

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Raphael Furtado Carminate

**AUTONOMIA PRIVADA DO TESTADOR E DIREITO À LEGÍTIMA: ESTUDO
CRÍTICO E PROPOSITIVO**

Belo Horizonte

2011

Raphael Furtado Carminate

**AUTONOMIA PRIVADA DO TESTADOR E DIREITO À LEGÍTIMA: ESTUDO
CRÍTICO E PROPOSITIVO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Walsir Edson Rodrigues Júnior

Belo Horizonte

2011

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

R672p Carminate, Raphael Furtado
Autonomia privada do testador e direito à legítima: estudo crítico e propositivo
/ Raphael Furtado Carminate. Belo Horizonte, 2011.
154f.

Orientador: Walsir Edson Rodrigues Júnior
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Herança e sucessão. 2. Autonomia privada. I. Rodrigues Júnior, Walsir Edson. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 347.65

Raphael Furtado Carminate

**AUTONOMIA PRIVADA DO TESTADOR E DIREITO À LEGÍTIMA: ESTUDO
CRÍTICO E PROPOSITIVO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Walsir Edson Rodrigues Júnior (Orientador) - PUC Minas

Renata Barbosa de Almeida – FUNCESI

Guilherme Nacif de Faria - UFV

Belo Horizonte, 12 de dezembro de 2011.

À Mariana, pela paciência, apoio e amor incondicional demonstrado ao longo da execução deste trabalho. Pela compreensão nos vários momentos em que não pude estar ao seu lado. Enfim, por ter estado comigo durante toda a caminhada rumo à realização deste sonho.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela oportunidade e por ter me despertado para a vida acadêmica.

A toda minha família, especialmente aos meus pais, Luiz e Marta, pelo incentivo e apoio ao longo de toda a vida.

Ao Professor-Doutor Walsir Edson Rodrigues Júnior, pela orientação, disponibilidade, e contribuição indispensável à concretização deste trabalho.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC Minas.

Aos meus amigos, na pessoa do Lucas Freire Victor, pela ajuda na elaboração do “abstract”.

À Mariana, pelo incansável e incessante apoio nos momentos de dificuldade.

RESUMO

Este trabalho realizou um estudo do instituto da legítima. Seu principal objetivo foi verificar se este antigo instituto, adotado pela grande maioria dos países cujo Direito é proveniente da tradição romano-germânica se adéqua, ou não, à autonomia privada do testador, reconhecida como um direito e garantia fundamental. Para tanto se estudou a evolução do direito das sucessões, a origem histórica da legítima, bem como a mudança de concepção que sofrera a autonomia privada ao longo do tempo, até seu estágio atual. Com isto verificou-se a necessidade de redefinição da compreensão da autonomia privada, a fim de se eliminar os excessos cometidos pelos liberais e seus opositores. Viu-se que a autonomia privada é um direito e garantia fundamental do testador, que somente pode ser delimitada para a realização de alguma outra garantia constitucional. Sendo assim, chegou-se à conclusão de que a legítima, em seus atuais contornos, não respeita a autonomia privada do testador uma vez que sua justificativa, qual seja, a proteção integral à família, não se faz presente em diversas situações. Ao final, propôs-se alteração legislativa a fim de se manter o instituto da legítima, mas de modo a se respeitar a autonomia privada do testador, que passaria a sofrer limitações verdadeiramente necessárias à realização da proteção integral à família.

Palavras-chave: Sucessões. Legítima. Herdeiros necessários. Testador. Autonomia Privada.

ABSTRACT

In this paper a study of the legitim institute was carried out. Its main objective was to determine whether this ancient institute, adopted by most countries whose law is from the Roman-Germanic tradition is suitable or not for the testator's private autonomy, which is recognized as a fundamental right and guarantee. For this purpose, the evolution of the law of inheritance was investigated, together with the historical origin of legitimacy and the change that the concept of private autonomy has been prone to through the years until now. Thus there was a need to redefine the understanding of private autonomy, in order to eliminate the excesses committed by the liberals and their opponents. It was observed that private autonomy is a right and a fundamental guarantee of the testator, which can only be defined in order to carry out any other constitutional guarantee. Therefore, it was concluded that legitimacy, in its current forms, does not respect the private autonomy of the testator as its justification, that is, the full protection of the family is not granted as expected in many situations. At the end, a proposal of legislative change was presented in order to maintain the legitim institute, but in a way that it respects the private autonomy of the testator, who would be affected by some limitations truly necessary in order to achieve the full protection of the family.

Keywords: Succession. Legitim. Necessary heirs. Testator. Private Autonomy.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. EVOLUÇÃO DO DIREITO DAS SUCESSÕES	12
2.1. Do Direito Romano às invasões bárbaras	12
2.2. Direito Português	21
2.2.1. Código Visigótico (Wisigothico)	21
2.2.2. Ordenações Afonsinas	22
2.2.3. Ordenações Manuelinas e Filipinas	23
2.3. Direito Brasileiro	24
3. A SUCESSÃO LEGÍTIMA	30
3.1. Considerações gerais	30
3.2. Ordem de vocação hereditária	34
3.2.1. Fundamentos	34
3.2.2. Evolução	40
3.2.3. Descendentes	44
3.2.4. Ascendentes	51
3.2.5. Cônjuge	54
3.2.5.1. Direito real de habitação	59
3.2.5.2. Concorrência do cônjuge com descendentes	61
3.2.6. Companheiro	63
3.2.6.1. Concorrência do companheiro com parentes sucessíveis	69
3.2.6.2. Direito real de habitação	71
3.2.6.3. O companheiro como herdeiro necessário	72
3.2.7. Colaterais	74
3. O DIREITO À LEGÍTIMA	77
3.1. Origem e evolução da legítima	79
3.2. A legítima na legislação estrangeira	82
3.2.1. Direito francês	82
3.2.2. Direito português	84
3.2.3. Direito espanhol	85
3.2.4. Direito argentino	87
3.2.5. Direito anglo-americano	88
3.3. Fundamento da legítima	88
3.4. Proteção integral à família no Código Civil de 2002	91
3.5. Proteção à família no Direito Previdenciário e da Assistência Social	94
3.6. Restrições ao direito à legítima	98
3.6.1. Clausulação da legítima	98
3.6.1.1. Inalienabilidade	100
3.6.1.2. Incomunicabilidade	102
3.6.1.2.1. Incomunicabilidade e fideicomisso	103
3.6.1.3. Impenhorabilidade	105
3.6.1.4. Justa causa na clausulação da legítima	106
3.6.1.5. Levantamento das cláusulas restritivas	108
3.6.2. Deserdação	110
3.6.2.1. Considerações gerais	110
3.6.2.2. Causas de deserdação	114

3.6.2.2.1. Causas de deserdação dos descendentes pelos ascendentes	114
3.6.2.2.2. Causas de deserdação dos ascendentes pelos descendentes	120
4. AUTONOMIA PRIVADA	124
4.1. Evolução da autonomia privada	126
4.2. Autonomia privada no Direito Civil Contemporâneo	131
5. AUTONOMIA PRIVADA DO TESTADOR E DIREITO À LEGÍTIMA	135
6. CONCLUSÃO	145
REFERÊNCIAS	147

1. INTRODUÇÃO

Juntamente com a individualização da propriedade e do fortalecimento dos laços familiares, operou-se a transmissão dos bens para depois da morte. Em Roma Antiga, a sucessão “era um poderoso factor da perpetuidade da família, pelo cumprimento do culto dos antepassados, traduzido nas cerimônias e nos sacrifícios em honra dos mortos, de modo que se não pudesse adquirir a propriedade sem o culto, nem este sem aquela”. (OLIVEIRA, 1936, p. 43)

Suceder é, então, ocupar o lugar de outrem numa relação jurídica que para ele cessara. Ela pode acontecer tanto *inter vivos* quanto *mortis causa*, ocupando-se o Direito das Sucessões desta última possibilidade.

A sucessão *mortis causa* pode ter como fonte a lei ou o testamento. Na primeira hipótese, o legislador regulamenta a transferência dos bens do sujeito para depois da sua morte, ao passo que na segunda, é o próprio titular que determina quais pessoas o sucederão.

Como afirmava Francisco de Paula Lacerda de Almeida “interessando a organização da propriedade e a constituição da família o Direito das sucessões trava-se com princípios fundamentaes de ordem publica, e entra por este lado na cathegoria das leis a que a vontade dos particulares não é dado derogar”. (ALMEIDA, 1915, p. 13)

No caso concreto, os princípios fundamentais a serem estudados são, por um lado, a autonomia privada do testador, que lhe possibilitaria regular a transmissão de seus bens para depois de sua morte, e a proteção integral à família, que serve de fundamento para a limitação da liberdade de testar. Esta restrição à autonomia privada do testador é chamada de legítima, que consiste numa porção de seu patrimônio da qual o mesmo não pode livremente dispor a título gratuito, pois reservada a determinados herdeiros, os necessários.

O presente trabalho tem como finalidade estudar se a limitação da autonomia privada do testador através da legítima é justificável, segundo a atual concepção do referido princípio. O direito sucessório constitui matéria pouco estudada pela doutrina nacional, talvez pela sua grande dificuldade teórica, ou aparente rigidez atemporal de sua temática.

Considerando-se tal omissão doutrinária, e a necessidade de se repensar o direito sucessório, foi concebido o trabalho em exame, onde se busca fazer uma análise do antigo instituto da legítima à luz dos novos princípios e valores constitucionais, especialmente o da autonomia privada.

Para tanto, parte-se da evolução do direito das sucessões, uma vez que para se compreender os atuais contornos do fenômeno sucessório, deve-se conhecer suas origens.

Em seguida, é estudada a sucessão legítima, com todos os seus fundamentos, especialmente no que tange à definição da ordem de vocação hereditária, com determinadas relações familiares preferindo as outras na sucessão.

Após a análise crítica da sucessão legítima, passa-se ao estudo de um dos pontos centrais da presente dissertação, qual seja, da legítima. Neste ponto são analisadas as razões para a limitação da liberdade de testar, a origem e evolução da legítima nos povos antigos e na legislação estrangeira, seus fundamentos e, finalmente, quais são os herdeiros definidos pela lei como necessários.

Em seguida, é estudado o outro ponto fundamental para este trabalho, que é a autonomia privada. Neste capítulo, demonstra-se a evolução da concepção de autonomia privada, que varia de acordo com a sociedade e a época, seus atuais contornos no Estado Democrático de Direito, e quais as razões aceitáveis para sua limitação.

Finalmente, é feito o confronto entre a legítima e a autonomia privada do testador, demonstrando-se que nos termos concebidos pelo legislador do Código Civil de 2002, a limitação à liberdade de testar não realiza os princípios constitucionais a que se propôs, sugerindo-se alterações legislativas a fim de se compatibilizar ambos os institutos.

2. EVOLUÇÃO DO DIREITO DAS SUCESSÕES

Para o correto entendimento do tema objeto do presente estudo é fundamental o conhecimento da evolução do Direito das Sucessões, partindo-se do Direito Romano e do Direito Germânico, que são as principais fontes do ordenamento jurídico brasileiro, passando pelo Direito Português e, finalmente, pelo Brasileiro.

2.1. Do Direito Romano às invasões bárbaras

O homem primitivo, que não conhecia a propriedade individual, uma vez que todos os bens, excetuando-se os de uso pessoal, eram de propriedade coletiva, não admitia a sucessão *mortis causa* como conhecida atualmente. Isto porque o grupo, tribo ou clã não morrem. O morto, que possuía como bens individuais apenas algumas armas ou adornos, era com eles enterrado, inexistindo repartição destes entre os membros de seu grupo.

Para que haja, portanto, sucessão *causa mortis*, é fundamental a existência de propriedade privada. Como assevera Clóvis Beviláqua,

Os povos primitivos desconheciam o direito sucessório no sentido moderno da expressão. Vivendo os grupos familiares em comunhão de bens, todos os membros desses grupos eram proprietários comunistas, pais e filhos, ascendentes, descendentes e affins. (BEVILAQUA, 1932, p, 67)

Desta maneira, somente quando a propriedade deixa de ser coletiva, tribal, assumindo caráter familiar, com a individualização e segregação dos bens pertencentes aos diversos grupos, com exclusão dos demais, é que se pode falar em sucessão *causa mortis*.

Pontes de Miranda (2008) e Carlos Maximiliano (1937) afirmam que no núcleo familiar primitivo, denominado matriarcado, em que somente o parentesco materno era reconhecido, a herança era deferida na linha sucessória feminina. A justificativa reside no fato de que, “como as mulheres amparavam e alimentavam os filhos, viam-se forçadas a apropriarem-se de certas coisas, que passavam a possuir e transmitir a outras” (MAXIMILIANO, 1937, p. 35). No matriarcado, contudo, somente os bens móveis eram herdados, sendo a propriedade imóvel ainda comunitária.

Com o advento do patriarcado, o patrimônio familiar passou a ser controlado pelo *pater*, e a vincular-se estreitamente com a religião, fundamento da propriedade privada. Na

grande maioria das sociedades primitivas, o fundamento do direito de propriedade era a religião, já que os deuses (Deus, para os judeus, cristãos e muçulmanos, ou deuses domésticos para as antigas populações greco-italianas) teriam conferido às famílias o direito sobre parte do solo. (COULANGES, 1975)

Tendo em vista ser o direito sucessório pátrio de origem romano-germânica¹, interessa o estudo de sua evolução a partir da sociedade romana primitiva², que adotava a religião doméstica, na qual o culto era inseparável da sucessão e, conseqüentemente, indissociável da propriedade familiar.

Estabelecido o direito de propriedade para o cumprimento do culto domestico e hereditario, ficaram a religião e a propriedade tão estreitamente ligadas que, morto o *pater*, ellas não se extinguíam, porque passavam para a pessoa encarregada de fazer as offerendas sobre o tumulo dos antepassados. (OLIVEIRA, 1936, p. 117)

Em Roma Antiga, desta maneira, era herdeiro aquele encarregado de continuar o culto familiar, com a prática de sacrifícios e rituais, em honra do defunto, uma vez que os mortos, os antepassados da família, eram os seus deuses. Dentre os ônus impostos ao herdeiro destacava-se a manutenção do fogo sagrado, consistente na obrigação de se manter, sempre, dentro da casa, uma lareira que permanecia acesa, representando a proteção dos antepassados familiares, protegendo o lar dos seus.

Receber a herança, àquela época, apesar de normalmente representar um bônus, pois se adquiria o patrimônio do defunto, implicava, igualmente, em ônus para o herdeiro, na medida em que a manutenção dos rituais em honra de seus antepassados eram dispendiosas.

José de Oliveira Ascensão salienta que, “aliás, o aspecto patrimonial nem sequer era essencial: o herdeiro poderia não ter nada, ou ter até menos do que nada, se o falecido só tivesse débitos”. (ASCENSÃO, 1986, p. 413) Neste último caso, em que o falecido somente deixava dívidas para seus herdeiros, a herança era, inclusive, conhecida como “maldita”. “Era obrigatório receber a herança, embora onerada pelo culto, em Atenas e em Roma primitiva; só esta introduziu, com o transcorrer do tempo, a aceitação a benefício de inventário e a recusa”. (MAXIMILIANO, 1937, p. 36)

¹ Segundo Giordano Bruno Soares Roberto, “a formação da cultura jurídica européia é a conjugação da experiência dos antigos habitantes com os modos de vida dos invasores germânicos”. (ROBERTO, 2008, p. 10)

² É impossível, no presente estudo, se detalhar todo o sistema sucessório romano, razão pela qual o mesmo será visto a partir de três fases, quais sejam: fase representada pela propriedade coletiva familiar, direito clássico e direito justinianeu.

Neste período, como a obrigação de manutenção do culto era transmitida de varão para varão, e a regra hereditária era decorrente da religiosa, somente o filho herdava, recolhendo “os bens paternos e com êles o dever peremptório de conservar as práticas religiosas domésticas”. (MAXIMILIANO, 1937, p. 36)

Por não ser a mulher continuadora do culto aos antepassados familiares, ela estava excluída da sucessão de seu pai, ainda que fosse sua única filha. Neste caso, a herança era deferida ao herdeiro mais próximo, obrigado a se casar com a filha sobrevivente. Se já casada, como cabia à filha o culto dos antepassados de seu cônjuge, a herança dos bens de seu pai lhe era negada.

Ressalta-se que mesmo entre os homens havia distinções, expressas no princípio da primogenitura, que atribuía ao herdeiro mais velho, do sexo masculino, a totalidade da herança, uma vez que este era o continuador do culto.

Como

Era a qualidade de chefe que em toda a antiguidade se transmittia; os bens eram apanagio desta qualidade. Dahi o grande apreço do direito de primogenitura, ao qual andava annexa a successão no patriarchado, e esta circumstancia explica e aclara a scena biblica de Esaú e Jacob, em que este adquire daquelle os seus direitos de filho primogenito a troco de um prato de lentilhas, e a bençã patriarchal confirmatoria da successão na grande magistratura familiar é lançada, graças a um artificio da mãe, ao filho mais novo, seu predilecto. (ALMEIDA, 1915, p. III)³

Posteriormente, os romanos encontraram meios de se atribuir à filha os bens deixados por seu pai, através da autorização, por exemplo, de que se casasse com um irmão, desde que unilateral por parte de pai que, se casado, deveria se divorciar para cumprir o preceituado pelo Direito Costumeiro.

Além dessa hipótese, no caso de possuir o falecido apenas filha, poderia adotar um filho, a quem sua filha seria dada em casamento, ou constituir, por testamento, um herdeiro incumbido de se casar com ela (COULANGES, 1975). “Mais tarde, em Atenas e na Índia se admitiu o casamento da filha com um estranho e fosse o primeiro filho do casal considerado filho do defunto, para ter os direitos e obrigações do herdeiro descendente masculino”. (MAXIMILIANO, 1937, p. 38)

Além de ter somente filhas, poderia o autor da herança não ter filho algum, motivo pelo qual surgiu o testamento de forma rudimentar, ainda antes da Lei das XII Tábuas,

³ Francisco Espinar Lafuente, por outro lado, afirma que “en Roma no se conoció el derecho de primogenitura. En los nuevos fragmentos de las Instituciones de Gayo, descubiertos en El Cairo, se habla del *consortium* doméstico, que formaban los *sui* a la muerte del *pater*, del cual derivó más tarde la *societas omnium bonorum*, antecedente del moderno contrato de sociedad”. (LAFUENTE, 1956, p. 14)

cuja finalidade era a de, em caso de ausência de descendentes varões, poder o *pater* instituir um ou mais herdeiros, que seriam os novos detentores da soberania doméstica.

O testamento, concebido nesta forma rudimentar, deveria ser realizado perante o colégio dos pontífices e dos comícios por *curias*, que o aprovavam, ou não. Essa forma testamentária foi denominada por Gaius de *calatis comitiis*, e nela, não prevalecia a vontade individual do testador mas, sim, a vontade coletiva. (MIRANDA, 2005, p. 31)

O testamento *calatis comitiis* era usado em tempos de paz, ou, no dizer de Justiniano (Inst., L. II, T. X, §1º): *in pace et in otio utebantur*, e celebrado perante o povo, reunido nas Assembléias por Cúrias (*comitia curiata*), sob a presidência do Sumo Pontífice, que, para este fim, se convocavam duas vezes por ano (*bis in anno testamentis faciendis destinata erant* – Gaio, 2.101). (VELOSO, 1993, p. 18)⁴

Tamanha interferência se justificava porque o testamento tinha como efeito a transmissão a alguém da soberania doméstica, e da integralidade do patrimônio, significando verdadeira adoção, uma vez que os herdeiros instituídos ocupavam o lugar de filhos, preterindo os outros parentes na ordem de vocação hereditária.

Inocência Galvão Telles ensina o seguinte, acerca do testamento primitivo:

Tendo o testamento primitivo esta função de providenciar em caso de inexistência de *heredes sui*, não podia deixar de conter a instituição de um ou mais *heredes*, que seriam os novos detentores da soberania doméstica. E como detentores da soberania doméstica pertencer-lhes-iam todas as prerrogativas pessoais e patrimoniais inerentes a tal soberania, mesmo que o testador, entrando desnecessariamente em pormenorizações quanto a bens, lhes atribuísse só uma parte deles. Este originário testamento tinha afinal o significado de uma adoção: os herdeiros instituídos preteriam os outros parentes (*agnati, gentiles*), assim os herdeiros instituídos os excluía inteiramente. Está assim explicado por que não se concebia o testamento sem instituição de herdeiro e por que essa instituição se considerava sempre extensiva a todo o patrimônio, quaisquer que fossem os termos em que estivesse formulada. Testar era designar um soberano investido na universalidade dos atributos de governo à semelhança dos *heredes sui* e daí a solenidade e publicidade de que se revestia o testamento, feito na presença do povo. (TELLES, 1980, p. 119)

No sistema desenvolvido na Lei das XII Tábuas, havia três classes de herdeiros, chamados *heredes sui et necessarii*, *agnados* e *gentiles*. Os primeiros eram aqueles que se achavam sob o pátrio poder do autor da herança, inclusive a mulher solteira e os descendentes nascidos posteriormente ao falecimento, desde que concebidos antes da abertura da sucessão. Estes, obrigatoriamente, “tinham de adir á herança, *sive velint sive nolint*. Só mais tarde é que o pretor lhes concedeu o benefício da abstenção”. (BEVILAQUA, 1932, p. 91)

⁴ Zeno Veloso relata que no mesmo período vigia outra forma de testamento o *in procinctu* (de pronto), “utilizado em período de guerra e feito diante do Exército em armas, no momento de partir para o combate”. (VELOSO, 1993, p. 18)

Já os *agnados*, compostos pelos filhos, cujos pais fossem pré-mortos, mães e madrastas que coabitavam com o autor da herança, que constituíam a segunda classe, eram chamados na ausência dos primeiros, sendo que, neste caso, os parentes em grau mais próximo excluíaam os mais remotos.

Por fim, os *gentiles*, chamados a suceder na ausência das outras classes, eram os agregados que usavam os mesmos nomes e cultuavam os mesmos deuses domésticos do falecido, os filhos emancipados e a filha casada, com os mais próximos precedendo aos mais remotos.

Neste sistema, portanto, a sucessão dava-se sempre em linha reta, ascendente ou descendente, sem se cogitar em direitos do cônjuge sobrevivente ou dos colaterais (cognados).

Além de estabelecer a ordem de vocação hereditária supra descrita, foi a Lei das XII Tábuas que permitiu a disposição por morte, dos bens, sem qualquer intervenção do povo, fazendo com que caíssem em desuso as formas primitivas de testamento.

O testamento, creado pela lei das XII tabuas, era fundado na mancipação, denominava-se per *aes et libram* (por dinheiro e por peso) e era uma venda ficticia da sucessão feita pelo testador (vendedor ficticio – *familiae venditor*) ao futuro herdeiro (comprador ficticio – *familiae emptor*), perante o official publico (o porta balança – *libripens*) e com a assistencia de cinco pessoas (*antestata*), que temunhavam o acto.

(...)

Esta forma de testamento tinha o inconveniente de tornar irrevogavel a transmissão do patrimonio, em vista da mancipação. Por isso, para obviar esta inconveniencia, juntou-se à mancipação esta outra formalidade – a *nuncupatio*; resultando, dahi, que a mancipação se tornou, no tempo de Gayus, uma simples formalidade, pois o verdadeiro testamento era o que se achava escripto por occasião em que o testador pronunciava as palavras da *nuncupatio*. (OLIVEIRA, 1936, p. 11/12).

Pontes de Miranda atenta para o fato de que, de acordo com o regime da Lei das XII Tábuas, se havia herdeiros necessários, não haveria testamentários e, sem ambos, eram chamados os legais, de acordo com a fórmula: *si intestato moritur, cui suus heres nec escit adgnatus proximus familiam habeto*. (MIRANDA, 2005, p. 32)

O sistema pretoriano inovou, chamando à sucessão, além das pessoas referidas no sistema anterior, o cônjuge sobrevivente e os colaterais (*cognati*), admitindo quatro classes de herdeiros sucessíveis, quais sejam: *liberi*, *legitimi*, *cognati* e o cônjuge sobrevivente.

Além disso, foi criada outra forma de testamento, mais simples que a instituída pela Lei das XII Tábuas, em que foram abolidas a mancipação e a nuncupação, substituídas pelo official público e mais duas testemunhas, que lho assinavam.⁵

⁵ Lei das XII Tábuas

Na fase republicana, destaca-se a grande liberdade de testar, talvez a maior já conhecida, mantida até o período justiniano. Neste período o testamento passou a ter grande relevância pois a sucessão legal era supletiva em relação à testamentária, daí advindo a sua denominação “*successio ab intestato*”. Predominava, assim, a sucessão testamentária em relação à legítima. (LAFUENTE, 1956, p. 14)

A justificativa para tamanho poder atribuído ao testador seria uma consequência do poder absoluto do *pater familias*, que poderia livremente deserdar os *heredes sui* e até mesmo vender um filho como escravo. Entretanto, Lafuente (1956) elege como o fato mais importante para a prevalência da sucessão testamentária sobre a legítima a imperfeição e arcaísmo do sistema legislativo romano, que não acompanhou a evolução da organização familiar.

Entretanto, apesar da ampla liberdade, o testador não podia omitir ou preterir os *heredes sui*, sendo que o testador que os houvesse “no puede hacer testamento válido sin mencionar-los, bien para decir que sean sus herederos, bien para desheredarlos”. (ARIAS RAMOS *apud* LAFUENTE, 1956, p. 16)⁶

Tal época pode ser apontada como a fase embrionária da herança necessária que se conhece atualmente, pois os *heredes sui* eram obrigatórios para o testador, sendo que, por

TÁBUA QUARTA

Do pátrio poder e do casamento

1. É permitido ao pai matar o filho que nasceu disforme, mediante o julgamento de cinco vizinhos.
2. O pai terá sobre os filhos nascidos de casamento legítimo o direito de vida e de morte e o poder de vendê-los.
3. Se o pai vender o filho três vezes, que esse filho não recaia mais sob o poder paterno.
4. Se um filho póstumo nascer até o décimo mês após a dissolução do matrimônio, que esse filho seja reputado legítimo.

TÁBUA QUINTA

Das heranças e tutelas

1. As disposições testamentárias de um pai de família sobre os seus bens, ou a tutela dos filhos, terão a força de lei.
2. Se o pai de família morrer intestado, não deixando herdeiro seu (necessário), que o agnado mais próximo seja o herdeiro.
3. Se não houver agnados, que a herança seja entregue aos gentis.
4. Se um liberto morrer intestado, sem deixar herdeiros seus, mas o patrono ou os filhos do patrono a ele sobreviverem, que a sucessão desse liberto se transfira ao parente mais próximo da família do patrono.
5. Que as dívidas ativas e passivas sejam divididas entre os herdeiros, segundo o quinhão de cada um.
6. Quanto aos demais bens da sucessão indivisa, os herdeiros poderão partilhá-los, se assim o desejarem; para esse: fim o pretor poderá indicar três árbitros.
7. Se o pai de família morrer sem deixar testamento, indicando um herdeiro seu impúbere, que o agnado mais próximo seja o seu tutor.
8. Se alguém tornar-se louco ou pródigo e não tiver tutor, que a sua pessoa e seus bens sejam confiados à curatela dos agnados e, se não houver agnados, à dos gentis. (GUIMARÃES, 1999)

⁶ Isto acontecia em virtude do poder conferido ao *pater familias* de configuração familiar, superior à simples faculdade de dispor de bens, que implicava no poder de “*desherdar al hijo, o sea, excluirlo de la familia (con eficacia diferida post mortem), como podía, en vida, emanciparlo. Y por tanto, si el hijo no heredaba, era porque ya no era hijo. Y por esta causa se empleaba la expresión exheredare, que significa tanto como “hacer perder la cualidad (que se poseía anteriormente) de heredero”*”. (LAFUENTE, 1956, P. 18)

tal razão, quando um deles não era expressamente deserdado, tal qualidade era mantida, implicando a nulidade total do testamento.

Segundo Lafuente (1956), esta ampliação de poderes do testador vigiu apenas nos primeiros séculos da República, pois em decorrência de excessos cometidos, fez-se necessária a publicação da *lex Furia testamentaria* (século II a.C.), que passou a reprimir a liberdade de testar, dispondo que, salvo os cognatícios, nenhum parente pode receber de outro mais de mil ases em legado.

Esta lei foi acompanhada da *lex Voconia* (ano de 169, a. C.), que proibiu a concessão de legado superior ao recebido pelo herdeiro ou herdeiros. Como tal norma era facilmente burlada, uma vez que se podia distribuir toda a herança em pequenos legados, em 40 a.C. foi promulgada a *lex Falcidia*, que reservou a quarta parte dos bens da herança (*quarta Falcidia*) para os herdeiros do testador.

Tal norma, que muito se assemelha com a proteção à legítima atualmente conferida, subsistiu até o sistema justiniano, quando sofreu pequenas alterações, ou adaptações.

