”, e que, nesses casos, a legislação deve reservar um patrimônio mínimo que seja suficiente para lhes garantir a subsistência digna, devendo ser mantida para essas pessoas uma previsão de legítima.⁴³⁶

⁴³⁵ PERLINGIERI, Pietro. La funzione sociale del diritto successorio. *Rassegna di diritto civile*, 1, p. 131-146, Saggi, 2009, p. 145.

⁴³⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os herdeiros legitimários no direito civil contemporâneo: ampliação da liberdade de testar e proteção dos vulneráveis. In: TEPEDINO, Gustavo;

Além deles, é importante também incluir como vulnerável o cônjuge ou companheiro supérstite que não possua condições econômicas de manter seu padrão de vida e que não tenha sido contemplado com a meação. Esse posicionamento é defendido tanto por Anderson Schreiber⁴³⁷ como por Ana Luiza Nevares⁴³⁸, com o qual se concorda.

Resta, portanto, resolver a questão de como efetivar a proteção aos vulneráveis no direito sucessório, conciliando a autonomia negocial do autor da herança e a solidariedade familiar, o que será abordado na sequência.

3.4.1 A Legítima em Perspectiva Funcional: uma visão propositiva

Com o objetivo de buscar respostas ao problema, passa-se à averiguação de algumas legislações estrangeiras que já conferem, em certo grau, uma proteção aos vulneráveis no direito sucessório.

Nessa linha, cita-se a legislação argentina de 2015, que autoriza o testador a destinar 1/3 da legítima para descendentes ou ascendentes incapacitados – sendo consideradas pessoas com incapacidade aquelas que padecem de uma alteração funcional permanente ou prolongada, física ou mental, que em relação à sua idade e meio social implica em consideráveis desvantagens de integração familiar, educacional ou laboral.⁴³⁹

Assim, admite-se a disposição de parte da legítima em benefício do herdeiro com deficiência, sem prejuízo de sua participação concorrendo com os demais herdeiros. Chama a atenção, também, o conceito amplo de pessoa com

MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coord.). *Autonomia Privada, Liberdade Existencial e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 499-500.

⁴³⁷ SCHREIBER, Anderson; VIEGAS, Francisco de Assis. Por uma releitura funcional da legítima no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 19, ano 6, p. 211-250, abr./jun. 2019, p. 244.

⁴³⁸ NEVARES, Ana Luiza Maia. A crise da legítima no direito brasileiro In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima (coord.). *Contratos, famílias e sucessões: diálogos complementares*. Indaiatuba: Foco, 2019, p. 276.

⁴³⁹ “Artículo 2448. Mejora a favor de heredero con discapacidad El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad. A estos efectos, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral”. ARGENTINA. *Código Civil y Comercial de la Nación*. 1. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2014, p. 376.

incapacidade adotado pela lei argentina, que em muito se parece com a conceituação brasileira de pessoa com deficiência trazida pela Lei nº 13.146 de 2015, qual seja:

Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.⁴⁴⁰

Por sua vez, o Código Civil da Catalunha, estado autônomo da Espanha, regulamentou a “quarta viudal” em seu artigo 452-1⁴⁴¹, que nada mais é do que a tutela do cônjuge ou companheiro em situação de vulnerabilidade econômica. Nesse caso, a legislação estabelece que o cônjuge ou companheiro supérstite que não possua recursos econômicos suficientes para satisfazer suas necessidades tem o direito de obter na sucessão a quantia suficiente para atender às suas necessidades, no limite máximo de 1/4 dos bens.

O mencionado dispositivo ainda dispõe expressamente, no item 2, que, para fins de determinação das necessidades do cônjuge/companheiro, deve-se considerar: (a) o padrão de vida de que usufruíram durante a coabitação; (b) o patrimônio, (c) a sua idade; (d) estado de saúde; (e) os salários ou outros rendimentos que está recebendo; (f) as perspectivas econômicas previsíveis e (g) qualquer outra circunstância relevante.

O direito inglês, a despeito de prevalecer atualmente um sistema de plena liberdade testamentária, privilegia a proteção aos dependentes do falecido. Tal proteção é concretizada por intermédio do Poder Judiciário, a quem é dado discricionariedade para reformar testamentos que não contemplaram os dependentes,

⁴⁴⁰ BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. *Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm#art105. Acesso em: 09 jun. 2022.

⁴⁴¹ “Artículo 452-1. Derecho a la cuarta viudal.

1. El cónyuge viudo o el conviviente en pareja estable que, con los bienes propios, los que puedan corresponderle por razón de liquidación del régimen económico matrimonial y los que el causante le atribuya por causa de muerte o en consideración a esta, no tenga recursos económicos suficientes para satisfacer sus necesidades tiene derecho a obtener en la sucesión del cónyuge o conviviente premuerto la cantidad que sea precisa para atenderlas, hasta un máximo de la cuarta parte del activo hereditario líquido, calculado de acuerdo con lo establecido por el artículo 452-3.