O sistema instituído por Justiniano chamava à sucessão “todos os parentes, sem distinção de agnados e cognados, e tendo estabelecido, unicamente, como fundamento da sucessão legítima, ou ab intestato, a afecção presumida do defunto, firmou, com as novellas 118 e 127, a classe dos herdeiros regulares e irregulares”. (OLIVEIRA, 1936, p. 123)

A classe dos herdeiros regulares era integrada pelos descendentes, ascendentes (que concorriam com os irmãos bilaterais), irmãos unilaterais, e outros parentes colaterais do *de cuius*. A ordem dos descendentes compreendia todos eles, sem distinção, quer se encontrassem sob o pátrio poder, ou não, seja homens ou mulheres, sendo que os parentes de primeiro grau herdavam por cabeça, e os dos demais por estirpe. Já a segunda ordem era composta pelos ascendentes, irmãos e irmãs bilaterais (ou germanos), e os sobrinhos e sobrinhas igualmente bilaterais, na qual os mais próximos excluía os mais remotos, sem distinção entre as linhas materna e paterna. Os irmãos unilaterais, que compunham a terceira ordem, também sem distinção entre o parentesco materno e paterno, recebiam a herança na falta de membros das outras classes, sendo que os sobrinhos e sobrinhas unilaterais também integravam a terceira ordem. Por fim, a quarta ordem compreendia todos os demais colaterais, até o infinito, se agnados, e até o sétimo grau, se cognados, com o grau mais próximo excluindo o mais remoto.

Por herdeiros irregulares eram conhecidos o “conjuge sobrevivente, os filhos naturais, a concubina, o pae natural, a curia e, finalmente, o fisco” (OLIVEIRA, 1936, p.

124). Importante destacar que no caso de o cônjuge sobrevivente ser uma mulher que ficasse pobre ou sem dote, em decorrência do óbito de seu marido, ela concorria com os herdeiros regulares, recebendo uma quarta parte dos bens da herança, denominada *quota uxoria*, assemelhando-se ao sistema atualmente vigente no direito brasileiro.

Em matéria de testamento, Justiniano manteve as alterações ao testamento pretoriano promovidas pelos Imperadores Teodósio II e Valentiniano II, no ano de 439, chamada testamento *tripertitum*; confirmou o testamento nuncupativo, feito na presença de sete testemunhas, de viva voz, sem maiores solenidades; e instituiu o testamento público e o testamento particular, cujas formas se assemelhavam às atuais. (OLIVEIRA, 1936, p. 14)

No âmbito do direito germânico, ou visigótico, inicialmente cabe salientar que o mesmo não teve uma unidade, pois os povos bárbaros que ocuparam a Europa na decadência do Império Romano eram vários. Além disso, deve ser feita uma distinção entre o direito germânico anterior à invasão do Império Romano, ocorrida entre o fim do século IV e início do V, com o posterior a esta época. Da primeira fase, as informações são muito poucas, sendo que Mário Júlio de Almeida Costa chega a afirmar que “as informações contidas nas obras de César (*Commentarii de Bello Gallico*) e de Tácito (*De Origine et Situ Germanorum*) são quase as últimas que possuímos a respeito dos povos germânicos”. (COSTA, 2008, p. 103)

O direito germânico desta época teve muita semelhança com o Direito Romano da época da Lei das XII Tábuas. Quando das invasões, os germânicos ainda se encontravam em grau de evolução cultural muito inferior a Roma, sendo o Direito apenas consuetudinário.

Após as invasões, houve uma mescla do Direito Romano com os usos e costumes germânicos, culminando na evolução dos dois sistemas jurídicos.

Desde cedo, começaram os Germanos a adoptar alguns institutos e conceitos jurídicos de origem romana, desconhecidos do respectivo sistema ou mais perfeitos – designadamente, no âmbito privatístico, por exemplo, sobre a propriedade imobiliária e os contratos; em contrapartida, o direito romano vulgar ia também assimilando um ou outro princípio germânico. Operou-se como que um segundo processo de “vulgarização”, caracterizado por soluções empíricas. Sublinhemos que se assistiu, muitas vezes, a uma evolução concorrente de ambos os sistemas jurídicos. (COSTA, 2008, p. 108)

Assim como em Roma primitiva, no sistema germânico também a propriedade era coletiva, com uma peculiaridade: enquanto em Roma a mesma era gerida de forma unitária, ou despótica, pelo *pater familias*, nos povos germanos havia um equilíbrio de direitos entre seus membros.

Esa copropiedad familiar no tenía una organización tan unificada y con los caracteres de autoridad que caracterizaban al grupo romano, ya que el poder del jefe, a diferencia de la potestas y de la manus, era una facultad de administración de los bienes y de protección de los miembros de la familia. (MAFFÍA, 1994, p. 15)

Todavía

*Con el tiempo se acentúa la evolución hacia el poder unitario del jefe de familia; el derecho de copropiedad de los hijos se transforma en el *Wartrecht* o expectativa sucesoria, reforzado por la necesidad del consentimiento colectivo (formal) para los actos de disposición inmobiliaria. (LAFUENTE, 1956, p. 41)*

Nasce, assim, para os germânicos, a herança em sentido próprio, como a dos *heredes sui* de Roma. Nestes povos, o direito das sucessões se dava sempre entre filhos consanguíneos, sendo que alguns deles não admitiam o instituto da adoção e os que a admitiam, como os francos, longobardos, ostrogodos, burgúndios, por exemplo, a aceitavam em caráter subsidiário, restrita àqueles que não possuíam descendentes.

Ainda assim, apesar do fim da propriedade familiar, a ideia de comunidade doméstica continua a permear o direito sucessório germânico, que distinguia dentre os parentes consanguíneos um grupo mais reduzido de herdeiros, composto pelos filhos e demais descendentes, pais e irmãos, chamados de legitimários, detentores do *Wartrecht*.

*El *Wartrecht* no es un simple derecho mortis causa, puesto que el heredero lo es desde que nace; pero tal peculiaridad no le priva de su carácter sucesorio. Se trata más bien de que la herencia se concebía como algo unitario y continuo; no se fraccionaba en dos sectores sucesivos: ante y post mortem; se proyectaba a lo largo de la total esfera jurídica de la persona, y se mostraba viva y eficiente en cuanto a sus bienes (heredades) y relaciones de familia (status) durante todo su curriculum vitae.*

*El *Wartrecht* tenía, además, el carácter de un derecho real, sobre la parte correspondiente a cada hijo en el haber familiar hereditario.*

Desde un principio, se entendió que en tal haber, el titular tenía también una propia portio, que en el caso de muerte se le atribuía como “parte del muerto” (Totenteil).

*El *Wartrecht* se reducía, desde un punto de vista material, a las restantes porciones, que eran naturalmente indisponibles.*

Pero desde un punto de vista formal, concedía derecho a oponerse a los actos dispositivos sobre bienes raíces. Era requisito formal en tales actos, no sólo el consentimiento del titular enajenante, sino también el de sus herederos más próximos. Si tal requisito faltaba, podían estos últimos, dentro del término de año y día, retraer para sí el inmueble. (LAFUENTE, 1956, p. 44/45)

Por óbvio, nesta época toda a sucessão era intestada, não sendo admitida a figura do testamento, sendo que, quando não havia os legitimários, os bens do morto eram distribuídos entre seus outros parentes, não tão próximos, que por não terem o *Wartrecht* herdavam subsidiariamente.

2.2. Direito Português

2.2.1. Código Visigótico (Wisigothico)

Portugal surgiu de um desmembramento do Reino de Leão, razão pela qual, nos primórdios de sua independência, algumas de suas normas vigiram no território português.

Dentre as normas sucessórias oriundas do Reino de Leão, que vigiram no início da independência portuguesa, destaca-se o Código Visigótico que, segundo Mário Júlio de Almeida Costa, vigira durante todo o século XII. (2008, p. 183)

Em matéria sucessória, esta norma tem como mérito iniciar a organização dos grupos de sucessíveis por força de lei, que por intermédio do livro 4º, título 8º, estabelecia a seguinte ordem de vocação hereditária:

- a) descendentes, até o infinito,
- b) ascendentes, até o infinito,
- c) colaterais, até o décimo grau por Direito Civil,⁷
- d) cônjuge sobrevivente,
- e) fisco.

A referida ordem de vocação fora repetida nas Ordenações Manuelinas e Filipinas, e, segundo Itabaiana de Oliveira (1936), vigiu no direito brasileiro até 31 de dezembro de 1907, data da promulgação da lei n. 1.839, que modificara consideravelmente o direito pátrio.

Importante frisar, também, que o Código Visigótico contemplara quatro espécies de testamento: “a) o subscripto pelo proprio testador e pelas testemunhas; b) o que é somente autenticado pelo signal do testador e subscripto pelas testemunhas; c) o que é escripto e assignado por outrem, a rogo do testador; d) e o nuncipativo, feito instante periculo”. (BEVILAQUA, 1932, p. 182)

⁷ Nos comentários à *Consolidação das Leis Civis*, Teixeira de Freitas esclarece o que vem a ser o parentesco em décimo grau por Direito Civil, constante do §3º de seu artigo 959, afirmando o seguinte: “Por Direito Civil - , isto é, por Direito Romano, porquanto na linha collateral, ou transversal, a computação dos graus de parentesco diverge da do Direito Canonico. Por Direito Romano contão-se todos os graus (gerações), subindo por uma das linhas até o tronco, e descendo pela outra linha; entretanto que por Direito Canonico contão-se os graus só por um dos lados, se elles são iguaes; e pelo lado maior, se elles são desiguaes. Ora, se por Direito Civil contão-se os graus de ambos os lados, já se-vê que não ha 1º grão. Assim: Meu irmão é meu collateral em 2º grão: Meu 1º sobrinho (filho de meu irmão) é meu collateral em 3º grão: Meu tio tambem é meu collateral em 3º grão: Meu 2º sobrinho é meu collateral em 4º grão: E assim por diante até o 10º grão: Logo, são meus collateraes em 10º grão, meu 8º sobrinho e meu 7º primo”. (FREITAS, 2003, p. 557)

Pontes de Miranda (2005) salienta, todavia, que embora o Código Visigótico mencione a palavra testamento e suas variáveis, as mesmas devem ser entendidas como sinônimo de doação, pois a noção de ato *inter vivos* perdurava. Segundo o autor, na norma em comento, o princípio era a irrevogabilidade, se houvesse a tradição da coisa, consubstanciada na entrega efetiva ou simbólica, e havia, também, as doações com reserva de usufruto, cujo efeito dependia da morte do doador, sendo estas revogáveis. Além disso, o Código em nada mencionava a instituição de herdeiro, aceitação e renúncia de herança, legados, etc., razão pela qual o mesmo defende que “não é o testamento romano que se vê”. (p. 73)

Entretanto, se possuía natureza jurídica de testamento propriamente dito, ou não, o importante é que apesar de tais disposições não terem sido mantidas nas ordenações posteriores, sem dúvida, o Código Visigótico as influenciara.

Por fim, outro grande progresso que pode ser atribuído ao Código Visigótico é o fato de o mesmo ter fixado a quota disponível, correspondente a um quinto do patrimônio, além de ter igualado homens e mulheres quanto à sucessão. (MIRANDA, 2005, p. 73)

2.2.2. Ordenações Afonsinas

As Ordenações Afonsinas, publicadas em nome de D. Afonso V, assumem posição destacada na trajetória do direito português, pois consistem na primeira compilação jurídica daquele país. Assim sendo, somente se pode falar em Direito Português a partir delas.

Assevera Mário Júlio de Almeida Costa que as Ordenações

Constituem a síntese do trajecto que desde a fundação da nacionalidade, ou, mais aceleradamente, a partir de Afonso III, afirmou e consolidou a autonomia do sistema jurídico nacional no conjunto peninsular. Além disso, representam o suporte da evolução subsequente do direito português. Como se apreciará, as Ordenações ulteriores, a bem dizer, pouco mais fizeram do que, em momentos sucessivos, actualizar a colectânea afonsina. (COSTA, 2008, p. 278/279)

Dividida em cinco livros, as Ordenações Afonsinas se ocupam do direito das sucessões em seu livro IV, que trata do direito civil de modo geral.

Como afirmado anteriormente, fora mantida a ordem de vocação hereditária estabelecida no código visigótico, sendo que em seu título 97 já se faziam presentes as quatro espécies de testamento repetidas nas Ordenações Manuelinas e Filipinas, quais sejam: aberto ou público; cerrado; particular ou ológrafo; e o nuncupativo.

Além disso, em seu título 97, estas ordenações estabeleciam a terça, correspondente à parte disponível que “o pai ou a mãe” poderiam dispor em seu testamento em favor de quem bem entendessem.

2.2.3. Ordenações Manuelinas e Filipinas

As Ordenações Manuelinas, cuja versão definitiva ficou pronta em 1521, substituíram as Ordenações Afonsinas, mas não promoveram nenhuma transformação substancial no direito português.

No âmbito sucessório, não houve nenhuma alteração significativa, tendo sido as Ordenações Manuelinas rodeadas de legislações esparsas durante sua vigência, que também nada acrescentaram à regulamentação do fenômeno sucessório.

As Ordenações Manuelinas, acompanhadas das leis extravagantes que com ela vigiam, foram precedidas das Ordenações Filipinas, publicadas em 1603, através da Lei de 11 de janeiro daquele ano, promulgada por Filipe II.

As Ordenações Filipinas são o diploma legislativo com a vigência “mais duradoura que um monumento legislativo conseguiu em Portugal” (COSTA, 2008, p. 289), tendo sido revogadas somente pelo Código Civil de 1867.

No Brasil, a despeito da independência da metrópole, ocorrida em 07 de setembro de 1822, as Ordenações Filipinas vigiram até 1º de janeiro de 1917, termo inicial da vigência do Código Civil de 1916 (Lei n. 3071).

Assim como acontecera com as Ordenações Manuelinas, em matéria sucessória, as Ordenações Filipinas se limitaram a conservar o sistema legislativo vigente mas, “nestas ultimas, a acção do direito romano se faz, poderosamente, sentir, não só em relação ás solennidades externas, como em relação ás instituições”. (BEVILAQUA, 1932, p. 182)

Interessante observar que, apesar de fortemente influenciadas pelo direito romano, as Ordenações não seguiram a ordem de vocação hereditária estabelecida por Justiniano, tendo sido adotada a ordem estabelecida no código visigótico, como mencionado anteriormente.

Todavia, em reação especialmente contra a influência do direito romano em matéria testamentária

que ameaçava fazer sossobrar a tradição nacional, e contra as desarrazoadas pretensões do clero, o marquez de Pombal publicou: 1.º, a lei de 25 de Junho de 1766, declarando nullos todos os testamentos em favor de quem os escrevesse ou suggestionasse, dos seus parentes ou das corporações, a que pertencessem, e invalidando, igualmente, aquelles que fossem feitos por enfermos em estado grave de molestia; 2.º, a lei de 9 de Setembro de 1769, favorecendo, contra a doutrina romana, a successão legitima, que é conforme á ordem da natureza e á caridade christã.

Essa orientação foi conturbada pelo dec. de 17 de Julho de 1778, que suspendeu muitas das disposições das citadas leis de Pombal, mas subsistiram, não obstante, “o favor das successões legitimas e a proscricção de tudo o que fosse filho das subtilezas e circumstancias particulares dos romanos”, diz ainda o citado COELHO DA ROCHA.

Já no seculo XIX, os assentos de 17 de Agosto de 1811 e 10 de Julho de 1817 vinham declarar que as fórmulas prescriptas pelas Ordenações não podiam antepor-se, pospor-se, nem substituir-se por equipolencia, como se, em assumptos desta natureza, não se devesse attender mais ao espirito do que as palavras, como se as fórmulas não fossem simplesmente o meio de authenticar e valorizar a vontade do testador. (BEVILAQUA, 1932, p. 183)

2.3. Direito Brasileiro

Enquanto colônia de Portugal, o Brasil não possuía ordenamento jurídico próprio, vigindo no país as normas publicadas pela metrópole. Logo, até 1822, o direito brasileiro, se é que assim pode ser chamado, passou por todas as fases vivenciadas pelo direito português.

A partir da independência da colônia, os ordenamentos jurídicos dos dois países seguiram rumos próprios, o que poderia levar à conclusão de que, desde então, todas as normas promulgadas por Portugal estariam automaticamente revogadas no Brasil.

No entanto, ao contrário do que possa parecer, tal fenômeno não ocorreu. Em 1823, a fim de se evitar a completa anomia, o governo imperial promulgou a Lei de 20 de outubro de 1823, “que mantinha em vigor no território brasileiro as Ordenações Filipinas e toda a legislação portuguesa anterior a 25 de abril de 1821, enquanto não se organizasse um novo código e desde que não fossem especialmente alteradas por outra lei”. (ROBERTO, 2008, p. 45)

Portanto, como afirmado anteriormente, as Ordenações Filipinas vigiram no Brasil, com algumas alterações, até 1917, data em que o Código Civil de 1916 entrara em vigor, enquanto que em seu país de origem foram revogadas em 1867.

No entanto, as Ordenações não vigiram de modo isolado, mas acompanhadas de numerosa legislação esparsa, o que dificultava demasiadamente sua compreensão pelos juristas e, mais ainda, pelos cidadãos comuns.

Grande parte do direito civil em vigor no Brasil à época em que foi produzida a *Consolidação das Leis Civis* não decorria, simplesmente, do Livro IV das Ordenações Filipinas. Aliás, uma quantidade expressiva de institutos jurídicos não apresentava sua disciplina pormenorizada neste texto-base do direito civil então vigente, principalmente no que concerne ao que atualmente designamos pelas expressões direito de família e direito das coisas. O tratamento de muitas matérias era efetuado por meio da legislação extravagante, e outras tantas acabavam por receber solução fundada em direito estrangeiro – seja de origem romana, seja proveniente das modernas nações cristãs.

O recurso ao direito estrangeiro somente poderia ser efetuado em caráter subsidiário, e desde que em conformidade seja com os limites estabelecidos pela Lei de 18 de agosto de 1769 (Lei da Boa Razão), seja com os critérios definidos no Livro II dos Estatutos da Universidade de Coimbra de 1772. (POUSADA, 2006, p. 08/09)

Em razão disso, antes que se procedesse à promulgação de um novo Código Civil, o Imperador D. Pedro II incumbiu o jurista Augusto Teixeira de Freitas da tarefa de realizar a consolidação da legislação civil então vigente, trabalho este concluído em 1857 com a publicação da *Consolidação das Leis Civis*.

Ao Direito das Sucessões foi reservado o Título III, intitulado “Da Herança”, que contemplava os artigos 959 a 1267, sistematizando a matéria circunscrita nas ordenações e legislação extravagante.

Como não se tratou de lei nova, mas de sistematização e organização da legislação vigente à época, a *Consolidação* não promoveu nenhuma alteração no Direito das Sucessões, razão pela qual ainda permanecia o sistema das Ordenações Filipinas.

Somente a partir de 31 de dezembro de 1907, com a promulgação do Decreto n. 1.839 (Lei Feliciano Pena), pode-se falar em Direito das Sucessões Brasileiro, uma vez que o referido diploma legal alterou profundamente o sistema,

Estabelecendo nova ordem de sucessíveis no direito patrio, modificou o systema do codigo philippino, já passando o conjugue sobrevivente para a terceira classe, então occupada pelos collateraes, que passaram a fazer parte da quarta classe, já reduzindo a successão destes ao 6.º gráo, quando anteriormente ia até o 10.º, além de firmar a successão do fisco, deferindo-a á União, aos Estados ou ao Districto Federal, conforme o domicilio do decujus pertencer ás respectivas circumscripções ou a territorio não incorporado a qualquer dellas. (OLIVEIRA, 1936, p. 126)

Assim dispunha a Lei Feliciano Pena:

Art. 1º Na falta de descendentes e ascendentes, defere-se a successão ab intestato ao conjugue sobrevivo, si ao tempo da morte do outro não estavam desquitados; na falta deste, aos collateraes até ao sexto gráo por direito civil; na falta destes, aos Estados, ao Districto Federal, si o de cujus for domiciliado nas respectivas circumscripções, ou á União, si tiver o domicilio em territorio não incorporado a qualquer dellas.

Art. 2º O testador que tiver descendente ou ascendente sucessível só poderá dispor de metade do seus bens, constituindo a outra metade a legítima daquelles, observada a ordem legal.

Art. 3º O direito dos herdeiros, mencionados no artigo precedente, não impede que o testador determine que sejam convertidos em outras especies os bens que constituirem a legítima, prescreva-lhes a incommunicabilidade, 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, 1907)

Observa-se que, além das alterações supra mencionadas, a Lei Feliciano Pena modificou a legislação então vigente no concernente à legítima, estabelecendo o montante da parte disponível até hoje em vigor.

O Código Civil de 1916 (Lei n. 3.071) sistematizou o Direito das Sucessões em seus artigos 1.572 a 1.807, mantendo a ordem de vocação hereditária estabelecida pela Lei Feliciano Pena, e mantendo apenas os descendentes e ascendentes como herdeiros necessários.

Art. 1.603. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes;

II - aos ascendentes;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais;

V - aos Municípios, ao Distrito Federal ou à União. (Redação dada pela Lei nº 8.049, de 20.6.1990)

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).

Importante frisar que apesar de a redação original do Código Civil de 1916 ter observado integralmente a ordem de vocação hereditária disposta na Lei Feliciano Pena, a sucessão dos colaterais sofreu diversas alterações. Inicialmente, o Decreto-Lei n. 1907, de 26 de dezembro de 1939, reduziu a sucessão dos colaterais aos irmãos, parentes em 2º grau colateral (BRASIL, 1939). Posteriormente, o Decreto-Lei n. 8.207, de 22 de novembro de 1945, modificou a redação do artigo 1.594 do Código Civil revogado, alterando a sucessão dos colaterais para o 3º grau (BRASIL, 1945). Finalmente, o Decreto-Lei n. 9.461, de 15 de julho de 1946 (BRASIL, 1946), ampliou a sucessão dos colaterais ao parentesco de 4º grau, o que fora mantido pelo Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002).

Em 1949, os direitos sucessórios do cônjuge sofreram alteração, uma vez que a Lei n. 883, que dispunha sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos conferiu, em seu art. 3º,

ao cônjuge casado sob o regime da separação de bens, o direito à metade da herança, caso concorresse, exclusivamente, com filho ilegítimo reconhecido na forma daquela lei.⁸ (BRASIL, 1949)

O Estatuto da Mulher Casada (Lei n. 4.121 de 1962) promoveu alteração substancial dos direitos sucessórios do cônjuge mulher, acrescentando ao art. 1.611 do Código Civil de 1916 os parágrafos 1º e 2º, o usufruto viual e/ou o direito real de habitação, conforme fossem casados, ou não, pelo regime da comunhão universal de bens. (BRASIL, 1962)

Art. 1.611. Á falta de descendentes ou ascendentes será deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente, se, ao tempo da morte do outro, não estava dissolvida a sociedade conjugal. (Redação dada pela Lei nº 6.515, de 26.12.1977)

§ 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 filhos, deste ou do casal, e à metade, se não houver filhos embora sobrevivam ascendentes do de cujus. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962)

§ 2o Ao cônjuge sobrevivente, casado sob regime de comunhão universal, enquanto viver e permanecer viúvo, 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 bem daquela natureza a inventariar. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962) (BRASIL, 1916)

A Constituição Federal de 1988 inovou em matéria sucessória, ao alçar, através do art. 5º, inciso XXX, o direito de herança ao patamar constitucional.⁹ (BRASIL, 1988)

Além disso, ao proibir quaisquer designações discriminatórias entre filhos, assegurando-lhes os mesmos direitos e qualificações, independentemente da origem, a Constituição também inovou, revogando especialmente o §2º do art. 1.605 do Código Civil de 1916¹⁰, que fazia distinção entre filhos adotivos e legítimos, dispondo que àqueles caberia a metade da herança cabível a estes, em caso de concorrência.

Como a Constituição reconheceu expressamente a união estável como entidade familiar (art. 226, §3º), a Lei n. 8.971 de 1994 fora promulgada para disciplinar a sucessão dos companheiros, garantindo-lhes o usufruto viual dos bens que compunham a herança,

⁸ Art. 3º Na falta de testamento, o cônjuge, casado pelo regime de separação de bens, terá direito à metade dos deixados pelo outro, se concorrer à sucessão exclusivamente com filho reconhecido na forma desta Lei. (BRASIL, 1949)

⁹ Art. 5º. (...)

XXX – é garantido o direito de herança. (BRASIL, 1988)

¹⁰ Art. 1.605. (...)

§ 2o Ao filho adotivo, se concorrer com legítimos, supervenientes à adoção (art. 368), tocará somente metade da herança cabível a cada um destes. (BRASIL, 1916)

bem como a integralidade da herança na ausência de descendentes e ascendentes.¹¹ (BRASIL, 1994)

A Lei n. 9.278 de 1996 ampliou os direitos sucessórios dos companheiros, garantindo ao companheiro sobrevivente o “direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família” (art. 7º, parágrafo único). (BRASIL, 1996)

Após o advento desta lei, quem vivia em união estável passou a ter direito, cumulativamente, ao usufruto vidual e ao direito real de habitação, enquanto que as pessoas casadas, por força do disposto no artigo 1.611 do Código Civil revogado, fariam jus ao usufruto vidual, se casadas em qualquer regime que não fosse a comunhão universal, ou ao direito real de habitação, no caso de adoção deste regime. Havia, neste caso, tratamento sucessório desigual entre união estável e casamento, sendo que àquela modalidade de família era conferido tratamento privilegiado em relação a esta. (BRASIL, 1916)

Em virtude disso, a doutrina defendeu a interpretação extensiva do §2º do artigo 1.611 do Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916), uma vez que a Lei n. 9.278 de 1996 (BRASIL, 1996), ao instituir o direito real de habitação em favor do companheiro sobrevivente, não cogita do regime de bens.

Neste sentido, o posicionamento de Arnaldo Wald:

Mesmo no regime da comunhão, existindo um único imóvel destinado à residência da família, o cônjuge viúvo terá sobre ele um direito real de habitação (CC, art. 1.611, §2º), se for o único daquela natureza a ser inventariado. Observe-se que previsão semelhante também ocorre para os casos de união estável (Lei n. 9.278/96, art. 7º, parágrafo único). Aqui, todavia, não se cuida de regime da comunhão ou não, posto não haver regime de bens na união estável. O legislador prevê, na realidade, um condomínio, de acordo com o disposto no art. 5º da Lei n. 9.278/96. Desse modo, o §2º do art. 1.611 do Código Civil deve ser interpretado, atualmente, de forma a abranger os casos de cônjuge viúvo casado, seja pelo regime da comunhão, ou por todo e qualquer regime outro regime de bens escolhido pelos cônjuges. Isso, sob pena de as pessoas que vivem numa união estável serem titulares de mais privilégios legais do que as pessoas legalmente casadas. (WALD, 2002, p. 68)

¹¹ Art. 2º As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do(a) companheiro(a) nas seguintes condições:

I - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do de cujos, se houver filhos ou comuns;

II - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do de cujos, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;

III - na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança. (BRASIL, 1994)

Reconhecendo a necessidade de se conferir tratamento sucessório isonômico entre cônjuge e companheiro, o Superior Tribunal de Justiça adotou o entendimento doutrinário supra destacado, conferindo ao cônjuge sobrevivente o direito real de habitação, independentemente do regime de bens. Neste sentido, a ementa proferida no recurso especial 821.660/DF:

DIREITO CIVIL. SUCESSÕES. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO DO CÔNJUGE SUPÉRSTITE. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA. SITUAÇÃO JURÍDICA MAIS VANTAJOSA PARA O COMPANHEIRO QUE PARA O CÔNJUGE. EQUIPARAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL. 1.- O Código Civil de 1916, com a redação que lhe foi dada pelo Estatuto da Mulher Casada, conferia ao cônjuge sobrevivente direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família, desde que casado sob o regime da comunhão universal de bens. 2.- A Lei nº 9.278/96 conferiu direito equivalente aos companheiros e o Código Civil de 2002 abandonou a postura restritiva do anterior, estendendo o benefício a todos os cônjuges sobreviventes, independentemente do regime de bens do casamento. 3.- A Constituição Federal (artigo 226, § 3º) ao incumbir o legislador de criar uma moldura normativa isonômica entre a união estável e o casamento, conduz também o intérprete da norma a concluir pela derrogação parcial do § 2º do artigo 1.611 do Código Civil de 1916, de modo a equiparar a situação do cônjuge e do companheiro no que respeita ao direito real de habitação, em antecipação ao que foi finalmente reconhecido pelo Código Civil de 2002. 4.- Recurso Especial improvido. (BRASIL, 2011)

Finalmente, foi promulgada a Lei n. 10.406 de 2002, que revogou o Código Civil de 1916 e instituiu o Código Civil vigente, que apresentou substanciais inovações em matéria sucessória, tais como: a concorrência entre cônjuge ou companheiro sobrevivente com os descendentes do autor da herança (art. 1.829, I; art. 1.790, I e II); a concorrência do companheiro com ascendentes e colaterais (art. 1.790, III); a concorrência do cônjuge com os ascendentes (art. 1.829, II); direito real de habitação em favor do cônjuge sobrevivente, independentemente do regime de bens (art. 1.831); reserva da quarta parte da herança em favor do cônjuge sobrevivente, quando for ascendente dos herdeiros com quem concorrer (art. 1.832); promoção do cônjuge sobrevivente ao *status* de herdeiro necessário (art. 1.845); necessidade de justa causa para a clausulação dos bens que compõem a legítima (art. 1.848). (BRASIL, 2002)

3. A SUCESSÃO LEGÍTIMA

3.1. Considerações gerais

O Código Civil de 2002 estabelece em seu art. 1.786¹² que a sucessão pode se dar em virtude da lei, ou por disposição de última vontade. Ou seja, o sujeito pode regular a transferência de seus bens para depois de sua morte, sucessão testamentária, ou optar por deixar que o Estado o faça, sucessão legítima ou *ab intestato*. (BRASIL, 2002)

Este dispositivo repete a norma contida no art. 1.573 do Código Civil de 1916¹³ (BRASIL, 1916), que por sua vez limitou-se a organizar o sistema constante das Ordenações, que já admitia a disposição do patrimônio para depois da morte por ato de última vontade, uma vez que “o testamento propriamente dito é invenção romana”. (MAXIMILIANO, 1937, p. 39)

Como lembra Caio Mário da Silva Pereira:

Na Cidade Antiga, a sucessão foi primeiro *ab intestato*. A morte do chefe impunha a transmissão dos bens. Ao culto doméstico prendia-se a propriedade. A casa era o asilo inviolável, onde se erigia o altar, sobre cuja pedra (*lar*) eram feitos os sacrifícios e propiciados os deuses (*dii lares*). O terreno em sua volta era cercado. Protegendo-a dos estranhos, não admitidos ao culto. A morte do *pater* determinava a sucessão, que derivava das crenças e justificava a transmissão ao filho, não por ser de seu sangue, mas como o continuador do culto. Herda ele, então, não pela vontade do pai, mas por imposição dos deuses e dos homens. Subordinando à *potestas* do chefe, sucede sem a liberdade de se esquivar. É herdeiro necessário – *heres necessarius*. Tão naturalmente fluía a herança do *pater*, que morria, ao filho que continuava o domínio daquelas mesmas coisas, nas quais a sua presença era indispensável à preservação do princípio religioso, que a linguagem mesma do *Digesto* insinua que o herdeiro era instituído por direito próprio – *ipso ius heres existit* (*Digesto*, Livro 38, Título XVI, fr. 14), e ainda as *Institutas* o qualificam com *heres suus*, herdeiro de si mesmo.