2. Para determinar las necesidades del cónyuge o del conviviente acreedor, debe tenerse en cuenta el nivel de vida de que disfrutaba durante la convivencia y el patrimonio relicto, así como su edad, el estado de salud, los salarios o rentas que esté percibiendo, las perspectivas económicas previsibles y cualquier otra circunstancia relevante”. COMUNIDADE AUTÓNOMA DA CATALUNHA. Ley 10, de 10 de julho de 2008. Livro IV do Código Civil, relativo às sucessões. Disponível em: <https://www.boe.es/eli/es-ct/l/2008/07/10/10/con>. Acesso em: 09 jun. 2022.

outorgando-lhes provisão suficiente para a sua subsistência, denominada pela doutrina inglesa de *judicial discretion*.⁴⁴²

O Ato de 1975 autoriza que certos parentes pleiteiem à Corte uma provisão financeira razoável caso fiquem desamparados, em razão da abertura da sucessão. Podem pleitear os cônjuges e companheiros, ex-cônjuges e ex-companheiros que não contraíram novas núpcias ou não constituíram nova união estável, filhos ou pessoas que tenham sido tratados como filhos pela família, e os dependentes do autor da herança.⁴⁴³

Todavia, esclarece-se que o direito inglês sofre severas críticas quanto à carência de padrões objetivos no Ato de 1975, ou seja, quanto à discricionariedade do julgador, embora as bases que sustentam as regras de provisão e, de modo geral, o direito hereditário da Inglaterra, estão fundadas no princípio da solidariedade.⁴⁴⁴

Outra crítica que deve ser levantada ao direito inglês diz respeito ao acesso à justiça, que é muito oneroso, o que pode repelir o demandante que, em geral, é uma pessoa de meios modestos, necessitando da revisão judicial para receber a provisão para sua subsistência, que deve considerar pleitear colocando seus poucos recursos financeiros para participar de um processo judicial destinado à interpretação de regras com máxima discricionariedade.

Quanto à alteração da legislação brasileira, deve-se ter como ponto de partida que a reserva legítima deve permanecer cogente, a fim de ser vedada a livre disposição dos bens – o que levaria à insegurança das pessoas que necessitam da proteção patrimonial do autor da herança, propondo a modificação, portanto, dos critérios funcionais de identificação dos herdeiros necessários.

Concorda-se, ainda, com o posicionamento defendido por Anderson Schreiber⁴⁴⁵, de manutenção do *quantum* legítimo em metade dos bens da herança, conforme artigo 1.789 do Código Civil. Isso porque a abolição da legítima, como ocorre

⁴⁴² ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. *O direito de herança e a liberdade de testar*: um estudo comparado entre os sistemas jurídicos brasileiro e inglês. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 22.

⁴⁴³ NEVARES, Ana Luiza Maia. A crise da legítima no direito brasileiro. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima (coord.). *Contratos, famílias e sucessões*: diálogos complementares. Indaiatuba: Foco, 2019, p. 265.

⁴⁴⁴ ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. *O direito de herança e a liberdade de testar*: um estudo comparado entre os sistemas jurídicos brasileiro e inglês. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 109.

⁴⁴⁵ SCHREIBER, Anderson; VIEGAS, Francisco de Assis. Por uma releitura funcional da legítima no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 19, ano 6, p. 211-250, abr./jun. 2019, p. 240.

na Inglaterra, levaria a uma enorme judicialização e insegurança jurídica, além de elevar a autonomia privada testamentária a um patamar absoluto, pois somente admitiria restrições a título excepcional, e que deveria ser comprovada no Poder Judiciário.

Porém, merecem ser revistos os critérios adotados pelo legislador para definir as pessoas que devem ser protegidas pela legítima. Como aventado no tópico anterior, o presente trabalho concluiu que os vulneráveis – menores de idade, idosos, pessoas com deficiência e cônjuge/companheiro que não foram contemplados com a meação e não possuam condições econômicas de manter seu padrão de vida – são os herdeiros que precisam de tal proteção.

Em vista disso, não se pode deixar que a criação de critérios funcionais – necessariamente concretos – torne-se tão casuística que o direito sucessório passe a estar desprovido de segurança jurídica, como ocorre no direito inglês citado acima. Ou seja, deve-se evitar que cada sucessão seja analisada individualmente pelo Poder Judiciário, sob pena de excessiva judicialização, pois, além dos ônus econômicos, também se devem considerar os ônus emocionais impostos sobre uma família já atingida pelo falecimento de um ente. Portanto, é indispensável que a legislação tenha critérios objetivos para identificação daqueles que devem merecer a proteção legítima.⁴⁴⁶

Sobre esse aspecto, a legislação sucessória brasileira deveria prever uma especial atenção aos herdeiros (a) menores de idade, (b) com deficiência, (c) idosos, e (d) cônjuges e companheiros no tocante a aspectos que realmente dependiam do autor da herança, procurando concretizar, na transmissão hereditária, um espaço de promoção da pessoa que atenda às singularidades dos herdeiros, especialmente diante de sua vulnerabilidade e de seus vínculos com os bens que compõem a herança, bem como protegendo a liberdade do testador quando não se vislumbrar na família aqueles que necessitam de uma proteção patrimonial quando da morte de um familiar.⁴⁴⁷

⁴⁴⁶ SCHREIBER, Anderson; VIEGAS, Francisco de Assis. Por uma releitura funcional da legítima no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 19, ano 6, p. 211-250, abr./jun. 2019, p. 241.

⁴⁴⁷ NEVARES, Ana Luiza Maia. A crise da legítima no direito brasileiro. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima (coord.). *Contratos, famílias e sucessões: diálogos complementares*. Indaiatuba: Foco, 2019, p. 271.