Foi também a continuidade dos deveres religiosos que sugeriu o nascimento da sucessão testamentária. O culto não se podendo interromper, permitiu-se ao *pater familias* designar quem lhe sucedesse nos bens e nas práticas religiosas. Ao tempo das XII Tábuas, já se conhece vestígio de testamento, que foi cultivado na vida civil romana. Sua aprovação soleníssima pela assembléia das cúrias (*comitia curiata*), segundo relata Aulio Gelio, imprimia-lhe caráter sacramental. Só assim o testador podia alterar a lei reguladora da sucessão, substituindo-a pela sua declaração de vontade. (...)

Feito o testamento, a disposição de vontade substituía a sucessão legal. Não subsistia com ela: *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*. (PEREIRA, 1998, p. 46/47)

¹² Art. 1.786. A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade. (BRASIL, 2002)

¹³ Art. 1.573. A sucessão dá-se por disposição da última vontade, ou em virtude da lei. (BRASIL, 1916)

Como se demonstrou anteriormente, em decorrência de excessos cometidos, que levaram à deformação do instituto, a amplidão absoluta de poderes do testador durou até a publicação da *lex Furia testamentaria* (século II a.C.), acompanhada da *lex Voconia* (ano de 169, a. C.). Mais tarde, em 40 a.C. foi promulgada a *lex Falcidia*, que reservou uma quarta parte dos bens da herança (*quarta Falcidia*) para os herdeiros do testador, criando limites aos legados, passando a sucessão legítima a conviver com a testamentária.

Uma análise isolada do dispositivo em comento poderia levar à precipitada conclusão de que a sucessão será sempre testamentária ou intestada. Todavia, não é isto que acontece, uma vez que ambas as formas podem coexistir na sucessão de uma pessoa, seja pelo fato de a mesma não ter disposto da integralidade de seu patrimônio, subsistindo a legítima quanto aos bens não contemplados no testamento¹⁴, ou quando o sujeito elabora testamento, mas possui herdeiros necessários, que por força de lei têm uma quota do patrimônio do *de cuius* reservada para si, cuja transmissão será obrigatoriamente por ela regulada.¹⁵

Deste modo, a sucessão de uma pessoa pode ser integralmente regulada pela lei, quando ela não elabora testamento (ou o testamento elaborado é inválido ou ineficaz), determinada pelo próprio autor da herança, quando faz testamento e não possui herdeiros necessários, e regulada em parte pelo próprio *de cuius*, e em parte pela lei, quando o mesmo elabora testamento, mas possui cônjuge, descendentes ou ascendentes sobreviventes.

O mesmo fenômeno se faz presente no Direito Argentino, que no art. 3.280 do Código Civil dispõe que:

Art. 3.280. La sucesión se llama legítima cuando sólo es deferida por la ley, y testamentaria cuando lo es por voluntad del hombre manifestada en testamento válido. Puede también deferirse la herencia de una misma persona, por voluntad del hombre en una parte, y en otra por disposición de la ley. (ARGENTINA, 1869)

Eduardo Zannoni, ao comentar o dispositivo legal supra destacado afirma que

Según el art. 3280 del Cód. Civil, junto a la sucesión legítima, que es aquella deferida por la ley – o, en otros términos, la que tiene su causa (fuente) en el llamamiento que hace directamente la ley -, la sucesión se llama testamentaria cuando se defiere por voluntad del hombre manifestada en testamento válido. Mientras en la primera la vocación hereditaria resulta de las órdenes legales que hacen llamamientos a la adquisición de la herencia, el testamento es fuente de llamamientos específicos, reconociéndose así la voluntad del titular del patrimonio para disponer en ese carácter, para después de su muerte. (ZANNONI, 1999, p. 25)

¹⁴ Art. 1.788. Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo. (BRASIL, 2002)

¹⁵ Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. (BRASIL, 2002)

Assim como ocorre no Brasil, quando há herdeiros necessários, a sucessão legítima se faz obrigatória, ainda que incidente apenas sobre parte do patrimônio do *de cuius*, convivendo com a testamentária na hipótese de ter o autor da herança disposto de seus bens por ato de última vontade, conforme art. 3.714 do Código Civil Argentino. (ARGENTINA, 1869)

O Código Civil Português também possui dispositivo semelhante ao brasileiro, ao estabelecer em seu art. 2131º “que, se o falecido não tiver disposto válida e eficazmente, no todo ou em parte, dos bens de que podia dispor para depois de sua morte, são chamados à sucessão desses bens os seus herdeiros legítimos”. (ASCENSÃO, 1986, p. 316)

Alguns autores, fazendo interpretação literal do art. 1.574 do Código Civil revogado (BRASIL, 1916), cuja sistemática fora mantida pelo art. 1.788 do Código Civil vigente (BRASIL, 2002), afirmam ter a sucessão legítima caráter meramente supletivo.

Salomão de Araújo Cateb afirma o seguinte:

A sucessão legítima ou *ab intestato* é uma complementação natural, com a transferência do patrimônio adquirido em vida a certas e determinadas pessoas, nomeadas pela lei, sem qualquer interferência da vontade de seu titular. Verifica-se quando o autor do patrimônio morre sem deixar testamento ou o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento, ou, ainda, se este caducar ou mesmo for declarado nulo. (CATEB, 2007, p. 09)

Este entendimento é corroborado por Lacerda de Almeida, que chega a afirmar o seguinte:

a herança, consoante todos os códigos, defere-se por dois modos, os quais por nosso Direito se excluem e contradizem: a sucessão testamentária e a sucessão legítima ou *ab intestato*. Esta última denominação, com a qual se costuma designar a sucessão legítima, está indicando que esta forma de sucessão é subsidiária da sucessão por testamento. (ALMEIDA, 1915, p. 187/188)

Tal raciocínio também se faz presente na doutrina argentina:

Consideradas independientemente, la vocación legítima y la testamentaria se desenvuelven en dos ámbitos distintos. Es más: en puridad, la vocación legítima aparecería siempre como supletoria de la testamentaria, ya que ésta trasciende en la consagración de la voluntad concreta del causante, manifestada en el testamento. La ley, entonces, sólo vendría a suplir la ausencia del testamento. (ZANNONI, 1999, p. 25)

No entanto, com o devido respeito às opiniões supra destacadas, observa-se não estarem as mesmas em consonância com o sistema jurídico brasileiro, tampouco com o argentino. Isto porque, tanto o art. 1.846 do Código Civil brasileiro (BRASIL, 2002), quanto o art. 3591 do Código Civil argentino (ARGENTINA, 1869) limitam a faculdade de testar nos casos em que o testador possui herdeiros necessários, ou *forzosos*, reservando a eles uma quota-parte do patrimônio do *de cujus*.

Conforme será detalhado posteriormente, tais herdeiros somente podem ter excluída sua participação na herança através de deserdação, que se dá por testamento, e somente no caso de ter o herdeiro excluído praticado alguma das condutas previstas em lei ou, ainda, através de ação judicial, na qual o herdeiro que pratica algum dos atos previstos em lei é declarado indigno e, portanto, perde sua quota-parte na herança.

Em tais situações, portanto, não se pode afirmar ter a sucessão legítima caráter meramente supletivo, eis que a sucessão legítima necessária independe de disposição de vontade do autor da herança, operando-se de pleno direito.

Como assevera Pontes de Miranda (2008), se o testamento, em hipóteses excepcionais de deserdação, afasta a sucessão legítima necessária, não se pode afirmar que a mesma age após a testamentária. Nos dizeres do referido autor, “o que pode pré-excluir tem de supor que algo exista que possa ser pré-excluído”. (MIRANDA, 2008, p. 270)

Deste modo, como nem sempre tem o testador ampla liberdade de disposição de seu patrimônio para depois da sua morte, na existência de herdeiros necessários é impossível falar-se em caráter supletório da sucessão legítima, uma vez que a transmissão dos bens que compõem a legítima será, necessariamente, definida pela lei.

Assim sendo, poder-se-ia considerar a sucessão legítima do direito brasileiro um gênero, subdividido em sucessão legítima propriamente dita (*stricto sensu*), na ausência de herdeiros necessários, e sucessão legítima necessária, na hipótese de existência de descendentes, ascendentes, cônjuge (ou companheiro¹⁶) do autor da herança. A primeira modalidade poderia ser afastada pelo autor da herança através de testamento, ao passo que a segunda se opera forçosamente.

O Código Civil português, de modo didático e preciso, em seu art. 2156º denomina o que se conhece como sucessão legítima de sucessão legal, da qual seriam espécies a *sucessão legítima* e a *sucessão legitimária*. Para os portugueses, o que se chamou de

¹⁶ Conforme será fundamentado posteriormente, embora o art. 1.845 do Código Civil estabeleça que somente os descendentes, ascendentes e cônjuge são herdeiros necessários, entende-se ter o companheiro a mesma qualidade, ante a inexistência de hierarquia entre as entidades familiares, que merecem igual e integral proteção do Estado.

sucessão legítima propriamente dita seria a sucessão legítima, ao passo que sucessão legitimária seria a sucessão legítima necessária. Naquele sistema jurídico, portanto, pode-se afirmar com correção ter a sucessão legítima caráter supletivo, como explica Inocêncio Galvão Telles:

A sucessão legal desdobra-se em duas espécies: a sucessão legítima e a sucessão legitimária. A diferença entre elas está em que a primeira pode ser afastada pelo *de cuius*, ao passo que a segunda não. A sucessão legítima é supletiva, a legitimária imperativa. Aquela verifica-se na ausência de vontade do *de cuius*, esta mesmo contra tal vontade. O querer do *auctor successionis* sobrepõe-se à sucessão legítima excluindo-a, mas é impotente perante a sucessão legitimária, que se lhe impõe. A sucessão legítima só pode vigorar se o falecido tiver mantido silêncio sobre o destino dos seus bens. A sucessão legitimária não depende desse silêncio; ainda que o falecido tenha ditado as suas disposições, ergue a própria voz mais alto que a dele. (TELLES, 1980, p. 81)

Embora seja didaticamente mais viável a adoção da terminologia portuguesa para se diferenciar a sucessão legítima propriamente dita da sucessão legítima necessária, como o ordenamento brasileiro não contempla tal distinção, e tendo ambas a mesma ordem de vocação hereditária, a sucessão legítima de modo genérico será ora examinada, partindo-se, num momento posterior, para a análise detida da sucessão legítima necessária.

3.2. Ordem de vocação hereditária

3.2.1. Fundamentos

O fundamento para a transferência da propriedade *causa mortis* reside na própria natureza do direito transmitido, que tem como um de seus atributos a perpetuidade. Como afirma Washington de Barros Monteiro, “propriedade que se extinga com a morte do respectivo titular e não se transmita a um sucessor não é propriedade, porém mero usufruto”. (MONTEIRO, 2003, p. 8)

Silvio Rodrigues corrobora com este entendimento, acrescentando parecer

fora de dúvida ser de interesse da sociedade conservar o direito hereditário como um corolário do direito de propriedade. Partindo do ponto de vista de que o interesse individual constitui a melhor espécie de mola para o progresso, deve o Poder Público assegurar ao indivíduo a possibilidade de transmitir seus bens a seus sucessores, pois, assim fazendo, estimula-o a produzir cada vez mais, o que coincide com o interesse da sociedade. (RODRIGUES, 1993, p. 7)

Assim, como visto anteriormente, com a morte de uma pessoa, seus herdeiros são chamados a suceder, sendo que tal chamamento pode ser em conformidade com a vontade do *de cujus*, que o determina em testamento válido, instituindo herdeiros e/ou legatários, e/ou de acordo com a lei.

Na sucessão legítima, quem atribui aos herdeiros esta qualidade é a lei. No entanto, os herdeiros legítimos não são simultaneamente chamados a suceder, havendo uma ordem de preferência entre eles, de acordo com a classe a que pertencem, com os primeiros preterindo os demais, e assim por diante.

A ordem de vocação hereditária encontra diversas justificativas por parte da doutrina.

A teoria mais conhecida sobre o fundamento da sucessão legítima é a que o atribue á vontade presumda (*sic*) do autor da herança, que, si testasse, diz-se, razoavelmete (*sic*) os contemplaria na mesma ordem em que os colloca sentimentalmente, graduando a sucessão na mesma ordem da afeição. Donde, fundado nesse conceido, defendido por GROCIO, ter PLANIOL chamado a sucessão legítima de testamento tacito. (SANTOS, 1938, p. 247)

Carlos Maximiliano corrobora com a teoria supra mencionada, afirmando o seguinte:

A sucessão legítima é, no dizer de GROTIUS, o testamento presumido do falecido: presume-se o justo e o honesto. É outorgada como é de crer que o hereditando opinaria: aos membros da sua família, preferido o descendente, na falta o ascendente, depois o cônjuge, por fim o parente colateral do gráu mais próximo; quando não haja pessoas ligadas ao defunto por laços estreitos, de afeto ou de sangue, o patrimônio é recolhido pelo Estado em que êle vivia.

Assegura-se a quota hereditária aos antepassados e á prole, como um dique ao extravazamento de sentimentos ruins, ódio injusto e preferências deshumanas e descabidas dos fracos e dos máus.

Tambem se baseia a sucessão legítima no vínculo de família e de sangue; o homem é equiparado á mulher, para os efeitos hereditários, e o parentesco por via masculina ao que advem por via feminina: a tanto atingiu a evolução do Direito. (MAXIMILIANO, 1937, p. 153/154)

No entanto, tal teoria não se mostra suficiente a fundamentar e justificar a sucessão legal, uma vez que, conforme demonstrado anteriormente, a sucessão legítima não é posterior à testamentária, sendo esta a derrogação daquela, ou seja, a testamentária, nas hipóteses e limites estabelecidos em lei, afasta a ordem de vocação estabelecida pelo legislador, e não o contrário.

Além disso, esta teoria reduz o Direito das Sucessões à vontade do autor da herança, seja ela real, manifestada através do testamento, ou presumida na ordem de vocação

hereditária, não se coadunando com a atual forma de compreensão do Direito Civil, que abandonara seu caráter eminentemente individualista, voltado exclusivamente para a proteção do patrimônio.

Isto porque a atual concepção do Direito Civil ultrapassa o individualismo em direção ao personalismo, significando que

a ordem jurídica como um todo se volta à tutela da pessoa humana que toma o lugar do indivíduo neutro, tal como aparece na codificação. Importa, assim, a proteção da pessoa humana dentro das relações que participa, sem que seja reduzida a mero elemento, titular de direitos e deveres, mas, também, como ponto referencial de tutela. (MEIRELES, 2009, p. 13)

Sendo as relações familiares a forma mais primária dentre as relações travadas pelos homens, uma vez que a família é o primeiro grupo social ao qual o sujeito se integra, e considerando-se ser ela voltada “à educação e promoção daqueles que a ela pertencem” (PERLINGIERI, 2007, p. 244), afigura-se mais pertinente a justificação da sucessão legítima na solidariedade familiar, e na proteção integral à família.

A família cria vínculos estreitos entre os seus membros, naturalmente mais apertados em relação àqueles com que se tem convivência muito próxima mas que não deixam de existir também, normalmente, em relação aos restantes até certo grau de parentesco. Existem recíprocos afectos e deveres, há um vínculo de solidariedade. E a família não é uma realidade transitória mas permanente, não tem existência efêmera: superando o tempo perpetua-se através das gerações, constitui uma transcendente unidade que liga o passado ao futuro. As pessoas bem formadas são legitimamente ciosas do bom nome da família que herdaram e desejam legar. Isto justifica que, pelo menos no silêncio do proprietário, os bens sejam atribuídos por morte dele à família – ao cônjuge e aos parentes segundo certa ordem. A função social da propriedade manifesta-se aqui no destino familiar, nesse seu encaminhamento *post-mortem* para o grupo primário de que o falecido fazia parte. (TELLES, 1980, p. 224/225)

Entretanto, apesar de aparentemente a ordem de vocação hereditária se destinar a proteger os membros da família (e não a família enquanto instituição autônoma, merecedora de tutela por si só), observa-se que a ordem de vocação hereditária, da maneira como fora concebida pelo legislador de 2002, não se presta com perfeição a esta finalidade.

Isto porque, na prática, os laços de família ficaram cada vez mais restritos ao pequeno núcleo familiar formado pelos pais e seus filhos, sendo certo que, na maioria das vezes, há um distanciamento natural dos parentes de graus mais distantes, especialmente em relação aos da linha colateral.

Assim, como “o merecimento de tutela da família não diz respeito exclusivamente às relações de sangue, mas, sobretudo, àquelas afetivas que se traduzem em uma comunhão

espiritual e de vida” (PERLINGIERI, 2007, p. 244), a lei, ao deferir a herança ao colateral de quarto grau, não está tutelando os membros da família-instrumento mas, simplesmente, se atendo a relações consanguíneas.

Além disso, a ordem de vocação hereditária estática, com a simples divisão dos herdeiros em classes, garantindo-lhes mera igualdade formal, sem observar as particularidades e necessidades de seus membros, não tutela seus interesses enquanto pessoas vinculadas ao *de cujus* por relação afetivo-familiar, receptoras de atenção e proteção distintas, na medida de suas diferenças.

De acordo com a ordem vigente, um filho deficiente mental e um filho juiz de direito concorrem em igualdade de condições na herança de seu pai.¹⁷ Um ascendente enfermo, com aposentadoria mensal no valor de um salário mínimo, recebe quinhão hereditário idêntico ao deferido ao outro, saudável, com aposentadoria fixada em dez salários mínimos mensais. “Tais herdeiros recebem pelo simples fato de pertencerem àquela entidade familiar, não havendo quaisquer circunstâncias especiais em atenção aos aspectos pessoais dos sucessores”. (NEVARES, 2004, p. 73)

Além de não ter atenção aos aspectos pessoais dos sucessores, conforme destacado acima, a ordem de vocação hereditária não observa os interesses e laços pessoais do autor da herança, na medida em que, independentemente do vínculo afetivo travado entre ele e os membros de uma classe de herdeiros, todos herdarão em igualdade de condições.

Por conta da igualdade formal estabelecida entre herdeiros de uma mesma classe, um pai que criou o filho desde criança, e a mãe que o abandonou, herdarão em igualdade de condições, sendo que entre autor da herança e esta última inexistia qualquer vínculo afetivo-familiar, evidenciando-se a distância entre a finalidade da ordem de vocação hereditária e sua efetivação.

Observa-se, assim, que a ordem de vocação hereditária, para respeitar a solidariedade familiar e conferir à família proteção integral, além de ter de ser elaborada em observância à pessoa dos sucessores, deve também respeitar a situação do autor da herança, considerando as relações de afeto efetivamente estabelecidas entre ele e seus herdeiros legítimos.

Como a ordem de vocação hereditária é organizada de acordo com as relações familiares, ainda que de modo meramente formal, ela é determinada pelo parentesco e pelo

¹⁷ A Lei n. 10.050/2000 estabeleceu tratamento distinto entre filho saudável e o portador de deficiência, garantindo a este o direito real de habitação, ao incluir o §3º ao art. 1.611 do Código Civil revogado (BRASIL, 2000). Todavia, esta iniciativa, apesar de tímida, não fora repetida no Código Civil de 2002, que retrocedera, continuando a tratar a sucessão dos descendentes de modo formalmente igual.

vínculo matrimonial, neste último atualmente compreendido o vínculo existente entre companheiros, ou de companheirismo.

Parentesco “é a relação que vincula entre si as pessoas procedentes de um mesmo tronco ancestral”, em decorrência de consanguinidade ou adoção, bem como “a relação que aproxima cada conjugue dos parentes do outro”, denominada parentesco por afinidade. (BEVILAQUA, 1932, p. 87)¹⁸

O Código Civil de 2002, de modo preciso, afirma ser o parentesco “natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”. O chamado “parentesco natural” seria aquele oriundo de consanguinidade, enquanto o “civil” seria aquele decorrente do vínculo de adoção, reprodução assistida heteróloga e paternidade socioafetiva.

Neste sentido, os seguintes enunciados proferidos, respectivamente, na I e III Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal – CJF:

103 – Art. 1.593: o Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade sócio-afetiva, fundada na posse do estado de filho. (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2007)

256 – Art. 1.593: A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil. (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2007)

As relações de parentesco são subdivididas em linhas e graus, sendo linha a “vinculação de uma pessoa a um tronco ancestral comum” (MADALENO, 2009, p. 360), enquanto grau, elemento componente da linha, é definido como “a distância geracional existente entre dois parentes; sendo que cada geração representa um grau”. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 92)

Por sua vez, a linha é subdividida em reta e colateral, sendo “parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes” (art. 1.591, CC), enquanto que “são parentes em linha colateral ou transversal, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra” (art. 1.592, CC). (BRASIL, 2002)

O Código Civil, em seu artigo 1.594, disciplina a contagem dos graus de parentesco, adotando expressamente o critério romano, estabelecendo que na linha reta, este é contado pelo número de gerações, sendo que quantas elas distanciarem os parentes, tantos

¹⁸ Por força do artigo 1.595 do Código Civil vigente, o companheiro também “é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade”. (BRASIL, 2002)

serão os graus. Assim sendo, por exemplo, pai e filho são parentes de primeiro grau, porque entre eles há uma única geração, ao passo que netos e avós são parentes em segundo grau, pois distantes duas gerações. (BRASIL, 2002)

De acordo com o mesmo dispositivo legal supra mencionado, o parentesco civil na linha colateral é também contado pelo número de gerações, subindo-se “de um indivíduo ao primeiro tronco ancestral comum e desce-se pela outra ramificação até o outro indivíduo; são tantos graus quantas as pessoas colocadas sucessivamente nas duas séries, com exceção do tronco, que não se conta”. (MAXIMILIANO, 1937, p. 156)

A contagem de graus de parentesco é fundamental para a ordem de vocação hereditária pois, na existência de vários parentes pertencentes à mesma classe sucessível, os de grau mais próximo excluem os de mais remoto (arts. 1.833, 1.836, §1º, 1.840, do Código Civil de 2002), ressalvado o direito de representação no caso da sucessão dos descendentes, e na concorrência de irmãos com sobrinhos do *de cuius*, na sucessão colateral. (BRASIL, 2002)

Isto porque, embora a regra na sucessão legítima seja a sucessão por direito próprio, o direito hereditário pode se apresentar sob outros dois modos diferentes, quais sejam: por representação, ou por transmissão.

Orlando Gomes distingue com clareza estes três modos de suceder:

Sucedese *por direito próprio* quando se pertence à *classe* chamada à sucessão.

Por *direito de representação*, quando se toma o lugar do herdeiro pertencente à classe chama à sucessão, no momento de sua abertura.

Por *direito de transmissão*, quando se substitui o herdeiro pertencente à classe chamada à sucessão, depois de sua abertura. (GOMES, 1998, p. 40)

A diferença entre o direito de transmissão e o direito de representação reside no fato de que, na primeira modalidade, o direito sucessório já fora adquirido pelo herdeiro ou legatário à época da abertura da sucessão, tendo o mesmo falecido após a devolução da herança, razão pela qual seu direito sucessório é transferido a seus herdeiros, havendo um duplo chamamento, ao passo que, na representação, o herdeiro falece antes da abertura da sucessão, sendo seus herdeiros chamados a ocupar o lugar do representado, havendo um único chamado.

O direito de representação pode ser definido, portanto, como

um benefício da lei, em virtude do qual os descendentes de uma pessoa falecida são chamados a substituí-la na sua qualidade de herdeira, considerando-se do mesmo grau que a representada e exercendo, em sua plenitude, o direito hereditário que a esta competia. Foi inventado este benefício para reparar, em parte, o mal sofrido pelos filhos com a morte prematura de seus pais. (BEVILAQUA, 1932, p. 107/108)

A representação no direito das sucessões não se confunde com o instituto da representação previsto para os negócios jurídicos em geral, uma vez que o representante, no caso em comento, não exerce direitos do representado, colocando-se, apenas, no lugar dele, sucedendo como ele sucederia. Assim, o que herda por representação é, ele mesmo, o sucessor do *de cuius*, recebendo a quota hereditária destinada ao representado, se este fosse vivo à época da abertura da sucessão. Há, neste caso, um único chamamento sucessório, o do herdeiro por representação.

Isto se evidencia no fato de que, em casos de indignidade ou deserdação, o representante é chamado a suceder, como se o indigno ou deserddado fosse pré-morto à época da abertura da sucessão (art. 1.816, Código Civil de 2002). Tal hipótese não ocorreria caso se confundisse a representação do direito das sucessões com a estabelecida na Parte Geral do Código Civil, pois nesta os efeitos se operam em relação ao representado (art. 116, Código Civil de 2002). (BRASIL, 2002)

A unicidade da transmissão se evidencia, ainda, no fato de que “na representação, não há sucessão do autor da sucessão para o representado, e é indiferente que a haja deste para o representante. O representante tem de ter legitimidade em relação ao autor, mas não precisa de a ter em relação ao representado”. (ASCENSÃO, 1986, p. 187)

Logo, se o representante fora deserddado ou é indigno na sucessão do pai, mas não é indigno de suceder, ou fora deserddado, por seu avô, ele poderá recolher a herança deixada pelo avô, representando seu pai pré-morto.

No Código vigente, o direito de representação em matéria sucessória se encontra disciplinado nos arts. 1.851 a 1.856, beneficiando os descendentes do *de cuius*, independentemente de grau, e os sobrinhos do autor da herança, quando concorrerem com seus tios na sucessão colateral. Logo, os ascendentes, cônjuge sobrevivente e demais colaterais, apesar de herdeiros legítimos, jamais herdarão por representação. (BRASIL, 2002)

3.2.2. Evolução

Como a ordem de vocação hereditária tem estreita ligação com os laços de família, a organização da sucessão legítima variou ao longo do tempo, e varia de uma sociedade para a outra, conforme a concepção de cada povo acerca da entidade familiar.

Em Roma primitiva, como o herdeiro era condômino dos bens do pai, continuador do culto sagrado do *de cuius*, e o patrimônio permanecia imóvel na família, não se falava propriamente em transmissão *causa mortis*. Ele era chamado na condição de “herdeiro de si mesmo”, *heres sui et necessarii*.