Desse modo, o rol de herdeiros necessários passaria a ser: (a) os filhos menores de idade, (b) filhos maiores incapazes ou com deficiência, (c) descendentes idosos, e (d) cônjuges e companheiros cônjuge/companheiro que não possuam condições econômicas de manter seu padrão de vida e que não foram contemplados com a meação. Entretanto, não se trataria de direito absoluto, cabendo a qualquer outro herdeiro a faculdade de contestar sua pretensão, demonstrando a ausência de necessidade econômica.⁴⁴⁸

Ana Luiza Nevares, apesar de afirmar que os herdeiros vulneráveis também seriam os citados acima, conclui que a reserva da legítima não deveria ser devida ao cônjuge/companheiro, tendo em vista a “[...] possibilidade de o cônjuge herdar bens que vieram da família do primeiro consorte falecido, em detrimento dos filhos das primeiras núpcias, muito pertinentes diante da nova dinâmica das famílias recompostas.”⁴⁴⁹, e que ao cônjuge seria devido o direito real de habitação, mas que deve ser estendido aos demais herdeiros vulneráveis cuja moradia dependia daquela do falecido⁴⁵⁰.

Contudo, discorda-se de tal posicionamento, pois, conforme explanado anteriormente, o cônjuge/companheiro sobrevivente, que não possua direito à meação e não tenha condições econômicas de manter seu padrão de vida é vulnerável e merece proteção, conforme se verifica, inclusive, na legislação da Catalunha.

Conclui-se, desse modo, que os parentes próximos e vulneráveis do falecido devem ser tutelados patrimonialmente pelo instituto da legítima, fixado em metade do patrimônio do autor da herança. Tais pessoas são (a) os filhos menores de idade, (b) filhos maiores incapazes ou com deficiência, (c) descendentes idosos, e (d) cônjuges e companheiros cônjuge/companheiro que não possuam condições econômicas de manter seu padrão de vida e que não foram contemplados com a meação.

⁴⁴⁸ SCHREIBER, Anderson; VIEGAS, Francisco de Assis. Por uma releitura funcional da legítima no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 19, ano 6, p. 211-250, abr./jun. 2019, p. 241.

⁴⁴⁹ NEVARES, Ana Luiza Maia. A crise da legítima no direito brasileiro. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima (coord.). *Contratos, famílias e sucessões: diálogos complementares*. Indaiatuba: Foco, 2019, p. 271.

⁴⁵⁰ NEVARES, Ana Luiza Maia. A crise da legítima no direito brasileiro. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima (coord.). *Contratos, famílias e sucessões: diálogos complementares*. Indaiatuba: Foco, 2019, p. 276.

Desse modo, o direito sucessório caminha para sua atualização, com base na sociedade atual, na legalidade constitucional, com foco nas pessoas e promovendo a efetiva conciliação entre autonomia privada testamentária e proteção da família, em razão da solidariedade, observando concretamente as necessidades dos parentes próximos ao autor da herança.

Portanto, o instituto da legítima deve ser mantido no ordenamento jurídico pátrio, a fim de proteger materialmente a família, porém, deve ser repensado e reformulado, uma vez que os atuais moldes da reserva compulsória não estão adequados às mudanças pelas quais a sociedade passou. Assim, objetivando o equilíbrio entre autonomia privada do testador e a solidariedade familiar, bem como visando à promoção da pessoa, e considerando a despatrimonialização do direito civil, é necessária a releitura funcional da legítima, ou seja, sua relativização, observando a pessoa em concreto que merece tutela jurídica.

4 PROPOSTA DE *LEGE FERENDA*

PROJETO DE LEI Nº , DE 2022

Altera o Código Civil para fixar a legítima para os herdeiros necessários vulneráveis.

Art.1º Esta lei altera a Lei nº 10.046, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil) para fixar a legítima para os herdeiros necessários vulneráveis.

Art.2º A Lei nº 10.046, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 1.789. Havendo herdeiros necessários vulneráveis, o testador só poderá dispor da metade da herança.” (NR)

“Art. 1.845. São herdeiros necessários vulneráveis:
§1º os descendentes menores de idade e/ou com deficiência;
§2º os ascendentes idosos e/ou com deficiência;
§3º o cônjuge ou companheiro que não possua condições econômicas de manter seu padrão de vida e que não foi contemplado com a meação.” (NR)

“Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários vulneráveis, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.” (NR)

“Art. 1.849. O herdeiro necessário vulnerável, a quem o testador deixar a sua parte disponível, ou algum legado, não perderá o direito à legítima.” (NR)

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

CONCLUSÃO

O Direito das Sucessões cuida da transmissão dos direitos e das obrigações de uma pessoa que veio a falecer a outra sobreviva, tanto por vontade da lei como pela vontade expressa do transmissor. Assim, a sucessão abordada na presente pesquisa é aquela que tem na morte o seu pressuposto necessário e justificador e, mais especificamente, a sucessão testamentária.

Este ramo do direito possui muitas influências, como a do direito romano, germânico, canônico, medieval, além do direito português. Embora a sucessão tenha sofrido modificações, ficou claro que possui muitas similaridades com o direito antigo. A sucessão por morte passou por uma longa evolução, desde a sua inexistência – quando a propriedade era coletiva e, portanto, não havia possibilidade de se suceder – passando pela inter-relação entre culto familiar e propriedade do direito romano antigo, com sucessão apenas da linha masculina, pela inexistência do testamento e depois por sua regulamentação, a retirada do direito de primogenitura, chegando até os dias atuais.

No que tocam as questões históricas do direito sucessório pátrio, esse foi fortemente influenciado pelo Código Civil Napoleônico e também pelo direito germânico, além da legislação portuguesa. Ressalta-se que o direito português continuou vigente no Brasil mesmo depois de sua independência, por meio das Ordenações do Reino, até a entrada em vigor do Código Civil de 1916, utilizando o modelo de propriedade familiar em contexto semifeudal, com grande concentração da propriedade na pessoa do patriarca familiar e manutenção da organização familiar mesmo com o seu falecimento.

Assim, observou-se que o ordenamento jurídico brasileiro, – com as diversas influências que obteve, buscou por muito tempo garantir uma tutela jurídica de conteúdo visivelmente econômico, com o foco no patrimônio e não na pessoa. Apesar da evidente evolução com a Constituição de 1988, o direito sucessório permaneceu estanque.

Quanto à sucessão e suas implicações negociais, verificou-se que, tendo em vista o recorte temático da sucessão testamentária, está-se diante de uma relação jurídica: existe o nexo entre as pessoas (falecido e seus herdeiros) para concretização de seus objetivos, que é a transmissão da herança conforme disciplinado pela autonomia do testador e/ou em lei.

O testamento, por sua vez, é um negócio jurídico porque é instrumento de realização de interesses privados do testador (patrimoniais ou não), por meio do qual dispõe como melhor lhe aprouver a destinação de seus bens para momento posterior ao seu falecimento, dentro dos limites legais, fazendo da sua vontade lei entre as partes envolvidas nessa relação jurídica.

O negócio jurídico testamentário somente produzirá efeitos no futuro (após a morte do testador), pode ser revogado a qualquer tempo sem necessidade de justificativa, e confere ampla margem de liberdade ao autor da herança, permite arrependimentos e alterações, porém não permite a perda da posse e tampouco da propriedade dos bens, continuando o testador em pleno gozo de seu patrimônio.

O testamento deve ser considerado respeitando a despatrimonialização do direito civil, com o objetivo de tutelar a dignidade da pessoa humana, com o foco nas pessoas envolvidas no fenômeno sucessório e não na transmissão de patrimônio em si, desempenhando uma função positiva no ordenamento jurídico, sua função promocional.

Por ser negócio jurídico, o testamento é instrumento de manifestação da vontade do testador. Ocorre que a liberdade do autor da herança para testar não é ilimitada, pois há imposição legal do instituto da legítima, que é a reserva compulsória de metade do seu patrimônio quando o testador possuir herdeiros necessários, conforme previsto no Código Civil.

De fato, observou-se que o testador possui autonomia privada e não autonomia da vontade para reger suas relações sucessórias. Isso porque esta se aplicava de forma ampla e irrestrita nas relações negociais, uma vez que considerava a igualdade formal das partes, não tendo o Estado qualquer ingerência na vida privada dos particulares, enquanto aquela permite a criação de autorregramento entre as partes da relação negocial, desde que dentro dos limites legais, impostos pelo Estado.

A limitação da legítima teve origem no direito romano, foi instituída para proteger os entes familiares que dependiam do *pater familia*, a fim de que não ficassem desamparados na hipótese de o autor da herança os excluir da sucessão. Como já foi observado, o direito brasileiro foi fortemente influenciado pelo direito romano antigo e pelo direito português. Com relação ao último, notou-se que as Ordenações do Reino fixaram a quota legítima, reservada aos herdeiros necessários, em 2/3 do patrimônio, o que foi alterado apenas com o Decreto nº 1.839 de 1907, passando a ser metade dos bens, como permanece atualmente.

Desse modo, a existência de herdeiros necessários é ponto de partida para aplicação da imposição da legítima. As pessoas que compõem o rol de herdeiros necessários foi uma escolha legislativa, o que demonstra a interferência estatal nas relações privadas familiares, pois o Estado decidiu quem são os entes familiares que merecem a proteção da legítima, de modo abstrato e formal, limitando a autonomia privada do testador.

A herança é protegida constitucionalmente, com previsão expressa no artigo 5º, XXX da Carta Magna, com a intangibilidade das cláusulas pétreas. Contudo, a Constituição Federal não estabeleceu quem é seu destinatário nem a quantia que o herdeiro deve receber, já que é papel do Código Civil determinar tais regras, e onde se conclui, portanto, que há possibilidade de revisar o instituto da legítima sem haver inconstitucionalidade.

Observou-se que a legítima permanece no ordenamento jurídico brasileiro atualmente em razão dos deveres de afeto e solidariedade familiar que se presume haver entre os parentes mais próximos do falecido, aqueles elencados como herdeiros necessários, ainda que os fundamentos da criação e manutenção do referido instituto na antiguidade e Idade Média não mais vigoram hoje: a copropriedade patrimonial entre os familiares, a proteção do primogênito e a preservação do clã.

A dicotomia existente entre defensores e opositores da reformulação da legítima está na visão da família que deve ser protegida por meio da solidariedade: a pessoa que integra o seio familiar, ou a estrutura familiar que realiza a promoção das pessoas que a integram, ambos os polos sustentando a despatrimonialização do direito civil, a legalidade constitucional, promovendo a pessoa em detrimento do patrimônio.

Concluiu-se que a tese de proteção da família baseada em sua estrutura, ou seja, que a estrutura familiar é merecedora de tutela sem análise dos sujeitos que a compõem, não se sustenta, uma vez que a solidariedade é uma responsabilidade recíproca e bilateral, vinculando os integrantes da família, e que consiste em direitos e obrigações de assistência, colaboração e manutenção, de cuidados materiais e imateriais, e que nem sempre está presente nas relações entre autor da herança e os herdeiros denominados necessários.