Já no regime da Lei das XII Tábuas a herança era deferida a três classes de sucessores, na seguinte ordem: *heredes sui et necessarii*, composta por aqueles que ao tempo da morte se encontravam sob o poder, autoridade, do defunto; *agnati*, ou agnados, chamados na ausência destes, vinculados ao *de cuius* pelo parentesco na linha masculina, preferindo os mais próximos aos mais remotos; e os *gentiles*, que herdavam em terceiro lugar, também dada a precedência aos mais próximos.

O direito pretoriano apresentava a seguinte ordem de vocação hereditária:

1.^a classe – descendentes, sem exceção de sexo (o próximo não excluía o remoto); 2.^a – ascendentes e irmãos germanos (o próximo excluía o remoto); 3.^a – irmãos unilaterais (consanguíneos ou uterinos); 4.^a – os demais parentes (excluído o mais remoto pelo mais próximo); 5.^a – o cônjuge. (MAXIMILIANO, 1937, p. 159)

Justiniano, através das Novelas 118 e 127, alterou a ordem de vocação hereditária, estabelecendo os alicerces do direito atual, determinando o chamamento dos sucessores na seguinte ordem: descendentes, incluindo os filhos adotivos; ascendentes e irmãos bilaterais; irmãos unilaterais; outros colaterais, sem limite de grau; e, por fim, o cônjuge supérstite.

No entanto, observa Clóvis Bevilacqua que a mulher não ficava completamente desamparada, uma vez que, “se a mulher ficar pobre e sem dote, tem direito de concorrer com os herdeiros de qualquer categoria, para o fim de obter uma parte de usufructo sobre os bens da herança (*quota uxoria*)”. (BEVILAQUA, 1932, p. 93)

Entre os povos germanos, a sucessão era exclusivamente legítima e, por força da *Wartrecht*, era deferida na seguinte ordem: descendentes, ascendentes, colaterais.

No Código Visigótico e nas Ordenações, os descendentes herdavam em primeiro lugar, seguidos pelos ascendentes, colaterais até o décimo grau, cônjuge e Estado.

Importante frisar que enquanto vigiu a instituição do morgadio, abolida em 1835, havia direito de masculinidade e primogenitura em relação à terra, que permanecia indivisível.

A Lei Feliciano Pena, decreto n. 1.839/1907, alterou a ordem de vocação hereditária, passando o cônjuge para o terceiro lugar na linha sucessória, em detrimento dos colaterais até o sexto grau, que passaram para o quarto lugar. (BRASIL, 1907)

O Código Civil de 1916, em sua redação original, estabeleceu em seu art. 1603 que a sucessão legítima deferia-se na seguinte ordem: aos descendentes, ascendentes, cônjuge sobrevivente, colaterais até o sexto grau e, por fim, na ausência de parentes sucessíveis, ao Estado. (BRASIL, 1916)

Arthur Vasco Itabaiana de Oliveira, ao comentar a ordem de vocação estabelecida pelo código revogado afirma que ela “se distingue pela sua simplicidade e corresponde, com a possível exactidão, ao conceito de família, e, substituindo a este sentimento, ha o da patria, que se reflecte no direito hereditario com a sucessão do Fisco”. (OLIVEIRA, 1936, p. 156)

Importante mencionar que o Decreto-Lei n. 1.907/1939 (BRASIL, 1939) limitou o direito sucessório dos colaterais ao segundo grau, tendo este sido revogado pelo Decreto-Lei n. 8.207/1945 (BRASIL, 1945), que fixou a vocação hereditária dos colaterais no terceiro grau. Este último decreto, por sua vez, foi revogado pelo Decreto-Lei n. 9.461/1946 (BRASIL, 1946), que modificou novamente o limite para a sucessão colateral, fixando-o no quarto grau, que permanecerá até a revogação do Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916).

Além disso, merece destaque o fato de que, apesar de o Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916) não ter conferido direito sucessório aos companheiros, uma vez que esta espécie de família somente fora expressamente reconhecida como tal após a promulgação da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), ainda durante sua vigência foram publicadas as Leis n. 8.971/1994 (BRASIL, 1994) e 9.278/1996 (BRASIL, 1996), que atribuíram direitos sucessórios àqueles que viviam em união estável, instituindo ordem de vocação hereditária paralela à prevista no art. 1.603 do código revogado.

O Código Civil de 2002 apresentou algumas novidades em matéria de ordem de vocação hereditária, tais como a exclusão do fisco e, principalmente, a possibilidade de concorrência do cônjuge ou companheiro com os descendentes e ascendentes do *de cuius*. No entanto, o diploma vigente manteve alguns erros encontrados no sistema jurídico revogado, especialmente ao manter duas ordens de vocação hereditária paralelas, conforme o autor da herança tenha constituído, ou não, união estável, tratando de modo distinto a sucessão do cônjuge e do companheiro. (BRASIL, 2002)

Assim, de acordo com o Código Civil vigente (BRASIL, 2002), essas são as ordens de vocação hereditária:

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, 2002)

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 único¹⁹); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
 II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente;
 III – ao cônjuge sobrevivente;
 IV – aos colaterais. (BRASIL, 2002)

Como afirma Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka,

O primeiro pressuposto que deve ser vencido, quando da abertura de uma sucessão, para que se possa proceder à correta vocação dos herdeiros consiste em perquirir qual o estado civil do autor da herança.

Nesse ponto, ao prever a concorrência tanto do cônjuge como do companheiro em determinadas hipóteses sucessórias e sob determinadas condições, o novo Código Civil brasileiro passa a estabelecer regras que dependem da solução dessa dúvida para a partição correta do monte-mor.

(...)

Assim, atualmente, e diante das regras estampadas pelo legislador ao longo dos arts. 1.829 a 1.844, lidos em consonância com o art. 1.790, todos do Código Civil de 2002, é possível traçar três diferentes formas de partilhar-se o acervo hereditário deixado pela pessoa que falece, conforme o seu estado civil no momento de sua morte. (...)

Na primeira hipótese, a sucessão se processa relativamente a uma pessoa que, no momento de sua morte, era casada ou que estava separada de fato há menos de dois anos, casos em que a sucessão processar-se-á de forma a considerar, primeiramente, o regime de bens do casamento ora desfeito por morte. Também se enquadram nessa hipótese de partilha aquelas pessoas que, mesmo separadas de fato há mais de dois anos, não se tenham separado por culpa do sobrevivente, que deve fazer prova disso. Na segunda hipótese, a sucessão se verifica relativamente a uma pessoa que vivia em união estável, caso em que não será de importância relevante nem a verificação do regime de bens estabelecido por contrato escrito nem a falta de tal previsão, já que vigora para a relação estável a normativa atinente ao regime da comunhão parcial de bens (art. 1.725, CC). Nessa hipótese, o que será considerado no momento da divisão do monte partível é a forma de aquisição dos bens a serem partilhados.

Por fim, a derradeira hipótese versará aos casos em que o defunto tiver falecido sem deixar quer um cônjuge que possa ser considerado herdeiro, quer um companheiro de vida. Nesses casos, porquanto não se verifica a concorrência do cônjuge nem do companheiro na partição da herança, as regras aplicáveis serão em tudo muito parecidas com as regras vigentes no Código de 1916. (HIRONAKA, 2007, p. 99/100)

Observa-se, assim, que a ordem de vocação hereditária vigente, apesar de alguns avanços em face da revogada, está longe de tutelar a família instrumento, uma vez que não

¹⁹ O legislador se equivocou ao citar o art. 1.640, parágrafo único, do Código Civil como regulamentador da separação obrigatória de bens, sendo correta a menção ao art. 1.641 do referido diploma legal, que a regulamenta. (BRASIL, 2002)

observa os laços familiares formados entre o autor da herança e seus herdeiros, limitando-se a dividir estes últimos em classes, e a igualá-los de modo exclusivamente formal, sem considerar as particularidades dos sucessores.

Além disso, a norma vigente desigualava pessoas em situação jurídica idêntica, em matéria de direito de família, tratando de modo diferenciado a sucessão do cônjuge e do companheiro, razão pela qual, apesar de recente, o novo Código Civil é merecedor de reformas na parte em que disciplina a sucessão legítima, a fim de atender à solidariedade familiar, e conferir proteção integral às famílias atuais.

3.2.3. Descendentes

A primeira categoria de herdeiros legítimos é a dos descendentes, que uma vez chamados à sucessão excluem os demais, ressalvadas as hipóteses de concorrência com o cônjuge ou companheiro supérstites. Estas últimas hipóteses serão detidamente tratadas quando da análise da sucessão do cônjuge e do companheiro, restringindo-se a presente hipótese aos casos de sucessão de descendentes de pessoas solteiras, viúvas, divorciadas, separadas judicialmente, ou de fato há mais de dois anos.

Desde o surgimento do direito das sucessões, que inicialmente comungava com a religião, sendo a transmissão do patrimônio *causa mortis* mera consequência da necessidade de perpetuação do culto familiar, e até mesmo após sua laicização, os primeiros a serem chamados a receber o patrimônio deixado pelo *de cujus* sempre foram seus descendentes.

A eleição dos descendentes para receber a herança em primeiro lugar é decorrência da própria ordem natural das coisas, uma vez que dentre as relações afetivas estabelecidas pelo falecido esta é, de modo geral, a mais forte e, sendo os descendentes, em regra, os mais jovens a figurar na ordem de vocação hereditária, eram eles os merecedores de maior tutela e proteção do *de cujus*, especialmente se sujeitos ao poder familiar à época da abertura da sucessão.

Neste sentido, as palavras de Salomão Cateb:

Desde a mais remota história da civilização, o homem sempre dedicou afeição maior a seus filhos, descendentes diretos, mesmo sangue, mesma carne, imaginando, muitas vezes, ser possível o filho seguir os passos do pai, em autêntico prolongamento da vida *post mortem*. A afeição que os pais têm pelos filhos é o reflexo da própria natureza, encontrando-se entre os animais irracionais idêntica

afeição protetiva pelos filhos, a ponto de perder a própria vida na defesa de sua ninhada.

A lei humana segue os passos da natureza e os filhos estão colocados em primeiro lugar, na ordem de vocação hereditária, na classe dos descendentes. (CATEB, 2007, p. 68)

Este posicionamento é corroborado por Carvalho Santos, ao afirmar que “ao estabelecer a ordem legal dos sucessores, o legislador inspirou-se, sem dúvida, na ordem natural das afeições familiares; pois é bem sabido que o amor primeiro desce, depois sobe, e em seguida dilata-se”. (SANTOS, 1938, p. 247)

No Brasil, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, estão proibidas designações discriminatórias entre filhos, não havendo quaisquer distinções entre os direitos sucessórios dos descendentes, relacionadas à origem, uma vez que o §6º, de seu artigo 227 estabelece o seguinte:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

(...)

§ 6.º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. (BRASIL, 1988)

Todavia, conforme já demonstrado quando da análise da evolução do Direito das Sucessões, em Roma não prevalecera a igualdade sucessória entre descendentes, uma vez que, em decorrência da necessidade de perpetuação do culto doméstico familiar, a sucessão se dava somente em favor do filho varão do *de cuius*.

A filha, quando casada, não herdava do pai. Se solteira sob *patria potestas*, herdava, mas não podia dispor dos bens. Somente mais tarde, a consangüinidade – *cognatio* – passou a influir. (...) E tal mutação refletiu em todo direito ocidental, atingindo o nosso, evidentemente, por intermediação do anterior à codificação, que se regia pelo romano. (PEREIRA, 1998, p. 59/60)

Com a evolução da sociedade romana, passou-se a admitir a igualdade sucessória entre descendentes homens e mulheres, mas esta igualdade se fazia presente somente em relação aos filhos legítimos, chamados por Justiniano de herdeiros regulares, uma vez que os filhos denominados “naturais”, figuravam na classe de herdeiros irregulares.

A evolução do Direito, até se chegar ao princípio constitucional da igualdade entre todos os filhos, fora longa e árdua, sendo que a norma que iniciara a equiparação entre eles

fora a lei de 12 de Brumário do ano II (02 de novembro de 1793), que inspirada nas ideias iluministas de igualdade formal modificou radicalmente o *status* dos filhos não oriundos do casamento.

Neste sentido, os ensinamentos de Ioanna Kondyli:

Inspiré du principe d'égalité, le législateur révolutionnaire a changé radicalement le statut successoral de l'enfant naturel.

Le 4 juin 1793 la Convention a reconnu aux enfants naturels simples le droit de succéder à leurs père et mère << dans la forme qui sera déterminée >>. L'art. 2 de la loi du 12 brumaire an II (2 novembre 1793) a affirmé leur assimilation aux enfants légitimes en ces termes: << Leus droits de succebilité seront les mêmes que ceux des autres enfants >>. La loi fit rétroagir en partie ses dispositions jusq'au 14 juillet 1789 (art. 1).²⁰ (KONDYLI, 1997, p. 58)

Entretanto, Lopes del Carril adverte que

Este principio, sin embargo, encontraba un fuerte obstáculo en la prohibición de investigar la paternidad. Esa misma Ley, les reconoció a los hijos adulterinos con un fundamento alimentario, una tercera parte de la porción hereditaria considerada como si ellos hubieran nacido dentro del matrimonio. (CARRIL, 1970, 142)

Embora não seja imune a críticas, é inequívoco que a lei de 12 de Brumário do ano II exerce importante papel em todo o mundo ocidental, tendo influenciado todas as legislações posteriores no caminho para a igualdade entre os filhos.

No Brasil e em Portugal, o direito proveniente das Ordenações apresentava um discriminatório e confuso sistema sucessório na linha descendente, sendo que o Livro 4º, Título 96, das Ordenações Filipinas, reproduzido na Consolidação das Leis Civis através do art. 960, estabelecia o seguinte:

Art. 960. Na ordem dos herdeiros descendentes sucedem:

§1.º Os filhos legítimos, e os ilegítimos sucessíveis.

§2.º Na falta de filhos, os netos, ou outros descendentes. (FREITAS, 2003)

Já o art. 961 da Consolidação, que reproduzia a Lei n. 463, de 02 de setembro de 1847, restringia a sucessão dos filhos ilegítimos, afirmando que apenas os naturais,

20 Inspirado pelo princípio da igualdade, o legislador revolucionário mudou radicalmente o *status* sucessoral do filho ilegítimo. Em 04 de junho de 1793 a Convenção reconhece aos filhos ilegítimos simples o direito de suceder seu pai e mãe <<na forma que será determinada>>. O artigo 2º da Lei de 12 de Brumário Ano II (02 de novembro de 1793) declarou a sua equiparação aos filhos legítimos da seguinte forma: <<seus direitos sucessórios serão os mesmos que os de outras crianças>>. A lei retroagiu em parte seus dispositivos para 14 de julho de 1789 (art.1). (Tradução livre)

reconhecidos previamente por escritura pública, seriam admitidos à sucessão, não sendo admitida a ação de investigação de paternidade.²¹

Assim, apesar de uma leitura isolada do art. 960 da Consolidação das Leis Civis aparentar ser antiga a igualdade sucessória entre descendentes, independentemente da origem, tal fato não ocorria, uma vez que o art. 961 somente admitia direito sucessório em favor dos ilegítimos naturais, ou seja, de pessoas livres e desimpedidas, aptas a casar, reconhecidos por escritura pública, ou seja, de modo voluntário.

Ensina Carlos Maximiliano que

No Brasil e em Portugal as Ordenações do Reino e o Assento n. 5, de 9 de Abril de 1772, §1º, admitiam a investigação da paternidade, facultados todos os meios de prova; entretanto, o filho assim reconhecido só adquiria direito a alimentos. A prerrogativa sucessória foi assegurada, no Brasil, posteriormente, com a Lei n. 463, de 2 de Setembro de 1847, porém só nos casos de reconhecimento voluntário, por meio de escritura pública ou testamento; assim mesmo, para concorrer com os legítimos, deveriam ter sido reconhecidos antes do casamento de que estes provieram. (MAXIMILIANO, 1937, p. 241)

O Código Civil de 1916 manteve a sistemática então vigente, estatuinto uma longa, complexa e atualmente inútil classificação dos descendentes, assim distribuída:

§234 - Entre os descendentes, uns são legítimos, outros legitimados, outros ilegítimos e, finalmente, se compreendem, também, os adoptivos:

a) os legítimos – são os filhos concebidos na constancia do casamento ainda que annullado, ou mesmo nullo, se se contrahiu de boa fé;

b) os legitimados – são os filhos que, em virtude do casamento subsequente dos paes, se acham equiparados, por equidade e ficção da lei, aos filhos legítimos, embora aquelles fossem nascidos ou concebidos antes do matrimonio;

c) os ilegítimos – são os filhos que procedem de união sexual sem a consagração da lei, isto é, quando nascidos de pessoas não vinculadas por matrimonio válido, putativo, ou annullado; e

d) os adoptivos – são os filhos que resultam da adopção.

§ 235 – Os filhos ilegítimos dividem-se em:

a) naturaes in genere – os que podem ser reconhecidos, e

b) espurios – os que não podem ser reconhecidos.

I – Os filhos naturaes **in genere** subdividem-se em:

a) nefarios – os nascidos de conjuge adultero com o seu co-réo por tal condemnado, ou de conjuge sobrevivente com o condemnado como delinquente no homicidio, ou tentativa de homicidio contra o seu consorte, compreendendo, assim, as hypotheses previstas nos ns. VII e VIII do artigo 183 do Codigo Civil;²²

²¹ Art. 961. Os filhos ilegítimos admittidos á successão paterna são unicamente os naturaes, de que trata o Art. 208, reconhecidos por escriptura publica em conformidade do Art. 212. (FREITAS, 2003)

²² Art. 183. Não podem casar (arts. 207 e 209):

I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, natural ou civil;

II - os afins em linha reta, seja o vínculo legítimo ou ilegítimo;

III - o adotante com o cônjuge do adotado e o adotado com o cônjuge do adotante (art. 376);

IV - os irmãos, legítimos ou ilegítimos, germanos ou não, e os colaterais, legítimos ou ilegítimos, até o terceiro grau inclusive;

V - o adotado com o filho superveniente ao pai ou à mãe adotiva (art. 376);

- b) bastardos** – os nascidos de pessoas compreendidas nas hypotheses previstas nos ns. IX a XII do art. 183 do Código Civil;
- c) nothos** – os nascidos de pessoas compreendidas nas hypotheses previstas nos ns. XIII a XVI do art. 183 do Código Civil;
- d) naturales in specie** – os nascidos de homem solteiro e mulher solteira (**ex soluto et soluta**), sem impedimento algum para o casamento.
- II** – Os filhos espúrios subdividem-se em:
- a) incestuosos** – os havidos de pessoas entre si ligadas por laços de parentesco em gráo prohibido, e
- b) adulterinos** – os que procedem de pessoas impedidas pelo vinculo matrimonial não dissolvido por morte, nullidade ou annullação.
- III** – Os filhos adulterinos são os nascidos:
- a) de homem casado e mulher solteira – **ex conjugato et soluta**;
- b) de homem solteiro e mulher casada – **ex soluto et conjugata**, e
- c) de homem casado e mulher casada – **ex conjugato et conjugata**. (OLIVEIRA, 1936, p. 157 a 162)

Para fins sucessórios, o artigo 1.605 equiparou aos filhos legítimos os legitimados, os naturais reconhecidos e os adotivos. No entanto, de acordo com a redação original do §1º do referido artigo (revogado pela Lei n. 6.515/1977), quando o filho natural fosse reconhecido na constância do casamento, e concorresse com filhos legítimos ou legitimados²³, àquele caberia somente a metade do deferido a estes. (BRASIL, 1916)

VI - as pessoas casadas (art. 203);

VII - o cônjuge adúltero com o seu co-réu, por tal condenado;

VIII - o cônjuge sobrevivente com o condenado como delinqüente no homicídio, ou tentativa de homicídio, contra o seu consorte;

IX - as pessoas por qualquer motivo coactas e as incapazes de consentir; (Redação dada pelo Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 15.1.1919)

X - o raptor com a raptada, enquanto esta não se ache fora do seu poder e em lugar seguro;

XI - os sujeitos ao pátrio poder, tutela ou curatela, enquanto não obtiverem, ou lhes não for suprido o consentimento do pai, tutor, ou curador (art. 212); (Redação dada pelo Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 15.1.1919)

XII - as mulheres menores de 16 (dezesseis) anos e os homens menores de 18 (dezoito);

XIII - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal (art. 225) e der partilha aos herdeiros; (Redação dada pelo Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 15.1.1919)

XIV - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até 10 (dez) meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal, salvo se antes de findo esse prazo der à luz algum filho; (Redação dada pelo Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 15.1.1919)

XV - o tutor ou curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas, salvo permissão paterna ou materna manifestada em escrito autêntico ou em testamento;

XVI - o juiz, ou escrivão e seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com órfão ou viúva, da circunscrição territorial onde um ou outro tiver exercício, salvo licença especial da autoridade judiciária superior.

²³ Carlos Maximiliano explica haver distinção entre reconhecimento e legitimação, sendo o primeiro subdividido em “voluntário, quando decorre de ato escrito, espontaneo, do progenitor; judicial, ou forçado, quando obtido por meio de sentença em processo regular.

A legitimação deflue do casamento do pai com a mãe do filho ilegítimo e tem o efeito de o equiparar completamente aos legítimos. O instituto foi introduzido pelo Imperador Constantino e generalizado por Justiniano. (...)

Reputa-se este como se houvera vindo á luz depois de celebrado o casamento, isto é, ao legitimado cabem todos os direitos e obrigações do legítimo: recebe e concede alimentos e grangeia igual quinhão sucessório, quer a sua mãe case primeiro, quer depois da do legítimo. O indivíduo que engendra filhos quando solteiro, desposa outra mulher e na viuvez contráe núpcias com a sua amante primitiva, com este ato equipara os antigos filhos naturais

Além disso, o §2º do mesmo artigo dispunha que aos filhos adotados que concorressem com legítimos supervenientes à adoção também seria deferida metade da herança conferida a estes,²⁴ sendo que estes tinham capacidade sucessória somente se à época da adoção o adotante não possuía filhos legítimos, legitimados, ou reconhecidos, por força do disposto no art. 377 do Código Civil de 1916, com redação introduzida pela Lei n. 3.133 de 1957, que estabelecia o seguinte:

Art. 377. Quando o adotante tiver filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, a relação de adoção não envolve a de sucessão hereditária. (BRASIL, 1916)

A injustiça do sistema sucessório estabelecido pelo Código Civil de 1916 era flagrante, penalizando o filho por supostas “práticas ilícitas” de seus pais, motivado pelo falso moralismo presente no início do século passado, que somente admitia a família matrimonializada, entendida como uma instituição, um fim em si mesma, cuja harmonia não poderia vir a ser perturbada pela existência de filhos “ilegítimos”, que sequer podiam ser reconhecidos, como preceituado no art. 358²⁵, expressamente revogado somente no ano de 1989, pela Lei n. 7.841 (BRASIL, 1989). Assim, preferiu o legislador fechar os olhos à realidade, deixando diversas crianças ao desamparo, beneficiando os pais “infratores”, em benefício da harmonia e ordem familiar.

Clóvis Bevilacqua, após discorrer sobre a legislação comparada em matéria de sucessão de descendentes ilegítimos, critica ferozmente o sistema então vigente, afirmando o seguinte:

Deante de tamanha variedade de systemas successorios, o espirito dos que reflectem sobre as formas vivas do direito, procurando extrahir dellas a lição da experiencia, sente-se perturbado e perplexo; mas, se conseguir afastar de si as solicitações importunas dos preconceitos, saberá encontrar o seu caminho através do mattagal das opiniões collidentes, reconhecendo que a justiça está com aquelles que equiparam a próle natural reconhecida á prole que provém de um matrimonio válido, e que não distinguem, perante a sucessão materna, aquelles que, nascendo das mesmas entranhas, não podem ser differençados perante os deveres e perante o amor das mães. Assim, a nossa legislação é uma das que mais se approximam da solução aconselhada pelos principios da sciencia e da equidade. Sómente é preciso que lhe

aos que provieram do primeiro matrimônio. Com razão maior é assegurado igual direito aos ilegítimos nascidos durante a viuvez do pai, se depois êste recebeu em casamento a mãe dêles. (MAXIMILIANO, 1937, p. 245/246)

²⁴ Art. 1.605. Para os efeitos da sucessão, aos filhos legítimos se equiparam os legitimados, os naturais reconhecidos e os adotivos.

§ 1o Havendo filho legítimo ou legitimado, só a metade do que a este couber em herança terá direito o filho natural reconhecido na constância do casamento (art. 358).

§ 2o Ao filho adotivo, se concorrer com legítimos, supervenientes à adoção (art. 368), tocará somente metade da herança cabível a cada um destes. (BRASIL, 1916)

²⁵ Art. 358. Os filhos incestuosos e os adúlterinos não podem ser reconhecidos. (BRASIL, 1916)

demos franqueza maior para o reconhecimento paterno, e que se levante o estigma que pesa sobre os incestuosos e adúlteros, por uma falsa compreensão da moralidade, excluídos da herança. (BEVILAQUA, 1932, p. 133/134)

Apesar de alguns avanços apresentados na legislação esparsa que precedeu o Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916), como a Constituição Federal de 1937 (BRASIL, 1937), que teria acabado com a diferença sucessória entre o filho reconhecido e o oriundo da relação matrimonial, o Decreto-Lei n. 4.737, de 24 de setembro de 1942 (BRASIL, 1942), que permitiu que o filho havido fora do matrimônio pudesse ser, depois do desquite, reconhecido ou demandar que se declarasse sua filiação, a Lei n. 883, de 1949 (BRASIL, 1949), que permitiu o reconhecimento dos incestuosos e adúlteros, após a dissolução da sociedade conjugal, mas somente através de testamento, que produz apenas efeitos *post mortem*, e a Lei n. 6.515, de 1977 (BRASIL, 1977), que igualou o direito à herança dos filhos consanguíneos, somente com a promulgação da Constituição Federal de 1998 (BRASIL, 1988) fez-se imperativa a completa igualdade entre filhos. Até então, apesar da aparente igualdade de direitos sucessórios, continuava a vigor a classificação dos descendentes, sendo que o reconhecimento dos espúrios estava sujeito a várias condicionantes, como a morte da esposa do pai, um ato voluntário do mesmo, que produzia efeitos apenas depois de sua morte, deixando o filho desamparado enquanto vivesse seu genitor, e os filhos adotivos, por força do §2º do art. 1.605 do Código Civil (BRASIL, 1916), continuavam a ter tratamento diferenciado e inferiorizado em concorrência com os legítimos e legitimados.

Portanto, a partir da vigência da Constituição Federal de 1988, foram revogados todos os dispositivos legais que classificavam e estabeleciam distinção entre filhos, fazendo presente em nosso ordenamento a ampla e irrestrita igualdade sucessória entre os descendentes. (BRASIL, 1988)

Assim, o Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), regulamenta a norma constitucional em comento, estabelecendo em seu artigo 1.834 a seguinte regra:

Art. 1.834. Os descendentes da mesma classe têm os mesmos direitos à sucessão de seus ascendentes. (BRASIL, 2002)

Por força do direito de representação, explicado anteriormente, nem sempre a partilha da herança acontecerá entre descendentes de mesmo grau, podendo haver a concorrência entre filhos e netos do *de cuius*, filhos de seu filho pré-morto, razão pela qual o art. 1.835 do Código Civil estatui que “na linha descendente, os filhos sucedem por cabeça, e

os outros descendentes, por cabeça ou por estirpe, conforme se achem ou não no mesmo grau”. (BRASIL, 2002)

Aos netos do *de cujus*, portanto, será deferido quinhão diferente na sucessão do avô, conforme a sucessão se dê por direito próprio, quando a concorrência sucessória se dá somente entre netos, na hipótese de todos os filhos do autor da herança serem pré-mortos, ou por direito de representação, quando concorrerem com seus tios.

Deste modo, por exemplo, se o autor da herança deixou dois filhos vivos, e dois netos, filhos de um filho pré-morto, a cada um dos filhos caberá um terço da herança, enquanto que os netos receberão um sexto do acervo, cada. Já no caso em que o autor da herança tinha três filhos pré-mortos, sendo que um deles possuía um filho, e os demais dois, a cada neto será deferido um quinto da herança, e não um terço ao neto filho único, e um sexto a cada um dos demais, caso herdassem por estirpe.

Conclui-se, portanto, que a sucessão na linha reta descendente, que vai até o infinito, uma vez que não há limitação de graus, se dá por cabeça, no caso de todos os sucessíveis possuírem o mesmo grau de parentesco com o autor da herança, ou por cabeça e estirpe, na hipótese de diferenciação de graus, herdando os de grau mais remoto por direito de representação.

3.2.4. Ascendentes

Inexistindo descendentes do *de cujus*, em qualquer grau, são chamados a suceder seus ascendentes, que concorrerão com o cônjuge ou companheiro sobreviventes, caso o autor da herança os tivesse à época da abertura da sucessão (art. 1.829, II e art. 1.790, III, Código Civil de 2002, respectivamente), também sem limitação de grau. (BRASIL, 2002)

De acordo com o Código Civil de 2002, em concorrência com o companheiro sobrevivente, será deferida ao ascendente a integralidade dos bens adquiridos pelo *de cujus* anteriormente à união estável, bem como todos os adquiridos após a constituição daquela entidade familiar, desde que a título gratuito. Em relação aos bens adquiridos a título oneroso, na vigência da união estável, caberá ao(s) ascendente(s) sobrevivente(s) o equivalente a 2/3 (dois terços) destes bens, uma vez que 1/3 (um terço) é reservado ao companheiro sobrevivente (art. 1790, *caput*, e inciso III, Código Civil de 2002). (BRASIL, 2002)

Por sua vez, em caso de concorrência com o cônjuge supérstite, independentemente do regime de bens do casamento celebrado entre ele e o autor da herança,

caberá a cada um dos pais sobreviventes do *de cujus* o equivalente a 1/3 (um terço) da herança, sendo deferida ao cônjuge a outra parte. Caso haja apenas um ascendente de primeiro grau sobrevivente, a este pertencerá metade da herança, competindo ao cônjuge supérstite igual quinhão. Na hipótese de concorrerem ascendentes de segundo grau, ou maior, ao cônjuge será deferida a metade da herança, cabendo-lhe(s) o restante (art. 1.837, Código Civil de 2002). (BRASIL, 2002)

A concorrência sucessória dos ascendentes com o companheiro ou cônjuge sobreviventes é novidade introduzida pelo Código Civil de 2002, em observância à finalidade de proteção integral à família, uma vez que o diploma revogado estabelecia em seu artigo 1.606 que, na ausência de descendentes, a herança seria integralmente deferida aos ascendentes. Entretanto, embora tenha como finalidade conferir proteção integral à entidade familiar da qual fazia parte o autor da herança, de fato, não é bem assim. Isto porque a sucessão é muito mais favorável aos ascendentes caso concorram com o companheiro sobrevivente, em comparação com a concorrência com o cônjuge supérstite, em flagrante violação ao princípio da igualdade das entidades familiares, uma vez que, nesta hipótese, quem vive em união estável possui menos direitos sucessórios que aquele casado com o *de cujus*. Esta desigualdade será adiante abordada, esclarecendo-se de antemão que, na opinião do autor, qualquer tratamento diferenciado estabelecido pelo Código Civil, em matéria sucessória, entre cônjuge e companheiro sobreviventes, viola a Constituição Federal, padecendo, portanto, de inconstitucionalidade. (BRASIL, 2002)

Como, por força do art. 1.852 do Código Civil vigente, não há direito de representação na linha ascendente, o grau mais próximo exclui o mais remoto, sem distinção de linhas (art. 1.836, §1º, Código Civil de 2002). Assim, se ao tempo da morte do autor da herança, estavam vivos e legitimados a receber a herança, seu pai e seus avós maternos, a herança será deferida, em sua integralidade, ao seu pai, respeitadas as parcelas destinadas ao cônjuge e companheiro sobreviventes, se houver. (BRASIL, 2002)

Por outro lado,

Se nenhum dos pais estiver vivo ou legitimado a receber a herança, esta se divide em duas linhas, paterna e materna (art. 1.836, §2º: “Havendo igualdade em grau e diversidade em linha, os ascendentes da linha paterna herdaram a metade, cabendo a outra aos da linha materna”; antigo, art. 1.608: “Havendo igualdade em grau e diversidade em linha, a herança partir-se-á entre as duas linhas meio pelo meio”). Não se esqueça, contudo, de que nesse caso metade da herança será do cônjuge como apontado. Após assegurada essa metade, aplicar-se-á o disposto no art. 1.836, §2º. (VENOSA, 2008, p. 123)

Interessante notar que sob a égide do Código Civil de 1916, assim como acontecia com a sucessão dos descendentes, a dos ascendentes também era subdividida entre os legítimos e ilegítimos, estatuinto o seu artigo 1.610 que na hipótese de ter o descendente ilegítimo direito à sucessão do ascendente, a recíproca seria verdadeira, em obediência ao princípio da reciprocidade, vigente em matéria sucessória. (BRASIL, 1916)

Entretanto, observa Itabaiana de Oliveira haver, à época, uma exceção ao princípio da reciprocidade de direitos sucessórios

quando se trata de um casamento putativo, em que um dos conjugues o contraiu de má fé. Neste caso, produzindo o matrimônio todos os efeitos civis somente em relação ao conjugue de bôa-fé e aos filhos, resulta, como consequência, o seguinte: os filhos herdam do conjugue de má fé, mas este não sucede aos filhos. (OLIVEIRA, 1936, p. 190/191)

Como a Constituição de 1988 estabeleceu a igualdade entre descendentes, tal direito repercute nos ascendentes, razão pela qual, desde então, o direito sucessório dos ascendentes tem disciplina única, não tendo sido recepcionadas as disposições do Código revogado acerca da sucessão dos ascendentes ilegítimos ou adotivos. (BRASIL, 1988)

Nesta questão, o princípio da igualdade entre filhos, reproduzido para os ascendentes, pode vir a gerar absurdos, especialmente em matéria sucessória, onde basta que os herdeiros pertençam a uma mesma classe, em igualdade de grau, para que concorram em igualdade de condições, sem o mínimo de consideração acerca das relações pessoais estabelecidas entre herdeiros e autor da herança.

Deste modo, o genitor que abandona o filho aos cuidados do outro, concorre com este em igualdade de condições, salientando-se que, por ser o ascendente um herdeiro necessário, como se verá adiante, e não sendo o abandono afetivo causa de deserdação, ele não pode ser excluído da participação na herança de seu descendente.

Estas situações evidenciam a obsolescência da ordem de vocação hereditária vigente, que não considera as relações familiares efetivamente estabelecidas pelo autor da herança, limitando-se a uma classificação fria e *a priori* dos herdeiros, encontrando-se bastante distanciada das finalidades de proteção integral à família e realização da solidariedade familiar que lhe são atribuídas.

3.2.5. Cônjuge

Antes de se adentrar especificamente no estudo da sucessão do cônjuge, é importante esclarecer que o casamento não é possível somente entre pessoas de sexos diferentes. Isto porque a Constituição, ao estabelecer no §1º do artigo 226 ser o casamento civil, e gratuita a sua celebração, não impõe nenhum requisito de gênero para a realização do mesmo (BRASIL, 1988). Além disso, a orientação sexual não pode ser pretexto para a aquisição ou perda de direitos, não sendo lícita, portanto, a exclusão da possibilidade de casamento entre homossexuais.

Reconhecendo esta situação, o Superior Tribunal de Justiça consagrou a igualdade de gêneros, reconhecendo aos casais homossexuais o direito de se casar, conforme recurso especial 1.183.378/RS (BRASIL, 2011). Deste modo, quando se trata da sucessão do cônjuge, deve ser entendido que esta situação pode ser fruto de um casamento homossexual ou heterossexual, sem qualquer distinção entre eles.

Passando para a análise da sucessão do cônjuge, observa-se que o mesmo, embora situado, de modo isolado, apenas na terceira posição da ordem de vocação hereditária estabelecida no art. 1.829 do Código Civil, pode vir a integrar a primeira classe de sucessíveis, caso concorra com descendentes, dependendo do regime de bens adotado em seu matrimônio, e a segunda, caso também haja ascendentes sobreviventes. (BRASIL, 2002)

No entanto, a posição do cônjuge não fora sempre tão privilegiada em matéria sucessória, tendo variado demasiadamente ao longo da evolução legislativa. Lopez del Carril relata que

En el derecho primitivo, la condición de la mujer era casi servil y estaba considerada com un ser inferior. La concesión de derechos hereditarios a los esposos unidos por matrimonio válido y no divorciados, se verificó en Roma por la “Bonorum possessio unde vir et uxor”, por la que llamó Ulpiano a falta de los unde liberi, unde legitimi y unde cognati. En razón del edicto, entonces, el marido sucedía a su esposa fallecida intestada y la mujer al marido, si no había sucesible de grados anteriores, llamado a la posesión de los bienes. Esta disposición, quedó contenida en el Digesto romano, que concedía derecho hereditario al cónyuge, en último término, a falta de otros parientes sucesibles.

Justiniano, por la novela 117, capítulo 5, reconoció a la viuda pobre e indotada, el derecho a recibir, aun en concurrencia con los parientes de su marido, una cuarta parte de la herencia llamada porción viril, cuando concurrían más de tres hijos. De este derecho la viuda no podía ser privada, ni aun por testamento.

El emperador León extendió este beneficio al esposo y de allí pasó a las comarcas francesas de derecho escrito. En cambio en las comarcas del derecho consuetudinario, se estableció el principio de la conservación de

los bienes en la propia familia, negando así, al cónyuge supérstite todo derecho hereditario cuando concurría con parientes legítimos de su consorte. (CARRIL, 1970, p. 59/60)

Ensina Carlos Maximiliano que “Lei dos Visigodos assegurara á viuva, em usufruto, parte igual á de um filho; dos Borgúndios, certa parte, em usufruto” (MAXIMILIANO, 1937, p. 187).

Observa-se, assim, que tanto no Direito Romano, quanto no dos povos germânicos, já se pensava em proteger a viúva, sendo tal tradição mantida no período feudal.

No Direito pátrio anterior ao Código Civil de 1916, Itabaiana de Oliveira relata que

pelas antigas Ordenações do Reino, o conjuge superstite occupava o quarto lugar dos successiveis, isto é, era chamado á successão ab intestato depois dos collateraes. A lei n. 1.939, de 31 de dezembro de 1907 praticou um grande acto de justiça, collocando o conjuge sobrevivente antes dos collateraes, no que foi seguida pelo Codigo Civil. (OLIVEIRA, 1936, p. 192)

Ao se alocar o cónyuge no quarto lugar da ordem de vocação hereditária, o ordenamento jurídico pré-codificado praticamente o excluía da successão, uma vez que a successão na linha colateral, estabelecida em terceiro lugar, ia até o décimo grau, fazendo com que pessoas que sequer tinham ciência da existência umas das outras fossem reciprocamente herdeiras.

Com a promulgação do Decreto n. 1.939/1907, conhecido como Lei Feliciano Pena (BRASIL, 1907), o cónyuge passou a ser chamado à successão antes dos colaterais, sistema mantido pelo Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916), e aperfeiçoado pelo Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), por meio da concorrência entre o cónyuge sobrevivente e os descendentes e ascendentes.

Para que o cónyuge seja considerado herdeiro, de acordo com o art. 1.830 do Código Civil, é fundamental não estarem separados judicialmente, ou de fato há mais de 02 (dois) anos à época da abertura da successão. Se separados de fato há mais de 02 (dois) anos à época da morte, pode o sobrevivente herdar se “essa convivência se tornara impossível” sem sua culpa. (BRASIL, 2002)

Este dispositivo representa ideia presente em nosso ordenamento desde as Ordenações Afonsinas, que em seu Livro IV, Título 95, §§ 1 e 2, condicionavam a herança do cónyuge ao fato de ao tempo da abertura da successão ambos viverem juntamente em “casa manteúda, como marido e mulher”.

Assim, no regime das Ordenações, se o casal estava separado de fato à época da abertura da sucessão, não tinha o cônjuge sobrevivente direito sucessório.

O artigo 1.611 do Código Civil de 1916, em sua redação original, condicionava o direito sucessório do cônjuge à ausência de desquite no momento da abertura da sucessão, o que fora alterado pela expressão “dissolvida a sociedade conjugal”, entendida pela doutrina como “separados judicialmente ou divorciados”. (BRASIL, 1916)

A parte final do artigo 1.830 do Código Civil é alvo de duras críticas, uma vez que representa um grande retrocesso, pois condiciona a legitimidade para suceder à ausência de culpa pela separação de fato, o que há muito se encontra superado pela doutrina e jurisprudência, que não admitem a existência de um culpado pelo fim de uma relação matrimonial. (BRASIL, 2002)

Assim,

Em que pese o avanço, no sentido de excluir o cônjuge casado, mas separado de fato, da sucessão, o novo Código Civil apresentou um retrocesso em seu art. 1830. De fato, ao condicionar a exclusão do cônjuge separado de fato da sucessão à ausência de culpa na separação, introduziu questão que, devendo ser provada, poderá paralisar o inventário durante muito tempo.

Além disso, a partir da concepção do afeto entre os cônjuges como o fundamento básico do casamento, abandona-se cada vez mais a noção de culpa na dissolução da sociedade conjugal. A busca de um culpado e um inocente pelo fim do matrimônio teve sua pertinência na concepção patriarcal da família, quando o casamento era indissolúvel e o marido era o chefe da sociedade conjugal. Nesta ótica, sendo a família uma instituição, merecedora de tutela pelo simples fato de ter sido constituída através do matrimônio, a própria dissolução matrimonial já era um fato danoso por si só. (NEVARES, 2004, p. 158/159)

Interessante observar que posicionamento diametralmente oposto possui o português José Antônio de França Pitão, que ao comentar o artigo 2133.º, n.º 3 do Código Civil de seu país natal²⁶, que estabelece o trânsito em julgado de sentença proferida em ação

²⁶ ARTIGO 2133.º

(Classes de sucessíveis)

1. A ordem por que são chamados os herdeiros, sem prejuízo do disposto no título da adoção, é a seguinte:

- a) Cônjuge e descendentes;
- b) Cônjuge e ascendentes;
- c) Irmãos e seus descendentes;
- d) Outros colaterais até ao quarto grau;
- e) Estado.

2. O cônjuge sobrevivente integra a primeira classe de sucessíveis, salvo se o autor da sucessão falecer sem descendentes e deixar ascendentes, caso em que integra a segunda classe.

3. O cônjuge não é chamado à herança se à data da morte do autor da sucessão se encontrar divorciado ou separado judicialmente de pessoas e bens, por sentença que já tenha transitado ou venha a transitar em julgado, ou ainda se a sentença de divórcio ou separação vier a ser proferida posteriormente àquela data, nos termos do n.º 3 do artigo 1785.º.

de separação ou divórcio, como requisitos para a legitimidade sucessória do cônjuge, afirma dever ser a culpa pelo fim do matrimônio o balizador da referida legitimidade, como se vê:

A hipótese de divórcio com sentença transitada em julgado compreende-se perfeitamente; é também admissível este regime quando o divórcio venha a ser concedido depois da morte do *de cuius*, dado que se baseia em facto ocorrido em vida do ex-cônjuge.

Já no caso de separação judicial de pessoas e bens, a solução adoptada é de veras duvidosa. É que, havendo separação, cessam os efeitos pessoais e patrimoniais do casamento (sem prejuízo do direito de alimentos relativamente aos bens – *cfr.* Alínea *a*) do n.º 1 do artigo 2009.º do Código Civil), à excepção do dever de fidelidade, dado que o vínculo conjugal não fica dissolvido (*cfr.* Artigos 1688.º e 1795.º-A, ambos do Código Civil). A isto acresce que, no caso de separação de facto, os cônjuges mantêm reciprocamente os seus direitos sucessórios. E, no fundo, as duas situações são aproximadas. Parece-nos, por isso, incorrecta a solução adoptada pelo legislador. Deveria ter-se feito apelo à culpa dos cônjuges na separação e a partir daí, balizar os termos em que cada um deles sucederia ao outro; ou seja, o legislador deveria ter estabelecido um princípio segundo o qual só o cônjuge inocente ou menos culpado (no caso de separação litigiosa), teria direitos sucessórios em relação ao outro. (PITÃO, 2005, p. 33)

Após a promulgação da Emenda Constitucional n. 66, que alterou a letra do §6º, do artigo 226, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), não mais exigindo prévia separação judicial, ou período mínimo de separação de fato para se pleitear o divórcio direto, e considerando-se que na ação de divórcio não se discute culpa, entende-se ter havido derrogação da parte final do art. 1.830 do Código Civil (BRASIL, 2002), bastando a separação de fato para se excluir a legitimidade sucessória do cônjuge sobrevivente.

De acordo com a letra original do dispositivo constitucional supra mencionado, para haver o divórcio direto era necessária prévia separação de fato pelo período de dois anos. Como eram necessários dois anos de separação de fato para se pleitear a dissolução da sociedade conjugal, o legislador, seguindo esta linha de pensamento, impôs prévia separação de fato por mais de dois anos para que um cônjuge fosse excluído da sucessão do outro. Logo, se não há mais a necessidade de tempo de separação de fato para se dissolver o vínculo conjugal, impossível exige-lo para se excluir a legitimidade sucessória do cônjuge sobrevivente.

Tal entendimento se coaduna com o posicionamento jurisprudencial no sentido de se considerar rompida a sociedade conjugal quando da separação de fato, sendo que, se não há mais entidade familiar formada pelos cônjuges, não se pode admitir direitos sucessórios recíprocos, uma vez que estes têm como fundamento a “communhão de affectos, de interesses, de esforços, de preocupações” (BEVILAQUA, 1932, p. 143)

Neste sentido, o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, destacando-se o seguinte julgado:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DE FAMÍLIA. DIVÓRCIO DIRETO. SEPARAÇÃO DE FATO. PARTILHA DE BENS. 1. O conjunto de bens adquiridos por um dos cônjuges, após a separação de fato, não se comunica ao outro, não podendo, por isso, ser partilhado. Precedentes. 2. Agravo regimental não provido. (BRASIL, 2009)

Posicionamento diverso, no sentido da manutenção da legitimidade sucessória do cônjuge sobrevivente pelo período de dois anos após a separação de fato, pode levar à absurda hipótese de concorrência sucessória entre cônjuge separado de fato há menos de dois anos com o companheiro sobrevivente, ou melhor, de pessoa que não faz mais parte das relações afetivo-familiares com quem compartilhava a vida com o *de cujus*, à época de sua morte.

Isto se faz possível porque o §1º do artigo 1.723 do Código Civil vigente possibilita a constituição de união estável por pessoa separada de fato, sem a imposição de limites temporais, reconhecendo ser este o ponto final da relação familiar constituída pelo casamento. (BRASIL, 2002)

Portanto, como a ordem de vocação hereditária tem como fundamentos a solidariedade familiar e a proteção integral à família, se com a separação de fato não mais se pode falar em família formada pelos cônjuges, não é legítimo o estabelecimento de prazos e perquirição de culpas para analisar a legitimidade sucessória do sobrevivente, nesta última hipótese.

De acordo com o supra exposto, pode-se concluir serem estes os requisitos para o cônjuge ter direito à herança: a) não estar divorciado; b) não estar separado judicial ou administrativamente; c) não estar separado de fato, independentemente do tempo.

Como lembra Carlos Roberto Gonçalves, “o consorte sobrevivo ainda será chamado a herdar se o casamento for declarado nulo ou vier a ser anulado, se de *boa-fé*, desde que a sucessão se abra antes da sentença anulatória (CC, art. 1.561 e §1º)”. (GONÇALVES 2008, p. 164)

Questão tormentosa diz respeito à legitimidade sucessória nos casos de reconciliação “de fato”, promovida pelos cônjuges separados judicial ou extrajudicialmente, sem a homologação judicial ou lavratura de escritura pública, ou seja, sem a observância das formalidades estabelecidas pelo artigo 1.577 do Código Civil. (BRASIL, 2002)

Segundo Carlos Maximiliano, “simples reconciliação de facto – não basta”. (MAXIMILIANO, 1937, p. 190). Deste modo, segundo este autor, a reconciliação “de fato”

não é suficiente para restabelecer direitos sucessórios, sendo fundamental que a mesma se dê na forma prevista em lei. No mesmo sentido, Carlos Roberto Gonçalves afirma que “se a reconciliação é apenas de fato, instaura-se entre o casal uma simples sociedade de fato, regendo-se os interesses patrimoniais recíprocos pelas regras do direito das obrigações, não se restabelecendo *ipso jure* a sociedade conjugal dissolvida”. (GONÇALVES, 2008, p. 164)

Entretanto, com o devido respeito às opiniões supra destacadas, entende-se não serem as mesmas coerentes com a atual concepção de família, refletindo um demasiado apego à literalidade, em contrariedade com a realidade fática.

Do mesmo modo que se entende colocar a separação de fato um fim à comunhão de vidas instaurada pelo casamento, deve-se entender restabelecida a sociedade conjugal a partir da reconciliação “de fato”, uma vez que é a partir dela que os cônjuges retomam a relação afetivo-familiar, que deve prevalecer sobre as formalidades.

Quando duas pessoas separadas retomam a vida em comum, elas não têm finalidade lucrativa, não estão se esforçando para obter lucros e partilhá-los, é inequívoco que, a partir da reconciliação fática o casal retoma a comunhão plena de vidas, não tendo uma mera decisão homologatória, ou uma declaração em cartório, o condão de retomar, restabelecer a sociedade conjugal.

Portanto, do mesmo modo que se entende não terem os separados de fato capacidade sucessória, defende-se terem os cônjuges separados judicial ou extrajudicialmente, que restabeleceram “de fato” a comunhão de vidas, legitimação para suceder um ao outro.

Entendidos os pressupostos para legitimação sucessória do cônjuge, passa-se à análise de seus direitos sucessórios.

3.2.5.1. Direito real de habitação

O art. 1.831 do Código Civil garante ao cônjuge sobrevivente, independentemente do regime de bens, e sem prejuízo de sua participação 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, 2002)

Mais uma vez, apesar da boa intenção, o legislador não conferiu plena proteção ao cônjuge sobrevivente, uma vez que se houver dois ou mais imóveis a inventariar, ao cônjuge sobrevivente não será conferido o direito real de habitação. Assim, por exemplo, se casado pelo regime da separação obrigatória, e tendo o autor da herança deixado descendentes, a

herança será totalmente deferida a estes, ficando o cônjuge sobrevivente ao completo desamparo.

Deste modo, melhor seria se o legislador estabelecesse direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência familiar, sem a imposição da restrição de ser o único desta natureza a inventariar.

Também agiu mal o legislador ao suprimir a condição resolutive para o direito real de habitação conferido ao cônjuge, presente no §2º do artigo 1.611 do Código Civil revogado (BRASIL, 1916), que era a convolação de novas núpcias. Ao invés de suprimir esta condição, deveria ter o legislador ampliado as hipóteses de resolução do direito real de habitação, substituindo a expressão “convolação de novas núpcias” por “constituição de nova família”.

Outra falha do direito real de habitação conferido ao cônjuge se faz presente nos casos em que o *de cujus*, além de viúvo ou viúva, deixa descendentes menores ou incapazes. Quando o cônjuge supérstite é ascendente dos descendentes do *de cujus*, o fato deste ter direito real de habitação em detrimento dos menores ou incapazes não gera maiores danos para os mesmos, uma vez que aquele deverá sustentar os menores sujeitos ao poder familiar, ou prestar alimentos aos não submetidos a este poder, em razão do parentesco. Neste caso, para efetiva garantia de preservação dos interesses dos hipossuficientes, deve-se estabelecer como condição resolutive do direito real de habitação a perda ou suspensão do poder familiar, ou a inadimplência do débito alimentar.

Já na hipótese de não ser o cônjuge supérstite ascendente dos descendentes menores ou incapazes do *de cujus*, a situação destes é demasiadamente agravada. Nestes casos, o cônjuge não tem dever de sustento ou obrigação alimentar dos mesmos, podendo acontecer a seguinte situação: um casal, casado sob o regime de comunhão parcial de bens, vivem em imóvel adquirido pelo varão antes do casamento; o varão possui um filho menor, de relacionamento anterior, órfão de mãe, que vive como casal; o varão morre, deixando como único bem a ser partilhado a residência do casal; este bem será partilhado em igualdade de condições entre o cônjuge e o filho menor, sendo que àquele será deferido direito real de habitação; como o cônjuge sobrevivente não tem dever de sustentar ou prestar alimentos em favor do filho menor, ele pode ser simplesmente expulso da residência familiar, sem gerar qualquer consequência para o cônjuge sobrevivente.

Situações como esta violam o comando do artigo 227 da Constituição Federal, que garante à criança e adolescente proteção integral do Estado, tendo preferido o legislador

preservar os interesses do cônjuge sobrevivente, em detrimento do interesse dos filhos menores. (BRASIL, 1988)

Para prevenção da ocorrência de situações como a supra narrada, sugere-se que o direito real de habitação seja deferido àqueles que realmente dele necessitarem, com presunção relativa de necessidade em favor dos descendentes menores ou incapazes, que poderá ser afastada pelo cônjuge no caso concreto.

Assim, garante-se efetivação ao princípio da solidariedade familiar, abandonando-se as presunções absolutas de necessidade instituídas pelo Código Civil, garantindo-se integral proteção do Estado aos membros da entidade familiar que dela realmente necessitarem.

3.2.5.2. Concorrência do cônjuge com descendentes

Quando o cônjuge herda sozinho (art. 1.838), ou quando ele concorre com os ascendentes (art. 1.836), é indiferente à legitimidade sucessória o regime de bens adotado pelo casal. (BRASIL, 2002)

Questão tormentosa surge quando o *de cuius* era casado e possuía descendentes à época da abertura da sucessão pois, nesta hipótese, os direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente variarão de acordo com o regime de bens adotado pelo casal, conforme estatuído pelo inciso I, do artigo 1.829 do Código Civil. (BRASIL, 2002)

De acordo com este dispositivo, se o autor da herança era casado e possuía descendentes à época da abertura da sucessão, o cônjuge sobrevivente será excluído da herança se casado pelo regime de comunhão universal, da separação obrigatória²⁷, ou no da comunhão parcial, se não há bens particulares.

²⁷ A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao analisar o recurso especial n. 992749/MS, manifestou-se em sentido contrário ao majoritariamente adotado pela doutrina e jurisprudência quando da interpretação da expressão “separação obrigatória de bens”, constante no inciso I, do artigo 1.829 do Código Civil, entendendo tratar-se de gênero que englobaria a separação convencional e a legal. Tal interpretação contraria até mesmo a literalidade do dispositivo, que apesar de erroneamente indicar o artigo 1.640, parágrafo único como norma instituidora da separação obrigatória, desejava claramente se referir ao artigo 1.641 do Código Civil. O referido julgado possui a seguinte ementa:

Direito civil. Família e Sucessões. Recurso especial. Inventário e partilha. Cônjuge sobrevivente casado pelo regime de separação convencional de bens, celebrado por meio de pacto antenupcial por escritura pública. Interpretação do art. 1.829, I, do CC/02. Direito de concorrência hereditária com descendentes do falecido. Não ocorrência.

- Impositiva a análise do art. 1.829, I, do CC/02, dentro do contexto do sistema jurídico, interpretando o dispositivo em harmonia com os demais que enfeixam a temática, em atenta observância dos princípios e diretrizes teóricas que lhe dão forma, marcadamente, a dignidade da pessoa humana, que se espalha, no plano da

Portanto, se casados pelo regime da separação convencional, participação final nos aquestos, comunhão parcial com bens particulares, ou adotado regime híbrido, concorrerão os cônjuges com os descendentes do *de cuius*. Neste caso, dispõe o artigo 1.832 do Código Civil que caso o cônjuge seja ascendente dos descendentes com os quais concorre,

livre manifestação da vontade humana, por meio da autonomia da vontade, da autonomia privada e da consequente autorresponsabilidade, bem como da confiança legítima, da qual brota a boa fé; a eticidade, por fim, vem complementar o sustentáculo principiológico que deve delinear os contornos da norma jurídica.

- Até o advento da Lei n.º 6.515/77 (Lei do Divórcio), vigeu no Direito brasileiro, como regime legal de bens, o da comunhão universal, no qual o cônjuge sobrevivente não concorre à herança, por já lhe ser conferida a meação sobre a totalidade do patrimônio do casal; a partir da vigência da Lei do Divórcio, contudo, o regime legal de bens no casamento passou a ser o da comunhão parcial, o que foi referendado pelo art. 1.640 do CC/02.

- Preserva-se o regime da comunhão parcial de bens, de acordo com o postulado da autodeterminação, ao contemplar o cônjuge sobrevivente com o direito à meação, além da concorrência hereditária sobre os bens comuns, mesmo que haja bens particulares, os quais, em qualquer hipótese, são partilhados unicamente entre os descendentes.

- O regime de separação obrigatória de bens, previsto no art. 1.829, inc. I, do CC/02, é gênero que congrega duas espécies: (i) separação legal; (ii) separação convencional. Uma decorre da lei e a outra da vontade das partes, e ambas obrigam os cônjuges, uma vez estipulado o regime de separação de bens, à sua observância.

- Não remanesce, para o cônjuge casado mediante separação de bens, direito à meação, tampouco à concorrência sucessória, respeitando-se o regime de bens estipulado, que obriga as partes na vida e na morte. Nos dois casos, portanto, o cônjuge sobrevivente não é herdeiro necessário.

- Entendimento em sentido diverso, suscitaria clara antinomia entre os arts. 1.829, inc. I, e 1.687, do CC/02, o que geraria uma quebra da unidade sistemática da lei codificada, e provocaria a morte do regime de separação de bens. Por isso, deve prevalecer a interpretação que conjuga e torna complementares os citados dispositivos.