A família tem proteção constitucional, mas não como um interesse superior e individual, mas em função da realização das exigências individuais, como

local onde a pessoa se desenvolve. O objetivo da família é a educação e a promoção daqueles que a ela pertencem, em suas várias modalidades de organização.

Desse modo, chegou-se à conclusão de que a legítima deve se fundamentar nas qualidades específicas do herdeiro e suas relações com o autor da herança no seio da convivência familiar, considerando a propriedade pessoal como instrumento apto à realização da dignidade da pessoa, afigurando-se possível a construção de reforma legislativa com o fito de modificar os contornos da legítima.

Ao observar a efetiva necessidade da pessoa dentro da família, sob o foco na promoção da isonomia substancial ente os membros familiares, com o objetivo de valorizar a autonomia negocial e equilibrá-la com o dever de solidariedade familiar, conclui-se que a vulnerabilidade é um critério que possibilita a readequação normativa do instituto da legítima.

Os herdeiros considerados vulneráveis seriam os menores de idade, idosos e os com deficiência, assim como o cônjuge ou companheiro supérstite que não possua condições econômicas de manter seu padrão de vida e que não tenha sido contemplado com a meação.

Portanto, na hipótese de o testador possuir tais herdeiros necessários vulneráveis, deve haver a imposição da reserva legítima, limitando sua autonomia privada testamentária diante da função promocional do testamento e da solidariedade familiar e promovendo esses familiares que necessitam da proteção patrimonial conferida pelo ordenamento, na legalidade constitucional.

REFERÊNCIAS

- ABREU FILHO, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- ALEMANHA. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Berlim, 1896 [2002]. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>. Acesso em: 28 mar. 2022.
- ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Direito De Família Mínimo: A possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no Direito de Família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- AMARAL, Ana Claudia Corrêa Zuin Mattos do; HATOUM, Nida Saleh; HORITA, Marcos Massashi. O Paradigma Pós-Moderno Do Negócio Jurídico e a Necessidade De Uma Nova Concepção Na Contemporaneidade. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 21, n. 2, p. 261-297, jul. 2017. DOI:10.5433/2178-8189.2017v21n1p262.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 9. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.
- ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. *O direito de herança e a liberdade de testar: um estudo comparado entre os sistemas jurídicos brasileiro e inglês*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- ANTONINI, Mauro. Apontamentos sobre a evolução e o perfil contemporâneo do direito das sucessões brasileiro. In.: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello (Coord.). *Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do Direito Civil codificado no Brasil*. V.2. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2018.
- ARGENTINA. *Código Civil y Comercial de la Nación*. 1. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2014.
- ARIËS, Philippe. *História da morte no Ocidente: da Idade Média aos nossos dias*. Tradução Priscila Viana de Siqueira. Ed. especial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O espírito de compromisso do direito das sucessões perante as exigências individualistas de autonomia da vontade e as supra-individualistas da família. Herdeiro e legatário. *Revista Da Faculdade De Direito*, Universidade de São Paulo, 95, 273-281, 2000. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67469>. Acesso em 10 dez. 2021.
- BAGGIO, Antônio Maria. A redescoberta da fraternidade na época do “terceiro 1789”. In. BAGGIO, Antônio Maria (Org.). *O princípio esquecido: a fraternidade na*

reflexão atual das ciências políticas. Tradução de Durval Cordas, Iolanda Gaspar e José Maria de Almeida. Vargem Grande Paulista: Cidade Nova, 2008.

BECKERT, Jens. The longue durée of inheritance law: discourses and institutional development in France, Germany, and the United States since 1800. *European Journal of Sociology*, Cambridge, v. 48, n. 1, p. 79-120, 2007.

BERLIN, Isaiah. *Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios*. Tradução Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução: Servanda Editora. Campinas: Servanda, 2008.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1983.

BIANCA, Cézare Massimo. *Diritto civile: la famiglia le succesioni*. 4. ed. rev. e atual. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 2005.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; DANTAS, Renata Marques Lima. Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 11, p. 73-91, jan./mar. 2017.

BRASIL. *[Constituição (1988)]*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 28 abr. 2022.

BRASIL. *[Constituição (1891)]*. Constituição da República Dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 30 jan. 2022.

BRASIL. *Decreto nº 1.839*, de 31 de dezembro de 1907. Regula o deferimento da herança no caso da sucessão ab intestato. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1839-31-dezembro-1907-580742-republicacao-103783-pl.html>. Acesso em: 15 fev. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. *Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm#art105. Acesso em: 09 jun. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.046, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 31 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962. *Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4121.htm. Acesso em: 08 jun. 2022.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1 de janeiro de 1916. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm. Acesso em: 28 abr. 2022

CAHALI, Francisco José. Introdução ao direito das sucessões. In: CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Curso avançado de direito civil: direito das sucessões*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das sucessões*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. E-book.

CATALAN, Marcos. Direito das Sucessões: Por que e para quem? Reflexões a partir da realidade brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil (RTDC)*, Rio de Janeiro, v. 44, ano 11, p. 135-147, out./dez. 2010.

COMUNIDADE AUTÔNOMA DA CATALUNHA. *Ley 10, de 10 de julho de 2008*. Livro IV do Código Civil, relativo às sucessões. Disponível em: <https://www.boe.es/eli/es-ct/l/2008/07/10/10/con>. Acesso em: 09 jun. 2022.