- No processo analisado, a situação fática vivenciada pelo casal – declarada desde já a insuscetibilidade de seu reexame nesta via recursal – é a seguinte: (i) não houve longa convivência, mas um casamento que durou meses, mais especificamente, 10 meses; (ii) quando desse segundo casamento, o autor da herança já havia formado todo seu patrimônio e padecia de doença incapacitante; (iii) os nubentes escolheram voluntariamente casar pelo regime da separação convencional, optando, por meio de pacto antenupcial lavrado em escritura pública, pela incomunicabilidade de todos os bens adquiridos antes e depois do casamento, inclusive frutos e rendimentos.

- A ampla liberdade advinda da possibilidade de pactuação quanto ao regime matrimonial de bens, prevista pelo Direito Patrimonial de Família, não pode ser toldada pela imposição fleumática do Direito das Sucessões, porque o fenômeno sucessório “traduz a continuação da personalidade do morto pela projeção jurídica dos arranjos patrimoniais feitos em vida”.

- Trata-se, pois, de um ato de liberdade conjuntamente exercido, ao qual o fenômeno sucessório não pode estabelecer limitações.- Se o casal firmou pacto no sentido de não ter patrimônio comum e, se não requereu a alteração do regime estipulado, não houve doação de um cônjuge ao outro durante o casamento, tampouco foi deixado testamento ou legado para o cônjuge sobrevivente, quando seria livre e lícita qualquer dessas providências, não deve o intérprete da lei alçar o cônjuge sobrevivente à condição de herdeiro necessário, concorrendo com os descendentes, sob pena de clara violação ao regime de bens pactuado.

- Haveria, indubitavelmente, em tais situações, a alteração do regime matrimonial de bens post mortem, ou seja, com o fim do casamento pela morte de um dos cônjuges, seria alterado o regime de separação convencional de bens pactuado em vida, permitindo ao cônjuge sobrevivente o recebimento de bens de exclusiva propriedade do autor da herança, patrimônio ao qual recusou, quando do pacto antenupcial, por vontade própria.

- Por fim, cumpre invocar a boa fé objetiva, como exigência de lealdade e honestidade na conduta das partes, no sentido de que o cônjuge sobrevivente, após manifestar de forma livre e lícita a sua vontade, não pode dela se esquivar e, por conseguinte, arvorar-se em direito do qual solenemente declinou, ao estipular, no processo de habilitação para o casamento, conjuntamente com o autor da herança, o regime de separação convencional de bens, em pacto antenupcial por escritura pública.

- O princípio da exclusividade, que rege a vida do casal e veda a interferência de terceiros ou do próprio Estado nas opções feitas licitamente quanto aos aspectos patrimoniais e extrapatrimoniais da vida familiar, robustece a única interpretação viável do art. 1.829, inc. I, do CC/02, em consonância com o art. 1.687 do mesmo código, que assegura os efeitos práticos do regime de bens licitamente escolhido, bem como preserva a autonomia privada guindada pela eticidade.

Recurso especial provido.

Pedido cautelar incidental julgado prejudicado. (BRASIL, 2010)

não lhe poderá ser deferida quota parte inferior a um quarto da herança. Caso não seja ascendente de todos os descendentes com os quais concorre, o cônjuge receberá quinhão igual ao que lhes for deferido, concorrendo com eles em igualdade de condições, sem reserva de quinhão. (BRASIL, 2002)

O regime da comunhão parcial de bens demanda análise mais detida, uma vez que em leitura superficial do dispositivo em comento poder-se-ia concluir que na existência de bens comuns, não haveria concorrência entre cônjuge e descendentes, o que não é verdadeiro.

De acordo com o entendimento da doutrina dominante, havendo bens comuns e não comuns, a concorrência do cônjuge casado pelo regime de comunhão parcial com descendentes se dá exclusivamente em relação aos bens particulares, uma vez que ele já seria meeiro dos bens comuns, inexistindo, neste caso, justificativa para sua proteção por intermédio do Direito das Sucessões.

3.2.6. Companheiro

A união estável, até a promulgação da Constituição de 1988, não era reconhecida como tal, já que o regime jurídico anterior somente via no matrimônio a única forma de constituição de família. Assim, as famílias informais, não matrimonializadas, recebiam da doutrina e jurisprudência a preconceituosa classificação de concubinato, que se subdividia em puro e impuro, conforme existisse, ou não, impedimentos matrimoniais entre os concubinos.

Gustavo Tepedino aponta três fases da evolução legislativa do tratamento jurídico conferido às entidades familiares informais, sendo elas:

a) A primeira tem início com a rejeição pura e simples do concubinato, estigmatizado pelo Código Civil de 1916 como relação adúltera, culminado com a sua assimilação pela jurisprudência no âmbito do direito obrigacional, produzindo efeitos que impedissem o enriquecimento injustificado de um dos concubinos em detrimento do outro²⁸. b) Em seguida, delineia-se nitidamente a relevância atribuída pelo legislador especial ao concubinato (desde que não adúltero), não mais como mera relação de direito obrigacional mas como vida lícita em comum, sendo-lhe atribuídos efeitos jurídicos na esfera assistencial, previdenciária, locatícia etc. Pode-se considerar esta fase como o ingresso do concubinato no direito de família. c) A terceira fase, finalmente, compreende a tutela constitucional das entidades familiares não fundadas no matrimônio, admitindo o art. 226, §3º, formas familiares não fundadas no casamento. (TEPEDINO, 2008, p. 395/396)

28 CIVIL. CONCUBINATO. SERVIÇOS PRESTADOS PELA MULHER. INDENIZAÇÃO. São indenizáveis os serviços prestados pela concubina durante o período de vida em comum com seu amasio. (STJ; RESP 14746; SP; Terceira Turma; Rel. Min. Francisco Dias Trindade; Julg. 11/11/1991; DJU 09/12/1991; pág. 18030)

Apesar de expressamente reconhecida como entidade familiar pela Constituição de 1988, apenas em 1994 foi conferido direito sucessório ao companheiro sobrevivente, através da Lei n. 8.971, que assim dispunha em seu artigo 2º:

Art. 2º. As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do(a) companheiro(a) nas seguintes condições:

I – o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do de cujus, se houver filhos desde ou comuns;

II – o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do de cujus, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;

III – na falta de descendentes e ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança. (BRASIL, 1994)

A Lei n. 9.278/1996 alterou a norma supra mencionada, especialmente para não mais se exigir prazo mínimo para a configuração da união estável, e se admitir a constituição desta entidade familiar por pessoas separadas de fato. Em matéria sucessória, introduziu o direito real de habitação em favor do companheiro sobrevivente, estatuidando o seguinte:

Art. 7º. (...)

Parágrafo único. Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família. (BRASIL, 1996)

Interessante observar o atraso do Direito português em relação ao brasileiro, que não reconhece a união estável como entidade familiar, como aponta Diogo Leite de Campos:

A união de facto não é, em Direito português, relação familiar. Não é regulada de modo semelhante ao casamento, embora produza alguns efeitos de Direito. Nem é considerada um outro vínculo jurídico familiar. (...) Os únicos efeitos jurídicos a retirar da união de facto serão a tutela da colaboração económica entre os concubinos (na medida em que esta realmente exista) e a protecção dos filhos nascidos dessa união, imputando-os a ambos os concubinos. (CAMPOS, 2008, p. 22)

O Código Civil de 2002 disciplina a união estável nos artigos 1.723 a 1.727, reconhecendo como “entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. (BRASIL, 2002)

Assim como faz o §3º, do art. 226 da Constituição, o Código Civil expressamente utiliza a expressão “entre o homem e a mulher”, no ato de reconhecimento da união estável como merecedora da tutela do Estado enquanto entidade familiar. (BRASIL, 1988)

Duas interpretações poderiam aflorar do dispositivo transcrito: uma restritiva e, portanto, violadora dos princípios constitucionais invocados, e por isso mesmo aqui repudiada, que limitaria o reconhecimento de entidades familiares – fora do vínculo matrimonial – à união estável heterossexual ali expressamente veiculada; a outra, ao contrário, compatível com o Texto Maior, e, deste modo, mandatória, pela qual são reconhecidas, no âmbito de incidência do art. 1.723 do Código Civil, ao lado da união estável formada entre o homem e a mulher, outras entidades familiares capazes de promover a pessoa humana, como o são, exemplificadamente, as entidades monoparentais, formadas por um dos genitores com os seus filhos, e igualmente as entidades familiares formadas por duas pessoas do mesmo sexo, em união afetiva e comunhão de vida, com objetivo de realização plena da personalidade de seus integrantes. (TEPEDINO, 2009, p. 261)

Seguindo a linha de pensamento supra destacada, reconhecendo ser o §3º do art. 226 norma de inclusão, que demanda interpretação extensiva, o Supremo Tribunal Federal expressamente se manifestou no sentido de ser a união estável homoafetiva entidade familiar, merecedora de proteção integral do Estado, à qual deve ser conferido tratamento idêntico ao proporcionado às uniões estáveis heterossexuais, fazendo prevalecer os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, liberdade sexual e o “direito à busca da felicidade” sobre velhos preconceitos travestidos de “interpretação gramatical”. (BRASIL, 1988)

Neste sentido, destaca-se o julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 477.554/MG, cuja ementa é a seguinte:

UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS. LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR. POSIÇÃO CONSAGRADA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADPF 132/RJ E ADI 4.277/DF). O AFETO COMO VALOR JURÍDICO IMPREGNADO DE NATUREZA CONSTITUCIONAL. A VALORIZAÇÃO DESSE NOVO PARADIGMA COMO NÚCLEO CONFORMADOR DO CONCEITO DE FAMÍLIA. O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE, VERDADEIRO POSTULADO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO E EXPRESSÃO DE UMA IDÉIA-FORÇA QUE DERIVA DO PRINCÍPIO DA ESSENCIAL DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ALGUNS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DA SUPREMA CORTE AMERICANA SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA FELICIDADE. PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA (2006). DIREITO DE QUALQUER PESSOA DE CONSTITUIR FAMÍLIA, INDEPENDENTEMENTE DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU

IDENTIDADE DE GÊNERO. DIREITO DO COMPANHEIRO, NA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA, À PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE DE SEU PARCEIRO, DESDE QUE OBSERVADOS OS REQUISITOS DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL. O ART. 226, § 3º, DA LEI FUNDAMENTAL CONSTITUI TÍPICA NORMA DE INCLUSÃO. A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. A PROTEÇÃO DAS MINORIAS ANALISADA NA PERSPECTIVA DE UMA CONCEPÇÃO MATERIAL DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL. O DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE IMPEDIR (E, ATÉ MESMO, DE PUNIR) "QUALQUER DISCRIMINAÇÃO ATENTATÓRIA DOS DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS" (CF, ART. 5º, XLI). A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O FORTALECIMENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL. ELEMENTOS QUE COMPÕEM O MARCO DOUTRINÁRIO QUE CONFERE SUPORTE TEÓRICO AO NEOCONSTITUCIONALISMO. RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. NINGUÉM PODE SER PRIVADO DE SEUS DIREITOS EM RAZÃO DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL. Ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual. Os homossexuais, por tal razão, têm direito de receber a igual proteção tanto das Leis quanto do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desiguale as pessoas em razão de sua orientação sexual. RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR. - O Supremo Tribunal Federal - apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva e invocando princípios essenciais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade) - Reconhece assistir, a qualquer pessoa, o direito fundamental à orientação sexual, havendo proclamado, por isso mesmo, a plena legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, atribuindo-lhe, em consequência, verdadeiro estatuto de cidadania, em ordem a permitir que se extraíam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares. - A extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão decorrente da própria Constituição da República (art. 1º, III, e art. 3º, IV), fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar. - Toda pessoa tem o direito fundamental de constituir família, independentemente de sua orientação sexual ou de identidade de gênero. A família resultante da união homoafetiva não pode sofrer discriminação, cabendo-lhe os mesmos direitos, prerrogativas, benefícios e obrigações que se mostrem acessíveis a parceiros de sexo distinto que integrem uniões heteroafetivas. A DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DO AFETO COMO UM DOS FUNDAMENTOS DA FAMÍLIA MODERNA. - O reconhecimento do afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: Um novo paradigma que informa e inspira a formulação do próprio conceito de família. Doutrina. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E BUSCA DA FELICIDADE. - O

postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - Considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - Significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso país, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Doutrina. - O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. - Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte Americana. Positivização desse princípio no plano do direito comparado. A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PROTEÇÃO DAS MINORIAS. - A proteção das minorias e dos grupos vulneráveis qualifica-se como fundamento imprescindível à plena legitimação material do estado democrático de direito. - Incumbe, por isso mesmo, ao Supremo Tribunal Federal, em sua condição institucional de guarda da constituição (o que lhe confere "o monopólio da última palavra" em matéria de interpretação constitucional), desempenhar função contramajoritária, em ordem a dispensar efetiva proteção às minorias contra eventuais excessos (ou omissões) da maioria, eis que ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, à autoridade hierárquico-normativa e aos princípios superiores consagrados na Lei Fundamental do estado. Precedentes. Doutrina. (BRASIL, 2011)

Portanto, por união estável devem ser compreendidas tanto as famílias informais formadas por pessoas de sexos distintos quanto as por pessoas de mesmo sexo, sem qualquer tipo de distinção entre elas, uma vez que o fato de a Constituição ter reconhecido a família informal heterossexual não implica na inexistência da união estável homossexual.

Para reger as questões patrimoniais da união estável, estabelece o artigo 1.725 do Código Civil a possibilidade de os companheiros livremente celebrarem contrato de convivência ou, ao não contratarem, lhes serem aplicadas as normas regentes da comunhão parcial de bens. (BRASIL, 2002)

No âmbito sucessório, o Código Civil rege a sucessão dos companheiros no artigo 1.790, no Capítulo destinado às Disposições Gerais, do Título I, que trata da Sucessão em Geral, ao invés de discipliná-la no Título II, que trata da Sucessão Legítima. (BRASIL, 2002)

Inácio Bernardino de Carvalho Neto acrescenta ser completamente injustificável tratar a sucessão do companheiro de modo e em local distanciado da sucessão do cônjuge, pois

Nada impediria que o novo Código tratasse a matéria em conjunto com o cônjuge, simplesmente acrescentando a referência ao companheiro nos arts. 1.829 a 1.832 e 1.836 a 1.839. Isto só se explica pelo fato de que o Projeto original não se referia ao companheiro, tendo sido o tema acrescentado, sem muito cuidado, em revisão no Congresso, por meio da Emenda n.º. 358 apresentada em 18 de setembro de 1984 pelo saudoso Senador Nelson Carneiro. (CARVALHO NETO, 2005, p. 136/137)

Dos problemas encontrados na sucessão dos companheiros, entretanto, este é o de menor extensão, iniciando-se estes no *caput* do art. 1.790, ao estabelecer que “a companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável”. (BRASIL, 2002)

Na união estável, portanto, independentemente das disposições patrimoniais contratadas entre os companheiros, ou da inexistência de contrato de convivência, implicando na adoção do regime da comunhão parcial de bens, antes de se proceder à partilha, deve-se dividir o patrimônio do *de cujus* em duas massas distintas, sobre as quais incidirão normas sucessórias diversas. Sobre os bens adquiridos anteriormente à união estável, ou no curso desta, mas a título gratuito, incidirão as normas do artigo 1.829 e seguintes do Código Civil. Já em relação aos bens adquiridos onerosamente no curso da união estável, aplicar-se-á a ordem de vocação hereditária estabelecida pelo artigo 1.790 do Código Civil. (BRASIL, 2002)

Esta situação afigura-se flagrantemente absurda, eis que, em regra, o companheiro já é meeiro dos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, devendo, de acordo com a finalidade da sucessão legítima que é a de conferir proteção integral à família, sua participação na herança incidir, justamente, sobre os bens dos quais não é condômino.

Ana Luiza Maia Nevares assevera que o dispositivo em comento pode ocasionar injustiças, como no caso de uma pessoa que

só tenha bens adquiridos antes da união, ou somente tenha adquirido bens a título gratuito, como herança ou doação, e viva durante muitos anos em união estável. Quando essa pessoa falecer, seu companheiro nada receberá. A herança caberá por inteiro aos demais parentes sucessíveis e, o pior, não os havendo, esta será vacante e pertencerá por inteiro ao Estado (CC/02, art. 1.844). (NEVARES, 2004, p. 171)²⁹

²⁹ A mesma autora lembra que nestes casos a vacância poderia vir a ser afastada através de interpretação sistemática do art. 1.844 do Código Civil, o que não exclui a crítica ao *caput* do art. 1.790. (NEVARES, 2004)

3.2.6.1. Concorrência do companheiro com parentes sucessíveis

Os incisos do artigo 1.790 (BRASIL, 2002) também merecem severas críticas. O inciso I estabelece que, concorrendo o companheiro com filhos dele e do autor da herança, a ele será atribuída porção equivalente à destinada aos filhos. Em análise superficial, já se percebe um equívoco do legislador, ao utilizar a palavra “filhos” e não “descendentes”, tendo a doutrina optado pela interpretação extensiva, conforme Enunciado n. 266, aprovado na III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal - CJF, que tem os seguintes dizeres: “Aplica-se o inciso I do art. 1.790 também na hipótese de concorrência do companheiro sobrevivente com outros descendentes comuns e não apenas na concorrência com filhos comuns”. (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2007)

Assim, na existência de descendentes de ambos, o companheiro com eles concorrerá em igualdade de condições em relação aos bens comuns, cabendo os bens particulares exclusivamente aos filhos.

Nota-se que o legislador não adotou o critério de percentual mínimo a favor do companheiro, como estipulou para o cônjuge, ao reservar-lhe, se muitos os filhos, a quarta parte da herança (art. 1.832). Destoou o legislador, outrossim, do critério adotado em relação ao cônjuge, ao qual se veda a concorrência nos regimes de comunhão universal e no de separação obrigatória de bens. Entre os companheiros, o legislador não levou em consideração o regime, pelo que, ainda que o sobrevivente tenha direito à meação, poderá concorrer com os filhos. (NADER, 2010, p. 160)

Na hipótese de concorrência do companheiro com descendentes somente do autor da herança, dispõe o inciso II do artigo 1.790 do Código Civil que àquele será deferido metade do direito sucessório atribuído a estes. (BRASIL, 2002)

Dificuldade há nas hipóteses de existência de filhos comuns e exclusivos do autor da herança que vivia em união estável no momento da abertura da sucessão. Como há omissão legislativa, a doutrina se divide acerca da melhor adequação da norma ao caso concreto, entendendo-se ser a solução encontrada por Venosa a mais adequada, ao afirmar que nesses casos “a solução é dividi-la igualmente, incluindo o companheiro ou companheira”. (VENOSA, 2008, p. 145)

Este entendimento é decorrente da conjugação dos incisos I e II (BRASIL, 2002), interpretados conforme o disposto no §6º, do artigo 227 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que veda tratamento diferenciado entre descendentes. Como o inciso I garante ao companheiro que concorre com descendentes comuns quota igual à que lhes for atribuída, o

que acontece no caso em comento, não se consegue vislumbrar outra alternativa plausível, apesar de se reconhecer não ser a adotada imune a críticas.

Assim sendo, na concorrência com descendentes, comuns ou não, observa-se ter o Código Civil (BRASIL, 2002) conferido tratamento discriminatório ao companheiro, em comparação com o cônjuge sobrevivente, sendo a união estável mais favorável em apenas duas hipóteses, quais sejam: adoção da comunhão parcial ou universal de bens, tendo todos eles sido adquiridos a título oneroso durante a união estável. Nesta situação, ao companheiro será conferida, além da meação, participação sucessória na outra metade, o que não ocorre em favor do cônjuge sobrevivente, sendo também uma injustificável discriminação.

Quando o companheiro concorrer com ascendentes ou colaterais do autor da herança, aplica-se o disposto no inciso III do artigo 1.790 do Código Civil (BRASIL, 2002), que lhe garante um terço da herança, cabendo dois terços ao(s) ascendente(s) ou colateral(is) sobreviventes.

Nesta situação, sobressai o tratamento preconceituoso conferido à união estável, pois neste caso o companheiro tem seu direito sucessório prejudicado, inclusive, por colaterais, que nada recebem na existência de cônjuge supérstite.

Trata-se de mais uma injustificável discriminação do companheiro em relação ao cônjuge, e, mais ainda, uma injustificável redução no direito hereditário do companheiro. Com efeito, neste inciso, o companheiro é preterido inclusive pelos colaterais, o que é um grande absurdo. Ademais, se o companheiro ou companheira concorre só com pai ou só com mãe do *de cuius* ou com ascendentes de maior grau (avós, bisavós etc.), recebe apenas um terço, enquanto que, se casado fosse, receberia metade da herança. (CARVALHO NETO, 2005, p. 142/143)

Por fim, estabelece o inciso IV do artigo 1.790 que, não havendo outros parentes sucessíveis, o companheiro receberá a totalidade da herança. (BRASIL, 2002) Como o inciso deve ser interpretado em consonância com o *caput*, deve-se entender por “herança” apenas os bens para os quais o companheiro tem legitimidade sucessória, quais sejam, os adquiridos onerosamente na constância da união estável. Conforme salientado anteriormente, esta hipótese permite a existência de vacância parcial, caso o *de cuius* tenha companheiro sobrevivente, não possua outros parentes sucessíveis, e tenha adquirido parte de seus bens antes da união estável, ou durante esta, mas a título gratuito, o que é um enorme absurdo.

3.2.6.2. Direito real de habitação

O incompreensível tratamento diferenciado atribuído pelo Código Civil ao companheiro não se restringe ao artigo 1.790 (BRASIL, 2002), que se omite acerca do direito real de habitação anteriormente conferido pelo parágrafo único do artigo 7º da Lei n. 9.278/1996 (BRASIL, 1996), que é expressamente garantido ao cônjuge pelo artigo 1.831 (BRASIL, 2002).

Como o Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002) não revogou expressamente a Lei n. 9.278/1996 (BRASIL, 1996), alguns autores defendem a vigência do parágrafo único do seu artigo 7º, como Venosa, que afirma ter sido esse direito “incluído na referida lei em parágrafo único do artigo relativo à assistência material recíproca entre os conviventes”. (VENOSA, 2008, p. 144)

Seguindo este entendimento, fora aprovado na I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal - CJF, o Enunciado n. 117, que possui a seguinte redação: “Art. 1.831: o direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei n. 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6º, *caput*, da CF/88”. (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2007)

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais também se posiciona pela não revogação do parágrafo único do artigo 7º da Lei n. 9.278/1996 (BRASIL, 1996), como se observa do seguinte julgado:

APELAÇÃO. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. DIREITO SUCESSÓRIO. Comprovada a coabitação, a convivência pública, duradoura e com aparência de constituição de família, é forçoso o reconhecimento da união estável. O art. 7º da Lei n.º 9.278/96 assegura ao companheiro sobrevivente o direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento. O direito sucessório do companheiro abrange apenas os bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nos termos do art. 1.790 do CC/02. Recurso conhecido e provido em parte. (MINAS GERAIS, 2011)

Embora se entenda correto o entendimento acerca da concessão do direito real de habitação em favor do companheiro, a justificativa adotada pela doutrina e jurisprudência supra citadas não se coaduna com o disposto no §1º, do artigo 2º, do Decreto-Lei n. 4.657/1942 (Lei de Introdução ao Código Civil)³⁰ (BRASIL, 1942), uma vez que o Código

³⁰ Art. 2º. Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

Civil de 2002 (BRASIL, 2002) regulou inteiramente a sucessão dos companheiros, não lhes conferindo o direito real de habitação, ao contrário do que fizera em favor do cônjuge, estando completamente revogada a Lei n. 9.278/1996 (BRASIL, 1996).

Deve, portanto, ser conferido direito real de habitação em favor do companheiro sobrevivente, não por força do parágrafo único do artigo 7º da Lei n. 9.278/1996 (BRASIL, 1996) mas, sim, por interpretação extensiva do artigo 1.831 do Código Civil (BRASIL, 2002), em respeito ao princípio da igualdade entre as entidades familiares, e à proteção integral à família, estabelecida no *caput* do artigo 226 da Constituição (BRASIL, 1988).

3.2.6.3. O companheiro como herdeiro necessário

Ao não arrolar o companheiro como herdeiro necessário, qualidade que fora atribuída expressamente ao cônjuge³¹, o Código Civil (BRASIL, 2002) mais uma vez conferiu tratamento sucessório privilegiado à relação matrimonializada, em detrimento da união estável, contrariando o princípio da igualdade, que estabelece a inexistência de hierarquia entre entidades familiares.

O modelo democrático de família pressupõe justamente a existência de uma pluralidade de estruturas familiares, nenhuma delas apresentando legitimidade superior, na medida em que todas manifestam igual potencial de desenvolver as funções intrínsecas à família, tais como o cuidado e a educação das crianças, a solidariedade e a mútua assistência entre seus componentes. (MORAES, 2010, p. 224)

Corroborando com este entendimento, assim se posicionou o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

INVENTÁRIO - DIREITO SUCESSÓRIO - UNIÃO ESTÁVEL - IGUALDADE SUBSTANCIAL - COMPANHEIRA - HERDEIROS COLATERAIS - INAPLICABILIDADE DO ART. 1790 CC/02 - EXTENSIBILIDADE - ART. 1838 CC/02 E ART. 226, §3º, CF/88 - SUCESSÃO POR INTEIRO - DIREITO - DESPROVIMENTO. Faz-se mister, frente ao entendimento constitucional de EQUIPARAÇÃO da UNIÃO ESTÁVEL ao CASAMENTO, como entidade familiar, que todos dos direitos infraconstitucionais assegurados aos cônjuges sejam aos companheiros estendidos. Destarte, havendo expressa previsão legal (art. 1838, CC/02) de que na ausência de descendentes e ascendentes será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente, tal direito também assiste à companheira, sendo despicienda qualquer verificação acerca da data em que os bens foram adquiridos,

§1º. A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente matéria de que tratava a lei anterior. (BRASIL, 1942)

³¹ Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. (BRASIL, 2002)

uma vez que a norma protetiva consubstanciada no art. 1838 CC/02 não traz essa menção restritiva quando estiver em jogo o interesse da cônjuge/companheira em detrimento dos herdeiros colaterais, cabendo àquela, neste caso, a sucessão por inteiro. (MINAS GERAIS, 2011)

Como a sucessão tem como fundamento principal o princípio da solidariedade familiar, aplicável a qualquer espécie de família, e por serem todas elas merecedoras de proteção integral do Estado, as normas sucessórias devem incidir igualmente sobre todos

os organismos sociais que constituem a família. Dito de outro modo, basta que aquela formação social constitua uma entidade familiar, para que seja justificada a qualidade recíproca de sucessor legal entre seus membros.

Entre as entidades familiares não há hierarquia, já que todas desempenham a mesma função – promover o desenvolvimento da pessoa de seus membros. Não há superioridade de uma em relação à outra, mas igualdade diante da proteção estatal (CF/88, art. 226, caput), uma vez que a tutela da dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, III) é igual para todos. Nesta proteção do Estado, integram-se as normas pertinentes à sucessão legítima. (NEVARES, 2004, p. 215)

Deste modo, não pode o legislador conferir tratamento sucessório privilegiado ao cônjuge em relação ao companheiro, entendendo-se pela inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, devendo ser estendidos aos companheiros todos os direitos sucessórios conferidos ao cônjuge, passando sua sucessão a ser tratada pelo artigo 1.829 e seguintes do Código Civil, assim como a qualificação de herdeiro necessário. (BRASIL, 2002)

Finalmente, salienta-se que o fato de se defender ser inconstitucional a diferenciação, no âmbito sucessório, dos direitos atribuídos ao cônjuge e ao companheiro não permite concluir não ser possível qualquer distinção entre união estável e casamento.

Por serem entidades familiares diferentes, sendo o casamento uma espécie de família formal, cuja constituição somente é comprovada através de certidão expedida pelo cartório competente, enquanto a união estável é informal, sendo facultativa a celebração de contrato de convivência. Ainda que os companheiros optem por esta última alternativa, a união estável carecerá de eficácia *erga omnes*, já que o único requisito formal do contrato de convivência é a celebração na forma escrita. Deste modo, casamento e união estável podem receber tratamento diferenciado, desde que decorrente desta diferença crucial entre estas espécies de família, que é a prova pré-constituída para o casamento, enquanto que a existência de união estável demanda ampla dilação probatória.

Aí está o cerne da questão: os efeitos jurídicos que decorrem do ato solene consubstanciado pelo casamento, cujo substrato axiológico vincula-se ao estado civil e à segurança que as relações sociais reclamam, não podem se aplicar à união estável por diversidade de ratio. (TEPEDINO, 2008, p. 408)

Enquanto o casamento gera alteração do estado civil para casado, quem vive em união estável pode ter um dos cinco estados civis possíveis, quais sejam: casado, divorciado, separado, solteiro ou viúvo. Isto porque a união estável é naturalmente informal, sem intervenção do Estado, ao contrário do que acontece com o casamento.