COMUNIDADE AUTÔNOMA DE GALÍCIA. *Ley 2, de 14 de junho de 2006*, de direito civil de Galicia. Disponível em: <https://www.boe.es/eli/es-ga/l/2006/06/14/2/con>. Acesso em: 07 jun. 2022.

CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. In: MONTEIRO, João Paulo, et. al. *Filosofia Política 2*. Porto Alegre: L&PM Editores, 1985.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths; RAMOS, André Luiz Arnt. Liberdade testamentária versus sucessão forçada: anotações preliminares sobre o direito sucessório brasileiro. *Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (Univel)*, Cascavel, n. 4, p. 41-73, maio 2015.

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

DELGADO, Mário Luiz. *Codificação, Descodificação, Recodificação do Direito Civil Brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DELGADO, Mario Luiz. O cônjuge e o companheiro como herdeiros necessários. *Revista Jurídica Luso-Brasileira – RJLB*, Lisboa, Ano 4, nº 5, p.1253-1283. 2018.

DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial: introduccion teoria del contrato*. 5. ed. V. 1., Madri: Civitas, 1996.

EQUIPARAÇÃO de cônjuge e companheiro na sucessão ainda gera polêmica e promove o debate. *IBDFAM*, 14 nov. 2018. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/6813>. Acesso em: 28 abr. 2022.

FACCHINI NETO, Eugênio. Code civil francês: Gênese e difusão de um modelo. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 50, p. 59-88. Número 198 abr./jun. 2013.

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

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: sucessões*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Tradução de Luis Sancho Mendizábal. Granada: Comares, 2001.

FRANÇA. *Code Civil des Français*. Décrété le 14 Ventôse na XI. Paris, 1804.

FRANÇA. *Code Civil des Français*. Décrété le 14 Ventôse na XI. Paris, 1804 [2022]. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006070721/>. Acesso em: 31 mar. 2022.

FRANK, Felipe. *Autonomia Sucessória e Pacto Antenupcial: problematizações sobre o conceito de sucessão legítima e sobre o conteúdo e os efeitos sucessórios das disposições pré-nupciais*. 2017. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017.

FRIEDMAN, Lawrence M. The Law of the Living, the Law of the Dead: Property, Succession, and Society. *Wisconsin Law Review*, Madison: University of Wisconsin Law School, v. 340, p. 340-378. 1966.

FUSTEL DE COULANGES, Numa-Denys. *A Cidade Antiga*. Tradução de Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Editora das Américas, 2006. *Ebook*.

GOMES, Renata Raupp. *A função social da legítima no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A forma como foi disciplinada a sucessão testamentária em nosso país é um obstáculo para a maior utilização do ato de última vontade no Brasil? *Revista Jurídica Luso-Brasileira (RJLB)*, Lisboa, Ano 3, n. 1. p. 413-422, 2017.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Cônjuge e companheiro são herdeiros necessários? In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; NEVARES, Ana Luiza Maia (Coord.). *Direito das sucessões: Problemas e tendências*. Indaiatuba: Foco, 2022. *E-book*.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das sucessões: introdução. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os herdeiros legitimários no direito civil contemporâneo: ampliação da liberdade de testar e proteção dos vulneráveis. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coord.). *Autonomia Privada, Liberdade Existencial e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

HUNGRIA. 2013. *évi V. törvény [Ptk.]*. Budapeste: 2013. Disponível em: <https://net.jogtar.hu/jogszabaly?docid=a1300005.tv>. Acesso em: 31 mar. 2022.

IBGE. *Estatísticas*. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9126-tabuas-completas-de-mortalidade.html?edicao=18026>. Acesso em: 09 jun. 2022.

ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. *Elementos de Direito das Sucessões*: Exposição doutrinária do Livro IV da parte especial do Código Civil brasileiro. Rio de Janeiro: Oficinas Graphicas do “Jornal do Brasil”, 1918.

ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. *Tratado de Direito das Sucessões*: Exposição doutrinária do Livro IV da parte especial do Código Civil brasileiro. V. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1936.

ITÁLIA. *Codice Civile*. Regio Decreto 16 marzo 1942-XX, n. 262. Roma [2020]. Disponível em: <https://www.gazzettaufficiale.it/sommario/codici/codiceCivile>. Acesso em: 31 mar. 2022.

KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. *Revista de Direito do Consumidor*, Brasília, ano 24, vol. 99, p. 101-123, maio/jun. 2015.

LA INSTITUTA DE GAIO. Descubierta recientemente en ün palimpsecto de la biblioteca capitular de Verona. Traducida por primera vez al castellano. Madri: Sociedad literária y tipográfica, 1845.

LARENZ, Karl. *Derecho Civil*: parte general. Tradução: Miguel Izquierdo y Macias-Picavea. Madri: Revista de Derecho Privado, 1978.

LÊDO, Ana Paula Ruiz; SABO, Isabela Cristina; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. Existencialidade humana: o negócio jurídico na visão pós-moderna. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 6, n. 1, 2017. Disponível em: <http://civilistica.com/existencialidade-humana-o-negocio-juridico/>. Acesso em: 02 out. 2020.

LÔBO, Paulo. *Direito civil*: sucessões. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. *Ebook*.

LÔBO, Paulo. Direito constitucional à herança, saisine e liberdade de testar. In: IX CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. 2014. *Anais [...]*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2014. p.35-46. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/publicacoes/anais>. Acesso em: 28 abr. 2022.

LÔBO, Paulo. Saisine e Liberdade de Testar: A Experiência Brasileira. *Genjurídico*, mar. 2018. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2018/03/09/saisine-e-liberdade-de-testar-experiencia-brasileira/>. Acesso em: 05 dez. 2021.

MADALENO, Rolf. *Sucessão legítima*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MADALENO, Rolf. O fim da legítima. *Revista IBDFAM: família e sucessões*, Belo Horizonte, v. 16, p. 31-72, jul./ago., 2016.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito das sucessões*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MALTA. Cap. 16 of the Laws of Malta. *Civil Code*. 1870 [2021]. Disponível em: <https://legislation.mt/eli/cap/16/eng/pdf>. Acesso em: 31 mar. 2022.

MARQUES, Claudia Lima. Cem anos de Código Civil Alemão: o BGB de 1896 e o Código Brasileiro de 1916. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, p. 71-97, v.13, 1997.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. Art. 5º, XXX – é garantido o direito de herança. In: MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEONCY, Leo Ferreira; STRECK, Lenio Luiz. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. E-book.

MARTINS-COSTA, Judith. Família e sucessões: a necessidade de um modelo inter-sistemático. Prefácio a COSTALUNGA, Karime. Direito de herança e separação de bens: uma leitura orientada pela Constituição e pelo Código Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith. *Modelos do Direito Privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das Sucessões*. V.1. 4. ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1958.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Liberdade Testamentária de Conviventes em União Estável, à Luz do Código Civil e de Decisões do STF. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*, Nº 45, Nov./Dez. 2021, p. 29-41.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*, 1ª parte. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MÉXICO. *Código Civil Federal* de 1928 [2007]. Disponível em: <https://mexico.justia.com/federales/codigos/codigo-civil-federal/>. Acesso em: 06 abr. 2022.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Sécondat, Barão de. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MULTEDO, Renata Vilela. *Liberdade e família: limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais*. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria dos contratos: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NEVARES, Ana Luiza Maia. A crise da legítima no direito brasileiro. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima (coord.). *Contratos, famílias e sucessões: diálogos complementares*. Indaiatuba: Foco, 2019.

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

NEVARES, Ana Luiza Maia. Como testar em momento de pandemia e isolamento social? In: NEVARES, Ana Luiza Maia; XAVIER, Luciana Pedroso; MARZAGÃO, Silvia Felipe (Coords.) *Coronavírus: impactos no Direito de Família e Sucessões*. Indaiatuba: Foco, 2020.

NEVARES, Ana Luiza Maia; MEIRELES, Rose Melo Venceslau; TEPEDINO, Gustavo. *Direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NEVARES, Ana Luiza Maia. Perspectivas para o planejamento sucessório. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões*, Belo Horizonte, v. 18, p. 11-31, nov./dez., 2016.

NEVES, Maria do Céu Patrão. Sentidos da Vulnerabilidade: característica, condição e princípio. *Revista Brasileira de Bioética*, Brasília, vol. 2, n. 2, p. 157-172, 2006.

NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária*. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária*. V. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

OTERO, Marcelo Truzzi. Releitura do direito sucessório a partir da perspectiva existencial. *Revista Nacional do Direito de Família e Sucessões*, Porto Alegre: Magister, v. 3, p. 5-15, nov./dez. 2014.

PARAGUAI. Lei nº 1183, de 18 de dezembro de 1985. *Código Civil*. Santiago: Congresso Nacional. Disponível em: <https://www.bacn.gov.py/leyes-paraguayas/528/codigo-civil-v-parte-libro-quinto>. Acesso em: 31 mar. 2022.

PAZ, Enrique Martinez. *Introducción al Derecho de la Sucesión Hereditaria*. Buenos Aires: Tipográfica Argentina, 1953.

PERU. Decreto Legislativo nº 295, de 25 de julho de 1984. *Código Civil*. Lima: Presidência da República. Disponível em: <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2015/01/Codigo-Civil-MINJUS-BCP.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2022.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito das sucessões*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. [VitalSource Bookshelf].

PERLINGIERI, Pietro. La funzione sociale del diritto successorio. *Rassegna di diritto civile*, 1, p. 131-146, Saggi, 2009.

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

PONA, Éverton Willian; AMARAL, Ana Claudia Corrêa Zuin Mattos do. A vida numa casca de noz? A insuficiência do direito subjetivo e a potencialidade das situações jurídicas como categoria base para a aplicação do direito e realização da autonomia privada. In: PONA, Éverton Willian; AMARAL, Ana Claudia Corrêa Zuin Mattos do; MARTINS, Priscila Machado (Coord.). *Negócio jurídico e liberdades individuais: autonomia privada e situações jurídicas existenciais*. Curitiba: Juruá, 2016.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. T. LVI: direito das sucessões – sucessão testamentária. Atualizado por: Giselda Hironaka e Paulo Lôbo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. *Ebook*.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. T. LV: sucessão em geral: sucessão legítima. Atualizado por: Giselda Hironaka e Paulo Lôbo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 47344. Diário do Governo n.º 274/1966, Série I de 1966-11-25 [2022]. *Código Civil*. Lisboa: Assembleia da República. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1966-34509075-58403672>. Acesso em: 31 mar. 2022.

PORTUGAL. Lei de 9 de setembro de 1769. In: *Ordenações Filipinas*. Livro IV. 9 ed. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1824. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242733>. Acesso em: 15 fev. 2022.