Assim, por exemplo, enquanto que para a alienação de um imóvel, ainda que registrado somente em nome de um dos cônjuges, exceto no casamento celebrado pelo regime de separação de bens, é necessária a outorga uxória, tal exigência não se faz presente na união estável. Como esta entidade familiar não gera efeitos *erga omnes*, a exigência de outorga do companheiro para a alienação de imóveis geraria insegurança jurídica, especialmente porque o terceiro adquirente não teria a possibilidade de previamente ter ciência acerca da união estável vivenciada pelo alienante, inviabilizando, ou dificultando, a circulação de riquezas.

3.2.7. Colaterais

Em último lugar na ordem de vocação hereditária estabelecida pelo artigo 1.829 do Código Civil estão os colaterais, que herdam em caso de inexistência de cônjuge sobrevivente. Caso o autor da herança tenha deixado companheiro sobrevivente, estatui o inciso III do artigo 1.790 da lei civil que os colaterais com ele concorrerão, cabendo ao companheiro o equivalente a um terço da herança. No entanto, conforme fundamentado no tópico anterior, entende-se ser inconstitucional a distinção entre cônjuge e companheiro em matéria sucessória, razão pela qual se adota o posicionamento de ser a sucessão de quem vive em união estável regida pelo artigo 1.829 do Código Civil. (BRASIL, 2002)

Sendo assim, apesar da previsão legal de concorrência sucessória entre companheiro e colaterais, tal dispositivo não se encontra em conformidade com os preceitos constitucionais aplicáveis às entidades familiares, sendo forçoso concluir pelo posicionamento dos colaterais na quarta posição da ordem de vocação hereditária, independentemente de ser o autor da herança casado ou viver em união estável.

Conforme salientado anteriormente, no Direito pátrio, até o advento da Lei Feliciano Pena (Decreto n. 1.839/1907), os colaterais (até o décimo grau) ocupavam o terceiro lugar da ordem de vocação hereditária, recebendo a integralidade da herança em caso de inexistência de descendentes e ascendentes do *de cujus*, em detrimento do cônjuge sobrevivente. (BRASIL, 1907)

A partir da promulgação da referida lei, as posições do cônjuge e colaterais se inverteram, preferindo aquele a estes no recebimento dos bens deixados pelo autor da herança. Além disso, desde a vigência da Lei Feliciano Pena (BRASIL, 1907) a sucessão dos colaterais passou a se restringir ao sexto grau, o que fora mantido pela redação original do Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916).

Em 1939, por meio do Decreto-Lei n. 1.907 (BRASIL, 1939), a sucessão dos colaterais passou a se restringir ao segundo grau, tendo este sido revogado pelo Decreto-Lei n. 8.207 de 1945 (BRASIL, 1945), que ampliou a legitimidade sucessória do colateral para o terceiro grau. Esta norma teve curta vigência eis que em 1946 fora publicado o Decreto-Lei n. 9.461 (BRASIL, 1946), que estabeleceu como limite para suceder na linha colateral o parentesco em quarto grau, o que fora mantido pelo Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002).

Na esteira do pensamento defendido por Caio Mário da Silva Pereira (1998), entende-se ser completamente equivocado o deferimento da herança a colaterais até o quarto grau, especialmente pelo fato de que os vínculos de afetividade estabelecidos entre parentes desta classe se encontram cada vez mais enfraquecidos, não estando a ordem de vocação hereditária em conformidade com sua finalidade precípua, que é a de conferir proteção à família.

Ao deferir a herança ao colateral de terceiro e quarto graus, o Código Civil desrespeita, também, o princípio da solidariedade familiar pois, de acordo com a mesma norma, somente os colaterais de segundo grau devem alimentos uns aos outros.³²

Outro equívoco presente na sucessão dos colaterais é a distinção estabelecida pelo artigo 1.842 do código vigente (BRASIL, 2002), que contempla o colateral unilateral com metade da herança deferida ao bilateral. Ora, se para pagar (ou receber) alimentos não há distinção entre irmãos unilaterais e germanos, não é legítima tal distinção no momento de suceder.

Assim como na sucessão dos descendentes, na linha colateral os parentes de grau mais próximo excluem os de mais remoto, salvo direito de representação conferido aos sobrinhos do falecido, na concorrência com seus irmãos (artigo 1.840 do Código Civil de 2002). (BRASIL, 2002)

A sucessão dos colaterais, embora merecedora de estudo mais aprofundado, especialmente pelas incoerências supra apontadas, não é de grande relevância para o presente trabalho pois estes parentes, embora herdeiros legítimos, não são herdeiros necessários,

³² Art. 1.697. Na falta dos ascendentes cabe a obrigação aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais. (BRASIL, 2002)

podendo ser livremente excluídos da sucessão (artigos 1.845 e 1.850 do Código Civil de 2002). (BRASIL, 2002)

3. O DIREITO À LEGÍTIMA

Diz-se que a sucessão pode ser regulada pela lei ou por ato de última vontade. Todavia, tal afirmação não tem caráter absoluto, não sendo aplicável às hipóteses em que o testador possui herdeiros necessários. Nestas situações, ele não pode dispor livremente da integralidade de seus bens, havendo uma fração de seu patrimônio que será necessariamente transferida após sua morte para as pessoas contempladas pela lei.

Em situações como estas, caso o autor da herança elabore testamento, a sucessão dar-se-á por lei e por ato de última vontade, sendo que esta regulará a transmissão dos bens que integram a metade disponível, enquanto a norma jurídica disciplinará a transferência dos integrantes da legítima.

O artigo 806 do Código Civil Espanhol define a legítima como “*la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos*”. (ESPANHA, 1889)

Na mesma linha, o Código Civil Português, em seu artigo 2156º, estatui que “entende-se por legítima a porção de bens de que o testador não pode dispor, por ser legalmente destinada aos herdeiros legitimários”. (PORTUGAL, 1966)

Para Luiz da Cunha Gonçalves, “chama-se legítima a parte do patrimônio do testador de que este não pode privar os seus herdeiros em linha recta³³, por actos a título gratuito, - testamento ou doação anterior”. (GONÇALVES, 1951, p. 1335)

O Código Civil Brasileiro, assim como o Argentino³⁴, não conceitua a legítima, limitando-se o código vigente a afirmar em seu artigo 1.846 que a metade dos bens da herança constitui a legítima, que pertence aos herdeiros necessários, arrolados no artigo anterior.³⁵ (BRASIL, 2002)

Carlos Maximiliano a conceitua como

a porção dos bens do espólio que a lei manda caber, de pleno direito e obrigatoriamente, aos parentes do testador em linha direta, chamados á sucessão. Estes se denominam *herdeiros necessários, forçados, legitimários ou reservatários*; porque só mediante renúncia espontânea, ou por motivos especiais determinados em

³³ À época o cônjuge não havia sido alçado à condição de herdeiro necessário.

³⁴ Art. 3591. *La legítima de los herederos forzosos es un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia. La capacidad del testador para hacer sus disposiciones testamentarias respecto su patrimonio, sólo se extiende hasta la concurrencia de la porción legítima que la ley asigna a sus herederos.* (ARGENTINA, 1869)

³⁵ Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. (BRASIL, 2002)

Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima. (BRASIL, 2002)

lei, alegados e *provados*, ficam despojados da sua quota primacial. (MAXIMILIANO, 1937, p. 354)

Para Itabaiana de Oliveira, legítima “é a porção da herança que o testador não pode dispor por ser, pela lei, reservada aos herdeiros necessários”. (OLIVEIRA, 1936, p. 228) Washington de Barros Monteiro a define como “um freio ao poder de dispor por ato de última vontade. Em face do nosso direito, é sagrada e intangível”. (MONTEIRO, 2003, p. 11)

Importante salientar que a legítima não está adstrita às disposições testamentárias mas, também, às disposições a título gratuito por ato *inter vivos*, estabelecendo o Código Civil de 2002, em seu artigo 549, ser nula “a doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento”. (BRASIL, 2002)

Assim sendo, a legítima não se restringe a limitar a liberdade de dispor por ato *causa mortis* mas, sim, à disposição a título gratuito, sendo chamadas de inoficiosas as disposições no tocante à parcela que ultrapassa a quota destinada aos herdeiros necessários.

O Código Civil Português, em seu artigo 2168º, considera inoficiosas “as liberalidades, entre vivos ou por morte, que ofendam a legítima dos herdeiros legitimários”, podendo as mesmas ser reduzidas até a parte necessária à observância da legítima, a requerimento dos herdeiros legitimários, aqui chamados necessários, ou de seus sucessores, conforme estatuído no artigo 2189º.³⁶ (PORTUGAL, 1966)

Como ocorre no direito português, a inobservância da legítima pelo doador ou testador não implica na nulidade da doação ou testamento, devendo a disposição que excede a parte disponível ser reduzida aos seus limites, na forma prevista no artigo 1.967 do Código Civil.³⁷ (BRASIL, 2002)

³⁶ No mesmo sentido, os Códigos Civis Espanhol e Argentino, respectivamente:

Artículo 636

No obstante lo dispuesto en el artículo 634 ninguno podrá dar ni recibir, por vía de donación, más de lo que pueda dar o recibir por testamento.

La donación será inoficiosa en todo lo que exceda de esta medida. (ESPANHA, 1889)

Art. 1830. Repútase donación inficiosa aquella cuyo valor excede en la parte de que el donante podía disponer; y a este respecto se procederá conforme a lo determinado en el Lib. IV de este Código. (ARGENTINA, 1869)

³⁷ Art. 1.967. As disposições que excederem a parte disponível reduzir-se-ão aos limites dela, de conformidade com o disposto nos parágrafos seguintes.

§ 1o Em se verificando excederem as disposições testamentárias a porção disponível, serão proporcionalmente reduzidas as quotas do herdeiro ou herdeiros instituídos, até onde baste, e, não bastando, também os legados, na proporção do seu valor.

§ 2o Se o testador, prevenindo o caso, dispuser que se inteirem, de preferência, certos herdeiros e legatários, a redução far-se-á nos outros quinhões ou legados, observando-se a seu respeito a ordem estabelecida no parágrafo antecedente. (BRASIL, 2002)

Portanto, não pode o proprietário voluntariamente excluir seus herdeiros necessários da participação na herança, dispondo da integralidade de seus bens a título gratuito, *inter vivos* ou *causa mortis*, pois a estes fatalmente será deferida parcela do seu patrimônio, salvo as hipóteses de indignidade e deserdação.

Assim, Pontes de Miranda conceitua herdeiros necessários como aqueles “a que se havia de transmitir a herança, ou a *portio*, ainda que fosse contra a vontade do hereditando. Quer o houvesse querido, quer não o decujo, há a vocação hereditária”. (MIRANDA, 2008, p. 274)

Terão, assim, os herdeiros necessários³⁸ direito à legítima, que equivale à metade dos bens que integram a herança, independentemente da vontade do titular do patrimônio, sendo tal direito conferido por lei.

Como a legítima limita, também, a disposição dos bens através de contrato de doação, celebrado antes da abertura da sucessão, seu conceito não pode estar atrelado a “bens do espólio” ou da “herança”, tampouco a “testador”.

Sendo assim, com a devida vênia, ousa-se conceituar a legítima como a porção de bens de que não se pode dispor a título gratuito, *inter vivos* ou *causa mortis*, pois destinada, de pleno direito, aos herdeiros necessários.

Só podem os herdeiros necessários ser privados da legítima nos casos de indignidade e deserdação, taxativamente estabelecidas nos artigos 1.814, 1.962 e 1.963 do Código Civil, que serão adiante abordadas (BRASIL, 2002). Portanto, somente por força de atos praticados pelos próprios herdeiros necessários, desde que expressamente previstos em lei, podem os mesmos vir a ser excluídos da sucessão, perdendo o direito à legítima.

3.1. Origem e evolução da legítima

O direito primitivo romano admitiu a ampla e irrestrita liberdade de testar, sendo esta “uma consequência natural do poder absoluto do chefe de família, que o direito e a religião envolviam num halo de prestígio superior”. (BEVILAQUA, 1932, p. 291)

Posteriormente, surge o “direito necessário formal”, que obrigava o testador a mencionar os *sui heredes* em seu testamento, seja para instituí-los como seus herdeiros, ou

³⁸ Pertinente a observação de Clóvis Bevilacqua acerca da não correspondência do conceito atual de herdeiros necessários com os *heredes sui et necessarii* do Direito Romano, uma vez que “neste, eram herdeiros necessários os que não podiam deixar de adir á herança, como os filhos-familias e os escravos”. (BEVILAQUA, 1932, p. 294)

para deserdá-los, sem a necessidade de justificação da causa, tratando-se de limitação de caráter meramente formal.

A deserdação dos filhos deveria ser feita de forma nominativa, ao passo que a dos demais descendentes poderia se dar de forma genérica, sendo que a omissão do testador (*praeteritio*), que não os instituía nem os deserdava, ocasionava a nulidade do testamento e, conseqüentemente, a abertura da sucessão *ab intestato*. (KONDYLI, 1997, p. 16; LAFUENTE, 1956, p. 16; PONTES DE MIRANDA, 2005, p. 66)

A “sucessão necessária material”, que instituiu o direito à legítima, se inicia com a *lex Furia testamentaria* e com a *lex Voconia*, ambas do início do século II, a. C. A primeira norma estabelecia que salvo os cognatícios, não poderia um parente receber mais de mil ases em legado que outro. Já a segunda lei “*prohibió al legatario nombrado por un testador perteneciente a la primera classe del censo (Cic., Verr. 2, 1, 110) aceptar en concepto de legado cantidad superior a la que el heredero o herederos recibieran en total*”. (LAFUENTE, 1956, p. 16)

No ano 40 a. C., foi promulgada pelo tribuno Falcidius a chamada *lex Falcidia*, que regulou as sucessões até o Direito justinianeu, que estabelecia que “*le testateur ne pouvait léguer plus de trois quarts de son patrimoine*” (KONDILY, 1997, p. 16), instituindo a chamada *quarta Falcidia*.

Como a proteção conferida por esta lei era muito superficial, pois ainda se fazia possível a deserdação sem a indicação de causa, através de construção jurisprudencial do tribunal dos Centumviros (que tinha a competência de julgar questões hereditárias), foi desenvolvida a *querela inofficiosi testamenti*. Assim, o testamento que prejudicava os parentes próximos do *de cuius* era submetido à apreciação do referido tribunal, que avaliava se a exclusão do parente havia sido legítima ou não. Caso se entendesse pela inexistência de razões justificadoras de deserdação, anulava-se o testamento, “sob o pressuposto de haver sido feito *em momento de demência – colore insaniae* (não parecia crível que um homem normal tivesse generosidade com estranhos e desdem para com as pessoas ligadas a êle pelo vínculo de sangue)”. (MAXIMILIANO, 1937, p. 375)

Para evitar a nulidade do testamento

el testador debía instituir a los “heredes sui” (luego también, a los herederos pretorios más próximos) en una cierta porción de sus bienes, cuyo nivel cuantitativo fué en un principio indeterminado (la llamada “portio debita, portio legitima”). Pero bien pronto (hacia el siglo II d. de Cristo), se fijó por la práctica la cuantía de la “portio legitima”, en la cuarta parte de la cuota hereditaria “ab intestato”, siguiendo el precedente de la “lex Falcidia”. (LAFUENTE, 1956, p. 26/27)

Lançadas as bases da evolução da legítima, Justiniano a consolidou por intermédio da Novela 115, reformulando a matéria, especialmente ao estabelecer a necessidade de se apontar expressamente no testamento algumas das causas preestabelecidas em lei para a deserdação de descendentes por ascendentes, ou vice-versa. Além disso, fora mantida a *querela* em favor dos parentes próximos do testador,

acrescentou uma acção supletoria para, por meio della, pedir o prejudicado o complemento de sua porção legítima, quando esta se achasse desfalcada. Aumentou a porção legítima dos filhos, para um terço da herança, quando estes não excedessem a quatro, e para a metade, quando excedessem. (BEVILAQUA, 1932, p. 293)

Acrescenta Clóvis Bevilaqua, ainda, que

se o testador não instituisse nem desherdasse os seus descendentes e ascendentes, o testamento era rescindível, abrindo-se a sucessão *ab intestato*; se havia instituição, mas não na medida determinada, tinham os herdeiros legítimos o direito de arguir o testamento, e, por meio da acção supletoria, pedir a integração da porção devida. (BEVILAQUA, 1932, p. 293)

Como no Direito Germânico toda a sucessão era intestada, decorrente do *Wartrecht*, Pontes de Miranda afirma que suas extensões e variantes, “não nos interessam” (MIRANDA, 2005, 71), uma vez que a legítima seria contribuição dos romanos.

Carlos Alberto da Mota Pinto, ao analisar a evolução da legítima, afirma que “para a evolução do direito romano a legítima é a excepção, é uma restrição à liberdade de testar; para a evolução do direito germânico a quota disponível é que é a excepção, é uma limitação da reserva hereditária destinada à família”. (PINTO, 1996, p. 159)

No ordenamento Português, o Código Visigótico é pioneiro na instituição da legítima, tendo fixado em seu livro 4, título 2, leis 20 e 21, a reserva de três quartos ou quatro quintos da herança em favor dos descendentes e ascendentes. (BEVILAQUA, 1932, p. 293)

Nas Ordenações, era a legítima

uma quota correspondente a tres quartas da herança sem distincção de numero de herdeiros, devia consistir nos proprios bens *in specie*, e não tinha o testador arbitrio de atribuir a um herdeiro o usufructo a outro a propriedade dos bens constitutivos da legítima, tão pouco lhe era permitido impor-lhes condicções ou encargos, nem tomar a melhor propriedade que tivesse para dispor della como terça, mas devia fazer de modo que os herdeiros não fossem prejudicados. (ALMEIDA, 1915, p. 264)

O Decreto n. 1.839 de 1907 (Lei Feliciano Pena) alterou o regime jurídico instituído pelas Ordenações, reduzindo, através de seu artigo 2º, a legítima para a metade dos

bens, sendo a outra parte a chamada quota disponível, o que permanece até hoje. Além disso, o artigo 3º desta lei permitiu ao testador a ampla liberdade de clausulação da legítima, e a conversão dos bens que compunham a legítima em bens de outras espécies. (BRASIL, 1907)

Lacerda de Almeida, ainda na vigência da Lei Feliciano Pena (BRASIL, 1907), comentava o seguinte:

No pensamento de revigorar o poder paterno e dar mais latitude á liberdade de testar, restringiu o modernissimo Direito sobre successões o quantum da legítima, que de duas terças passou a metade dos bens, constituindo a outra metade a porção de que é permitido dispor livremente. O direito dos herdeiros necessários, que era até aqui pleno e versava sobre todos e cada um dos bens de sua meiação, está actualmente sujeito ao prudente arbitrio do testador, que pode determinar qual a especie de bens que deva tocar a cada um dos herdeiros, impor-lhes incommunicabilidade, attribuir nelles livre administração da mulher herdeira, e estabelecer condições de inalienabilidade temporaria ou vitalicia, com tanto que não fique prejudicada a transmissão que delles faça o herdeiro assim gravado por testamento ou ab intestato, desembaraçados de quaesquer onus. (ALMEIDA, 1915, p. 265/266)

O Código Civil de 1916 manteve, em seus artigos 1.576, 1.721 e 1.722, o sistema instituído pela Lei Feliciano Pena (BRASIL, 1916). Já o Código Civil de 2002 também fixou a legítima em metade do patrimônio do *de cujus* tendo limitado, contudo, a possibilidade de sua clausulação, exigindo a menção no testamento e posterior comprovação de “justa causa”. (BRASIL, 2002)

3.2. A legítima na legislação estrangeira

3.2.1. Direito francês

O Código Civil Francês, em seus artigos 913 a 915, determina de modo indireto a porção destinada aos herdeiros necessários, uma vez que ele trata da parte disponível.

*Article 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 ; le tiers, s'il laisse deux enfants ; le quart, s'il en laisse trois ou un plus grand nombre ; sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les enfants légitimes et les enfants naturels, hormis le cas de l'article 915.*³⁹

³⁹ Artigo 913. As liberalidades, seja por ato inter vivos ou por testamento, não podem exceder metade da propriedade do instituidor, se ele deixa à época de sua morte uma criança, e a terça, se ele deixa dois filhos, um quarto, se deixa em três ou mais, sem qualquer necessidade de distinguir entre filhos legítimos e ilegítimos, exceto no caso do artigo 915. (Tradução livre)

Article 913 – 1. Sont compris dans l'article 913, sous le nom d'enfants, les descendants en quelque degré que ce soit, encore qu'ils ne doivent être comptés que pour l'enfant dont ils tiennent la place dans la succession du dispoant.⁴⁰

Article 914. 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 ascendants dans chacune des lignes, paternelle et maternelle, et les trois quarts s'il ne laisse d'ascendants que dans une ligne.

Les biens ainsi réservés au profit des ascendants 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.⁴¹

Article 915. Quant un enfant naturel dont le père ou la mère était, au temps de la conception, engagé dans les liens du mariage avec une autre personne, est appelé à la succession de son auteur en concours avec les enfants légitimes issus de ce mariage, il compte par sa présence pour le calcul de la quotité disponible ; mais sa part dans la réserve héréditaire n'est égale qu'à la moitié de celle qu'il aurait eue si tous les enfants, y compris lui-même, eussent été légitimes.

La fraction dont sa part dans la réserve est ainsi diminuée accroîtra aux seuls enfants issus du mariage auquel l'adultère a porté atteinte ; elle se divisera entre eux par égales portions.⁴² (FRANÇA, 1803)

Inicialmente, observa-se que o cônjuge sobrevivente não tem direito a quota-parte da herança, não sendo um herdeiro necessário.

Em segundo lugar, observa-se que a legítima no Direito Francês possui variações em conformidade com os números de descendentes ou ascendentes que o *de cujus* possuía à época da abertura da sucessão.

Assim, de acordo com o artigo 913, se o autor da herança deixou um filho este fará jus à metade dos bens do espólio; se dois filhos, estes terão reservados para si dois terços da herança; e se deixou três ou mais filhos, estes dividirão três quartos do acervo hereditário. (FRANÇA, 1803)

No caso dos ascendentes, a legítima corresponde a um quarto da herança por linha. Sendo assim, se na época da morte o autor da herança possuía ascendentes das linhas

⁴⁰ Artigo 913-1. Estão incluídos no artigo 913, sob o nome de filhos, os descendentes em qualquer grau que seja, ainda devem ser contados como criança quando eles têm lugar na sucessão. (Tradução livre)

⁴¹ Artigo 914. As liberalidades, entre vivos ou por testamento, não podem exceder metade dos bens, se, na ausência de filhos, o falecido possuía um ou mais ascendentes em alguma das linhas, paterna e materna, e três quartos se deixa ascendentes em uma linha.

Os bens reservados para o benefício dos ascendentes serão recolhidos por eles, na ordem em que a lei os chama a suceder: eles somente terão direito à reserva nos casos em que em concorrência com o colateral não lhes seria deferido o percentual de bens que lhe foi fixado. (Tradução livre)

⁴² Artigo 915. Quanto ao filho ilegítimo cujo pai ou mãe era, no momento da concepção, casado com outra pessoa, é chamado à sucessão de seu do ascendente em concorrência com os filhos legítimos do casamento, ele tem pela sua presença no cálculo da parte disponível, mas sua participação na parte reservada é igual à metade do que ele teria se todas as crianças, incluindo ele próprio, fossem legítimas.

A parte diminuída da sua é acrescida à dos filhos oriundos do casamento prejudicado pelo adultério, que vão dividi-la em partes iguais. (Tradução livre)

materna a paterna, a legítima equivaleria à metade de seus bens. No caso de possuir apenas ascendentes de uma das linhas, o sujeito poderá dispor de três quartos de seu patrimônio.

3.2.2. Direito português

Em Portugal, a sucessão dos legitimários, que equivalem aos herdeiros necessários no Brasil, segue as mesmas regras e ordem estabelecidas para a legítima.

O Código Civil Português estatui em seu artigo 2157º serem herdeiros legitimários “o cônjuge, os descendentes e os ascendentes”. (PORTUGAL, 1966)

Assim como faz o Código Civil Francês, a legislação portuguesa não estabelece uma reserva única para os herdeiros legitimários, variando a mesma de acordo com o número deles existente à época da abertura da sucessão, de acordo com as regras fixadas pelos artigos 2158º a 2161º.

ARTIGO 2158º

(Legítima do cônjuge)

A legítima do cônjuge, se não concorrer com descendentes nem ascendentes, é de metade da herança.

ARTIGO 2159º

(Legítima do cônjuge e dos filhos)

1. A legítima do cônjuge e dos filhos, em caso de concurso, é de dois terços da herança.
2. Não havendo cônjuge sobrevivente, a legítima dos filhos é de metade ou dois terços da herança, conforme exista um só filho ou existam dois ou mais.

ARTIGO 2160º

(Legítima dos descendentes do segundo grau e seguintes)

Os descendentes do segundo grau e seguintes têm direito à legítima que caberia ao seu ascendente, sendo a parte de cada um fixada nos termos prescritos para a sucessão legítima.

ARTIGO 2161º

(Legítima do cônjuge e dos ascendentes)

1. A legítima do cônjuge e dos ascendentes, em caso de concurso, é de dois terços da herança.
2. Se o autor da sucessão não deixar descendentes nem cônjuge sobrevivente, a legítima dos ascendentes é de metade ou de um terço da herança, conforme forem chamados os pais ou os ascendentes do segundo grau e seguintes. (PORTUGAL, 1966)

A redação original do Código Civil Português de 1966 não instituía o cônjuge na categoria de herdeiros legitimários, sendo tal posição inicialmente reservada apenas aos descendentes e ascendentes.

Somente após a reforma do Código Civil, estatuída pelo Decreto-Lei n. 496 de 1977, a situação sucessória do cônjuge se modificou. José Antônio de França Pitão aponta duas inovações fundamentais na sucessão do cônjuge:

por um lado, o cônjuge sobrevivente é hoje herdeiro (ao lado dos descendentes e dos ascendentes – artigo 2157.º do Código Civil); por outro, está enquadrado na primeira classe de sucessíveis do n.º 1 do artigo 2133.º (que se refere à sucessão legítima), ao lado dos descendentes, ou na segunda classe, ao lado dos ascendentes, podendo ainda ser chamado à totalidade da herança, na falta (ou incapacidade sucessória) de descendentes e ascendentes. (PITÃO, 2005, p. 32)

José de Oliveira Ascensão explica o sistema de variação da legítima da seguinte maneira:

Na 1ª classe sucessória, a legítima é de 2/3 se concorrer mais de um legitimário, e de metade se concorrer um só. É o que resulta dos artigos 2159.º-2 e 2160.º Este repete inutilmente a remissão para as regras da sucessão legítima, proclamada já em geral pelo artigo 2157.º

Quando o cônjuge concorre, a legítima é pois necessariamente de 2/3, quer concorra com um só ou com mais filhos. (...)

Havendo um só filho, ou uma só estirpe, a legítima é de metade. Assim, se à herança de A concorrerem apenas C e D, netos de A, filhos de B que é pré-falecido, a sua legítima será em todo o caso de metade, pois sucedem por representação na posição que caberia a B.

Na 2ª classe sucessória, haverá que distinguir:

1) Concorrendo o cônjuge e ascendentes, a legítima é de 2/3 (art. 2161.º-1);

2) Se concorrem apenas ascendentes (art. 2161.º-2):

a) A legítima dos pais é metade da herança;

b) A legítima dos ascendentes do segundo grau e seguintes é de um terço da herança.

Na 3ª classe sucessória a legítima é de metade (art. 2158.º, que fixa a legítima do cônjuge na falta de descendentes e ascendentes). (ASCENSÃO, 1986, p. 341/342)

3.2.3. Direito espanhol

A Espanha também apresenta legítima variável, de acordo com a quantidade e qualidade dos herdeiros *forzosos* sobreviventes. Do mesmo modo que no direito pátrio, são herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge (art. 807). (ESPAÑA, 1889)

A legítima dos descendentes é disciplinada pelo artigo 808 que estabelece o seguinte:

Constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre.

Sin embargo, podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes. Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos. La tercera parte restante será de libre disposición. (ESPAÑA, 1889)

O primeiro parágrafo do dispositivo supra citado fixa a legítima dos descendentes em dois terços do acervo hereditário. No parágrafo anterior, o legislador demonstra haver distinção entre as duas terças partes que compõem a legítima, dispondo que de uma delas pode se valer o testador para “melhorar” a herança de algum, ou de alguns, dos descendentes.