PORTUGAL. *Ordenações Afonsinas*. Livro IV. Coimbra: Real Imprensa da Universidade, 1792. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/20280>. Acesso em: 22 abr. 2022.

PORTUGAL. *Ordenações Filipinas*. Livro IV. 9 ed. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1824. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242733>. Acesso em: 15 fev. 2022.

PORTUGAL. *Ordenações Manuelinas*. Livro IV. Coimbra: Real Imprensa da Universidade, 1797. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/20280>. Acesso em: 22 abr. 2022.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 2017.

REPÚBLICA TCHECA. Lei nº 89, de 3 de fevereiro de 2012. *Občanský Zákoník*. Praga. Disponível em: https://aplikace.mvcr.cz/sbirka-zakonu/SearchResult.aspx?q=89/2012&typeLaw=zakon&what=Cislo_zakona_smlouvy. Acesso em: 31 mar. 2022.

RIBEIRO, Raphael Rego Borges. A perspectiva objetiva do direito fundamental à herança. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 17, n. 1, p. 130-151, abr. 2022. DOI:10.5433/24157-108104-1.2022v17n1p.130

RIBEIRO, Raphael Rego Borges. Breves reflexões sobre os fundamentos da herança à luz da metodologia civil-constitucional. *Civilistica.com*, v. 11, n. 1, p. 1-32. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/720/608>. Acesso em: 29 maio 2022.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito da Modernidade e na Pós-modernidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília a. 41 n. 163 jul./set. 2004.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Liberdade(s) e Função: Contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do Direito Civil brasileiro*. 2009. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009.

SANTOS, Franciele Barbosa; PAIANO, Daniela Braga. Autonomia privada nas relações familiares: é possível namorar atualmente?. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, vol. 16, n. 3, p. 10-27, 2021. DOI:<https://doi.org/10.46560/meritum.v16i3.8735>.

SCAFF, Fernando Campos. As novas figuras contratuais e a autonomia da vontade. *Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo*, 91, 141-159, 1996. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67332>. Acesso em: 10 dez. 2021.

SCHREIBER, Anderson; VIEGAS, Francisco de Assis. Por uma releitura funcional da legítima no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 19, ano 6, p. 211-250, abr./jun. 2019.

SIMÃO, José Fernando. Contrato de doação e testamento como formas de planejamento sucessório. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio; ALMEIDA JÚNIOR, Vitor de Azevedo. Legítima e liberdade testamentária no direito civil contemporâneo: entre a autonomia

e a solidariedade. *Pensar*, Fortaleza, v. 26, n. 2, p. 1-14, abr./jun. 2021. DOI: 10.5020/2317-2150.2021.11484.

STF. *Recurso Extraordinário nº 646.721/RS*. Relator: Marco Aurélio. Relator para Acórdão: Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2017, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-204. Divulgado em 08/09/2017. Publicado em 11-09-2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur373165/false>. Acesso em: 11 nov. 2021, *online*.

STF. *Recurso Extraordinário nº 878.694/MG*. Relator: Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2017, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-021. Divulgado em 05/02/2018. Publicado em 06/02/2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4744004>. Acesso em: 17 nov. 2021, *online*.

STJ. *Jurisprudências em Teses*. Edição n. 50, publicado em 11 fev. 2016. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>. Acesso em: 12 nov. 2021, *online*.

SURGIK, Aloísio. A influência da história na sucessão testamentária. *Doutrinas Essenciais de Família e Sucessões*. p. 1-31. Ano 1, Vol. VI, Ago. São Paulo: Thomson Reuters ProView, 2011.

TARTUCE, Flávio. Fundamentos do direito das sucessões em outros sistemas e no Brasil. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*. Belo Horizonte, v. 25, p. 117-140, jul./set. 2020. DOI 10.33242/rbdc.2020.03.006.

TARTUCE, Flávio. O companheiro como herdeiro necessário. *Migalhas*, 25 jul. 2018, Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/284319/o-companheiro-como-herdeiro-necessario>. Acesso em: 11 nov. 2021.

TATARANO, Maria Chiara. *Il testamento*. Napoli: ESI, 2003.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; FLEISCHMANN, Simone Tassinari Cardoso. Futuros possíveis para o planejamento sucessório. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 29, p. 101-120, jul./set. 2021.

TEIXEIRA, Daniele Chaves. Planejamento Sucessório e possíveis instrumentos. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima (coord.). *Contratos, famílias e sucessões: diálogos complementares*. Indaiatuba: Foco, 2019.

TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das sucessões: noções fundamentais*. 2. ed. Lisboa: Centro de estudos de Direito Civil, 1973.

TEPEDINO, Gustavo. Contratos em direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

THE VISIGOTHIC CODE: Forum judicum. Ed. S. P. Scott. The Library of Iberian Resources Online. Disponível em: <https://libro.uca.edu/vcode/bk4.htm>. Acesso em: 06 abr. 2022.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. Tradução de Julia da Rosa Simões. São Paulo: Edipro, 2019.

XAVIER, Luciana Pedroso; XAVIER, Marília Pedroso. O planejamento sucessório colocado em xeque: afinal, o companheiro é herdeiro necessário? In: TEIXEIRA, Daniela Chaves (Coord.). *Arquitetura do Planejamento Sucessório*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

XAVIER, Marília Pedroso. *Contrato de namoro: amor líquido e direito de família mínimo*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.