Deve-se dividir a herança, previamente, em três terços, sendo um deles a parte disponível, outro correspondente à legítima propriamente dita, consistente no mínimo a ser atribuído aos descendentes, e a “parte de melhora”, que

es el límite cuantitativo máximo de la pluscuota, o pluscuotas, relativas, que el testador puede ordenar, entre sus hijos o descendientes, en favor de los unos (los “mejorados”) y en perjuicio correlativo de los otros. (LAFUENTE, 1956, p. 341)

Interessante, também, o parágrafo terceiro do artigo 808 do Código Civil Espanhol, que permite instituir fideicomisso em favor dos descendentes que se tornaram incapazes. (ESPAÑA, 1889)

De acordo com o artigo 809, a legítima dos ascendentes corresponde à metade dos bens da herança, sendo que na hipótese de concorrência com o cônjuge viúvo a legítima corresponderá à terça parte da herança. (ESPAÑA, 1889)

O Capítulo II do Livro III, Título III, do Código Civil Espanhol rege os direitos do cônjuge viúvo, iniciando-se pelo artigo 834 que lhe confere o direito ao usufruto do terço destinado à melhora dos descendentes, quando com estes concorrer. Na concorrência com ascendentes, dispõe o artigo 837 que ao cônjuge sobrevivente tocará o usufruto de metade da herança. Por fim, estabelece o artigo 838 que ao cônjuge cabe o usufruto de dois terços da herança, quando não houver descendentes ou ascendentes do *de cuius*. (ESPAÑA, 1889)

Interessante observar, portanto, que a legítima do cônjuge supérstite não lhe garante a propriedade de uma quota parte dos bens da herança mas, tão somente, o direito ao usufruto das referidas partes, não havendo direito, portanto, à aquisição da propriedade dos bens que compõem o acervo hereditário.

3.2.4 Direito argentino

O artigo 3714 do Código Civil Argentino estabelece que “*son herederos forzosos, aunque no sean instituidos en el testamento, aquellos a quienes la ley reserva en los bienes del difunto una porción de que no puede privarlos, sin justa causa de desheredación*”. (ARGENTINA, 1869)

Esta *porción* reservada pela lei aos herdeiros *forzosos* é, justamente, a legítima, instituída pelo artigo 3591 daquele mesmo diploma legal, sendo que tais herdeiros são os descendentes, ascendentes e o cônjuge, assim como no Brasil. No entanto, no direito argentino, assim como no espanhol, a porção legítima também é variável, de acordo com a qualidade do herdeiro necessário.

Dispõe o artigo 3593 que “*la porción legítima de los hijos es cuatro quintos de todos los bienes existentes a la muerte del testador y de los que éste hubiera donado, observándose en su distribución lo dispuesto en el art. 3570*”. (ARGENTINA, 1869)

Eduado Zannoni assevera que apesar de utilizar o legislador a expressão “*hijos*”, “*los nietos y demás descendientes, que heredan por representación, gozan de igual porción legítima*” (ZANNONI, 1999, p. 492), ampliando a eficácia da expressão.

A legítima dos ascendentes está definida no artigo 3594 do Código Civil Argentino, que lhes reserva “*dos tercios de los bienes de la sucesión y los donados*”. Já a quota reservada ao cônjuge é de metade dos bens da herança (artigo 3595)⁴³, ainda que os bens da herança sejam comunicáveis. (ARGENTINA, 1869)

Importante observar que, nas hipóteses de concorrência do cônjuge com os descendentes ou ascendentes, sua legítima será igual à que lhes for deferida, pois “*concurriendo distintos órdenes no excluyentes, los que tengan asignada una legítima menor quedarán amparados por la ley, conforme a la presencia del legitimario de mayor porción, dentro de la fracción aritmética de este último*”. (MAFFÍA, 1993, p. 113)

⁴³ Art. 3595. *La legítima de los cónyuges, cuando no existen descendientes ni ascendientes del difunto, será la mitad de los bienes de la sucesión del cónyuge muerto, aunque los bienes de la sucesión sean gananciales.* (ARGENTINA, 1869)

3.2.5. Direito anglo-americano

Ao contrário do que ocorre com a maioria dos países cujo direito provém da tradição romano-germânica, o direito anglosaxão, que rege os Estados Unidos e a Inglaterra, consagra a ampla liberdade de testar.

Segundo Enneccerus-Kipp, isto se deve ao fato de o direito inglês não conhecer “*la institución de herederos, sino sólo de legados*”. (apud LAFUENTE, 1956, p. 103)

Assim, prevalece nestes países o poder de o indivíduo autorregular a transmissão de seu patrimônio para depois da sua morte, sem interferência estatal.⁴⁴

Salienta-se, por oportuno, que pelo fato de cada um dos estados dos Estados Unidos possuir seu próprio direito privado, é possível que algum deles restrinja a liberdade de testar, sendo esta a predominante naquele país como um todo.

3.3. Fundamento da legítima

Viu-se que a legítima é instituto muito antigo, cujo início se deu em meados do século II a. C. Entretanto, também se observa que, apesar do passar dos anos, os herdeiros necessários continuam a ter direito a uma porção indisponível do patrimônio do *de cujus*, sendo a legítima instituto ainda vigente na grande maioria dos países cujo direito é oriundo da tradição romano-germânica.

No Brasil, especificamente, a legítima (com todas as suas variáveis), vige desde o período das Ordenações, quando ainda era uma colônia, mantendo-se praticamente inerte a toda a evolução econômica e social pela qual o país passou nestes pouco mais de quinhentos anos de descobrimento.

Surge, então, uma indagação, que serviu de inspiração para o presente trabalho, que diz respeito ao fundamento da legítima, ou seja, por qual(is) razão(ões) instituto tão antigo ainda vige no Brasil, mesmo após a independência, república, ditaduras, dois códigos civis, urbanização, emancipação da mulher, e consolidação do Estado Democrático de Direito?

⁴⁴ Como exemplo cita-se o caso do músico James Brown, que excluiu de sua sucessão sua companheira, Tomi Hae Hynie e o filho do casal, James Jr. Também como exemplo pode-se citar o caso de Barron Hilton, milionário avô da socialite Paris Hilton, que anunciou sua intenção de doar 97% (noventa e sete por cento) de seu patrimônio para a caridade. (GOULART, 2010)

Itabaiana de Oliveira responde ao presente questionamento afirmando que o fundamento da legítima

reside nos vínculos de sangue, que fazem presumir qual seria a vontade do *de cujus*, se tivesse disposto de seus bens, pela afeição e amor que se supõe existirem entre elle e seus conjunctos, e em que se funda a vontade de beneficiar; porque o homem não tem objecto mais amado do que os seus filhos, por serem a sua causa efficiente, nem mais sagrada do que os paes, a quem deve o ser. (OLIVEIRA, 1936, p. 227)

Com da devida vênua, se a justificativa para a legítima fosse a vontade presumida do *de cujus*, esta sucumbiria à vontade expressa, manifestada no testamento. Considerando-se, portanto, não ser possível ao testador afastar os herdeiros necessários de sua sucessão, é forçoso concluir não ser a vontade presumida do autor da herança o fundamento da legítima.

Já Lacerda de Almeida identifica como fundamento da instituição necessária dos herdeiros a compropriedade familiar. Segundo este autor, “tão forte se radicara nos costumes a propriedade sob a forma da comunhão familiar, que repugnava ao sentimento juridico um testamento onde não fossem contemplados herdeiros os membros da familia do morto”. (ALMEIDA, 1915, p. 259)

Em obra destinada ao estudo dos testamentos, Pontes de Miranda relata diversas teorias justificadoras do instituto da legítima, dentre elas a vontade presumida e a continuação da obrigação alimentar, sendo todos estes argumentos refutados pelo autor, pois são carentes de tecnicidade jurídica. Apresenta o autor, então, justificativa histórica para a manutenção da legítima, afirmando o seguinte:

Historicamente, ficaram-nos o elemento da injúria ao *officium pietatis*, protegendo os filhos contra os pais impiedosos e, às vezes, tresloucados, sem os caracteres da loucura nulificadora dos atos jurídicos (nulidade do testamento), mas sem que precisemos do *color insaniae* ou de qualquer remédio com esta base, e o dado germânico, ético-jurídico, da comunhão familiar, que o regime de bens mais usado, também de fonte germânica, e as medidas calcadas na posse de família ainda guardam (arts. 258, 259, 262, 495, 1.572, 1.579, §2º, 1.754). A quota disponível continua de exercer a função de mediadora entre os dois princípios: liberdade do proprietário dos bens e direito dos descendentes (e ascendentes) à sucessão. Ainda que o testador não tenha o fito de contemplar estranhos, concede-se-lhe dispor com mais plasticidade e, talvez, justiça. A igualdade de mérito dos filhos constituiria noção *a priori*, causadora de males, pela indiferença da lei aos diferentes valores sociais dos herdeiros. Um, pródigo, improdutivo; outro, eficaz orientado, útil aos seus e ao homem. O tribuno Favart via, na quota disponível, meio de conciliar todos os interesses, os da sociedade e os da família com os da amizade e do reconhecimento. (MIRANDA, 2005, p. 79)

Ioanna Kondyli (1997), em obra dedicada à análise do tema, vê na proteção da família o “*fondement et finalité*” da legítima. Este pensamento é acompanhado pela doutrina

brasileira contemporânea, que aponta na solidariedade familiar e proteção integral à entidade familiar, previstas nos artigos 3º, inciso I, e 226 da Constituição Federal, respectivamente, o fundamento para a manutenção da reserva hereditária em favor dos herdeiros necessários, asseverando que a mesma harmoniza estes princípios com o direito à propriedade privada previsto no artigo 5º, inciso XXII, também da Carta Magna. (BRASIL, 1988)

Neste sentido, o pensamento de Ana Luiza Maia Nevares, que sintetiza o posicionamento majoritariamente adotado pela doutrina contemporânea acerca das justificativas e fundamentos da legítima:

Dessa maneira, a quota necessária específica no Direito das Sucessões os princípios constitucionais de proteção à família, de liberdade, de garantia da propriedade privada e do valor social da livre iniciativa, consagrados, respectivamente, nos arts. 226, §5º, *caput* e inciso XXII, e §1º, inciso IV, da Carta Magna.

De fato, ao determinar a possibilidade de o testador dispor livremente de metade de seus bens, permite a legislação civil que o mesmo exerça seu direito de propriedade, garantido constitucionalmente no inciso XXII do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Dessa maneira, consagra a autonomia privada, concretizando, no Direito Sucessório, o valor social da livre iniciativa, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (CRFB/88, art. 1º, inciso IV).

Garantindo à família a metade dos bens do *de cujus*, efetiva-se a especial proteção que o Estado dispensa a referida entidade familiar, conforme os ditames do art. 226 da Carta Magna. Com a legítima, a família não fica desamparada em virtude da morte do testador, pois, se lhe fosse permitido dispor de todo o patrimônio, poderia ocasionar, de uma hora para a outra, a ruína e a miséria da comunidade familiar.

(...)

Por fim, mas não menos importante, a legítima concretiza no Direito Sucessório a solidariedade constitucional, prevista no art. 3º, inciso I, da Carta Magna, na medida em que preconiza uma distribuição compulsória dos bens entre os membros mais próximos da comunidade familiar em virtude da morte de um deles. Como acentua Arnaldo Wald, a herança necessária visa assegurar uma certa solidariedade econômica entre os membros da mesma família.

Ao concretizar no Direito Sucessório os valores constitucionais da dignidade da pessoa humana, da proteção à família, da solidariedade, do valor social da livre iniciativa e da propriedade privada, o princípio da intangibilidade da legítima encontra-se em inteira consonância com o ordenamento constitucional vigente, conciliando a liberdade e a solidariedade no âmbito do Direito das Sucessões. (NEVARES, 2009, p. 161 a 163)

Para a doutrina majoritária contemporânea, portanto, a legítima consagraria a autonomia privada, pois a limitação à liberdade de dispor do patrimônio estaria justificada na proteção integral à família do proprietário dos bens, equilibrando ambos os princípios constitucionais.

Sendo assim, para fins de se conferir eficácia à norma contida no artigo 226 da Constituição Federal, mantém-se a legítima em nosso ordenamento civil, garantindo-se aos herdeiros necessários a metade do patrimônio do autor da herança, que dela não pode dispor a título gratuito, *inter vivos* ou *causa mortis*. (BRASIL, 1988)

Tal justificativa para a manutenção da legítima aparentemente se coaduna com a concepção atual de direito civil-constitucional, priorizando-se a pessoa em relação ao patrimônio, garantindo-se a imediata eficácia dos direitos e garantias fundamentais estabelecidos pela Constituição.

Explica Claus-Wilhelm Canaris que,

o direito privado é apenas direito “ordinário”, e está, enquanto tal, na estrutura hierárquica da ordem jurídica, num plano *sob* a Constituição. Constitui, pois, um imperativo da lógica normativa que a legislação no campo do direito privado esteja vinculada aos direitos fundamentais, segundo o princípio da primazia da *lex superior*. (CANARIS, 2009, p. 28)

Não seria, contudo, a legítima a única instituição que teria como finalidade conferir proteção integral à família, havendo no Código Civil vigente e na legislação previdenciária, outras normas com igual função, conforme será estudado adiante.

3.4. Proteção integral à família no Código Civil de 2002

Na medida em que toda a legislação ordinária está submetida à Constituição e, como salientado acima, o Código Civil não passa de uma lei ordinária, todos os seus institutos devem ser interpretados e aplicados em conformidade com os princípios estabelecidos pelo constituinte de 1988.

A complexidade do ordenamento, resultante de inúmeros fatores, tais como a composição legislativa, o sistema sócio-cultural, a aplicação da jurisprudência das normas, traduz a pluralidade de fontes normativas, mas há de ser compreendida de forma unitária a partir da tábua axiológica contida na Constituição Federal. Com efeito, a Constituição exerce papel unificador do sistema, permitindo a harmonização da pluralidade de fontes normativas. (TEPEDINO, 2009, p. 28)

Como afirma Maria Celina Bodin de Moraes (2010), a tradicional dicotomia estabelecida entre direito público e direito privado, que os tornava praticamente impermeáveis, admitindo-se somente a intervenção estatal no sentido de limitar as atividades privadas para viabilizar a convivência social, se encontra ultrapassada, deve ser abandonada, pois não mais atende à lógica do sistema. No Estado Democrático de Direito, cujos fundamentos são a dignidade da pessoa humana, livre iniciativa e os valores sociais do trabalho, o antagonismo público *versus* privado se encontra ultrapassado, reclamando

a incidência dos valores constitucionais na normativa civilística, operando – em razão da prioridade atribuída, pela Constituição, à pessoa humana, sua dignidade, sua personalidade e seu livre desenvolvimento – uma espécie de “despatrimonialização” do direito privado.

Daí decorre a urgente obra de controle de validade dos conceitos jurídicos tradicionais, especialmente os do direito civil, à luz da consideração metodológica que entende dever toda norma do ordenamento ser interpretada conforme os princípios da Constituição Federal. A normativa fundamental, desse modo, passa a ser a justificação direta de cada norma ordinária que com aquela se deve harmonizar. (MORAES, 2010, p. 11/12)

Nas relações familiares, a incidência da Constituição se faz fundamental, na medida em que este é o principal núcleo de desenvolvimento dos direitos da personalidade por parte do indivíduo. Neste sentido, tanto o Livro IV quanto o Livro V do Código Civil, que tratam do Direito de Família e do Direito das Sucessões, respectivamente, apresentam diversas normas destinadas à realização dos valores constitucionais no âmbito familiar. (BRASIL, 2002)

Especificamente com a finalidade de conferir proteção integral dos membros da entidade familiar no âmbito material, em observância ao dever de solidariedade estabelecido entre eles, destacam-se o dever de sustento dos pais em relação aos filhos menores, e a obrigação alimentar.

Como afirma Rolf Madaleno,

A sobrevivência está entre os fundamentais direitos da pessoa humana e o crédito alimentar é o meio adequado para alcançar os recursos necessários à subsistência de quem não consegue por si só prover sua manutenção pessoal, em razão da idade, doença, incapacidade, impossibilidade ou ausência de trabalho. Os alimentos estão relacionados com o sagrado direito à vida e representam um dever de amparo dos parentes, uns em relação aos outros, para suprir as necessidades e as adversidades da vida daqueles em situação social e econômica desfavorável. (MADALENO, 2009, p. 627)

Deste modo, o indivíduo incapaz ou impossibilitado de prover sua própria subsistência pode recorrer a seu cônjuge, companheiro ou parentes, que estão obrigados por força de lei a lhe prover seu sustento, garantindo-lhe meios dignos de sobrevivência.

Não pode o indivíduo, contudo, recorrer a quaisquer parentes no momento de pleitear alimentos, recaindo esta obrigação recíproca sobre os parentes em linha reta, sem limitação de grau e, na linha colateral, apenas sobre os irmãos, parentes em segundo grau naquela classe⁴⁵.

⁴⁵ Art. 1.697. Na falta dos ascendentes cabe a obrigação aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais. (BRASIL, 2002)

Observa-se, assim, um descompasso entre o Direito de Família e o Direito das Sucessões, uma vez que os colaterais de terceiro e quarto graus tem direitos sucessórios mas não possuem o dever de prestar alimentos. Além disso, o dever alimentar dos irmãos germanos e unilaterais é exatamente igual, sendo que, na sucessão colateral, estes recebem apenas a metade do que é conferido àqueles.

Enquanto os filhos vivem sob a companhia dos pais, durante o exercício do poder familiar, estes têm o dever de sustento daqueles, conforme previsão do artigo 229 da Constituição Federal⁴⁶, artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente⁴⁷, e artigos 1.566, IV e 1.568 do Código Civil⁴⁸.

A diferença crucial entre o dever de sustento e o de prestar alimentos reside na natureza da obrigação. Enquanto o dever de prestar alimentos é uma obrigação de dar, a obrigação de sustento, quando os filhos menores vivem sob a companhia do genitor, é obrigação de fazer, sendo uma obrigação de dar na hipótese de o menor e o genitor obrigado pelo pagamento não coabitarem.

Portanto, são inconfundíveis os institutos do dever de sustento e o da obrigação alimentar. Aquele decorre do poder familiar, subordina-se à relação paterno-filial e adstringe-se aos filhos menores; esta poderá surgir com a extinção do poder familiar, tem fundamento no vínculo de parentesco que continua existindo entre pais e filhos, mesmo após a extinção do poder familiar. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 434)

Importante salientar que o direito a alimentos, em qualquer grau de parentesco, não tem presunção absoluta, nem mesmo em favor do filho menor, devendo ser avaliada, em cada caso concreto, a efetiva necessidade de recebimento dos mesmos, sob pena de desvirtuação do instituto, que tem caráter essencialmente assistencial.⁴⁹

Como salientam Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior:

Alimentar quem não tem necessidade, tão somente em razão da menoridade, é transformar um instituto eminentemente assistencialista, fundado nos princípios da solidariedade e da dignidade da pessoa humana, em fonte geradora de riqueza; é

⁴⁶ Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. (BRASIL, 1988)

⁴⁷ Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais. (BRASIL, 1990)

⁴⁸ Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: (...) IV – sustento, guarda e educação dos filhos.

Art. 1.568. Os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho, para o sustento da família e a educação dos filhos, qualquer que seja o regime patrimonial. (BRASIL, 2002)

⁴⁹ Em sentido contrário, majoritariamente adotado pela doutrina, entendendo haver presunção absoluta de necessidade por parte dos filhos menores, independentemente de necessidade, entre outros: GONÇALVES, 2009, p. 489; MADALENO, 2009, p. 693.

corroborar com o enriquecimento sem causa. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 436)

Pelas mesmas razões de ser inadmissível presunção absoluta de necessidade em razão da menoridade, a maioria pura e simples também não produz o efeito de desoneração do encargo alimentar. Isto porque, na sociedade contemporânea, apesar de o sujeito adquirir plena capacidade civil ao completar 18 (dezoito) anos, muitas vezes este não tem condições de prover seu próprio sustento ao atingir esta idade, necessitando de alimentos por ser estudante, por exemplo.

Deste modo, apesar de a maioria cessar o poder familiar, a presunção de capacidade de autossustento, neste caso, também é relativa, inexistindo exoneração automática do encargo alimentar.

Neste sentido, a Súmula n. 358 do Superior Tribunal de Justiça, que tem o seguinte enunciado: “O cancelamento de pensão alimentícia de filho que atingiu a maioria está sujeito à decisão judicial, mediante contraditório, ainda que nos próprios autos”. (BRASIL, 2008)

A maioria do alimentando, portanto, não gera a exoneração do encargo alimentar. Seu efeito nesta seara reside no fato de a presunção relativa de necessidade não mais militar a seu favor mas, pelo contrário, passa a haver presunção relativa de capacidade de autossustento. Assim sendo, compete ao alimentando maior comprovar a impossibilidade de se manter, a fim de que não se opere a extinção do crédito alimentar.

Observa-se, portanto, que os deveres de sustento dos filhos menores e prestação de alimentos entre cônjuges, companheiros e parentes, realizam o comando do *caput* do artigo 226 da Constituição Federal, com os próprios familiares assistindo uns aos outros, em caso de necessidade, cujas presunções devem ser, sempre, relativizadas. (BRASIL, 1988)

3.5. Proteção à família no Direito Previdenciário e da Assistência Social

Há situações em que quem não tem meios materiais de prover seu sustento por suas próprias forças também não possui parentes em condições de lhe prestar alimentos, seja por ausência de legitimados para tanto (falecimento dos ascendentes, cônjuge ou companheiro, inexistência de irmãos, por exemplo), ou porque as pessoas que em tese teriam obrigação alimentar não possuem condições materiais de auxiliar seus parentes.

Nestas condições excepcionais, o Estado não deixa aquele que necessita de auxílio ao completo desamparo. Conforme disposto no artigo 203 da Constituição Federal, a assistência social, que tem como um de seus objetivos a proteção à família, garante um salário mínimo de benefício mensal ao portador de deficiência e ao idoso que comprovadamente não possuam meios de prover sua própria subsistência ou tê-la provida por sua família.⁵⁰ (BRASIL, 1988)

Em caráter supletivo, portanto, garante o Estado proteção àquele que não tem condições de prover seu próprio sustento, nem familiares em condição de fazê-lo, independentemente de filiação prévia ao Regime Geral de Previdência Social.

Aos familiares daqueles que exercem atividade econômica, filiados obrigatoriamente ao Regime Geral da Previdência Social, garante a Constituição Federal salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda, bem como pensão por morte do segurado, ao cônjuge ou companheiro e dependentes.⁵¹

O salário-família, disciplinado nos artigos 65 a 70 da Lei n. 8.213/1991, é devido aos empregados e trabalhadores avulsos ou rurais que tenham renda inferior ao parâmetro estabelecido na referida lei, e tem como finalidade complementar a renda dos trabalhadores que possuem filhos em idade escolar, especificamente até os 14 (quatorze) anos de idade (BRASIL, 1991). Esta é uma forma de se garantir que os filhos em idade escolar concluirão o ensino fundamental, diminuindo a evasão escolar e, conseqüentemente, possibilitando que os membros destas famílias de baixa renda possam ascender socialmente ou, pelo menos, ter condições de prover seu próprio sustento no futuro, através da educação.

Já o auxílio-reclusão, disciplinado no artigo 80 da Lei n. 8.213/1991, é devido aos dependentes do segurado recolhido à prisão, não os deixando desamparados em decorrência do crime eventualmente cometido pelo responsável pelo sustento da família. (BRASIL, 1991)

⁵⁰ Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente da contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: I – a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; V – a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei. (BRASIL, 1988)

⁵¹ Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados os critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: I – cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; II – proteção à maternidade, especialmente à gestante; III – proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; IV – salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; V – pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no §2º. (BRASIL, 1988)

Por fim, intimamente relacionada ao direito das sucessões, uma vez que possui idêntico fato gerador, está o benefício da pensão por morte, regulamentado pelos artigos 74 a 79 da Lei n. 8.213/1991. (BRASIL, 1991)

Este benefício “é direcionado aos dependentes do segurado, visando à manutenção da família, no caso da morte do responsável pelo seu sustento” (IBRAHIM, 2010, p. 693). Por conta deste benefício, todos os dependentes do *de cuius*, que teoricamente ficariam desamparados após sua morte, passam a ter seu sustento provido pela Previdência Social, até o momento em que, em tese, teriam condições de se autossustentar.

De acordo com o artigo 16 da Lei n. 8.213/1991 (BRASIL, 1991), são dependentes do segurado:

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:
 I – o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;
 II – os pais;
 III – o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido.
 §1º. A existência de dependente de qualquer das classes deste artigo exclui do direito às prestações os das classes seguintes.
 §2º. O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento.
 §3º. (...)
 §4º. A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada. (BRASIL, 1991)

Interessante observar que a pensão por morte garante, assim, aos dependentes do segurado falecido, em ordem bastante parecida com a de vocação hereditária, e nos mesmos moldes desta, com a classe mais próxima excluindo a mais remota, a possibilidade de vivência digna, mesmo após o falecimento de seus mantenedores.

Conforme estabelecido no §4º do artigo supra citado, para as pessoas constantes no inciso I do mesmo artigo a situação de dependência econômica é presumida de modo absoluto, não tendo os cônjuges, companheiros e filhos menores de 21 (vinte e um) anos ou inválidos que comprovar a efetiva situação de dependência. (BRASIL, 1991)

Neste ponto, agiu mal o legislador. Inicialmente por estabelecer presunções absolutas de necessidade, que sempre devem ser evitadas, a fim de não se desvirtuar a finalidade da pensão por morte, que é a de efetivar a proteção integral à família, garantindo aos membros da entidade familiar que perdera seu provedor condições dignas de sobrevivência.

Além disso, a presunção estabelecida pelo legislador mostra-se distante da realidade atualmente vivenciada pela sociedade brasileira. No que tange à presunção de dependência em favor de cônjuge e companheiros, esta contraria a realidade uma vez que, após a emancipação da mulher, em regra, ambos os cônjuges e companheiros exercem atividade econômica estando aptos a prover seu próprio sustento. Nestes casos, em que a regra geral é de autossuficiência do cônjuge ou companheiro sobreviventes em relação ao segurado, deveria a lei exigir a comprovação de dependência para fins previdenciários, uma vez que é pressuposto lógico da pensão por morte a impossibilidade de o pensionista prover seu próprio sustento.

Em relação aos filhos, a presunção relativa de dependência deveria se assemelhar à instituída pela Lei n. 3.765/1960, que em seu artigo 7º, alínea “d”, garante pensão militar em favor dos filhos de militares “até vinte e um anos de idade ou até vinte e quatro anos de idade, se estudantes universitários” (BRASIL, 1960). A ampliação da idade limite para presunção se enquadraria à realidade brasileira, uma vez que os filhos que continuam os estudos após a maioridade não conseguem se formar aos 21 (vinte e um) anos, pois a maioria dos cursos superiores tem duração de 04 (quatro) ou 05 (cinco) anos.

Como a presunção seria relativa, caso o dependente ainda estivesse a estudar ao completar 24 (vinte e quatro) anos, este poderia solicitar a prorrogação da pensão por morte, mediante comprovação de necessidade perante a Previdência Social.

Estendendo a pensão por morte em favor do filho de segurado estudante universitário, aplicando a norma com caráter relativo, assim se manifestou a Turma Recursal do Juizado Especial Federal da Seção Judiciária da Bahia, integrante do Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. MANUTENÇÃO DO BENEFÍCIO EM FAVOR DE ESTUDANTE UNIVERSITÁRIO. FILHO MENOR DE 24 ANOS, ESTUDANTE, É AINDA CONSIDERADO DEPENDENTE DE SEGURADO FALECIDO. GARANTIA AO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA *EX OFFICIO*. 1. Uma vez evidenciado que a parte requerente dependia economicamente do segurado falecido para manter-se, por ser estudante universitário, com menos de 24 anos, é possível prolongar a concessão do benefício até o implemento da idade limite ou o término de seus estudos, caso a anteceda, conforme precedentes jurisprudenciais, visando-se à garantia do direito constitucional à educação, bem como por analogia com o quanto disposto no artigo 35, §1º, da Lei n.º 9250/95. Recurso desprovido. Presentes os requisitos autorizadores da antecipação da tutela, e destacando-se, em especial, o caráter alimentar da prestação judicialmente reconhecida, determina-se ex officio, a implantação do benefício, nos termos do art. 4º, da Lei n.º 10259/2001, no que tange à obrigação de fazer. 4. Honorários advocatícios à razão de 10% (dez por cento) do valor da condenação”. (BAHIA, 2007)

A norma contida no §2º do artigo supra destacado também é merecedora de comentários, uma vez que a mesma amplia o rol dos dependentes, englobando nesta categoria os enteados e os menores tutelados pelo segurado. Estas pessoas, apesar de normalmente dependerem economicamente do cônjuge ou companheiro de seu genitor, e do tutor, sendo que no primeiro caso as pessoas muitas vezes integram um mesmo núcleo familiar, não tem direito a alimentos, tampouco sucessórios.

Interpretando o instituto como forma de conferir proteção integral aos membros das entidades familiares, observa-se que a pensão por morte, apesar do defeito de presumir dependência do cônjuge e companheiro sobreviventes, se adequa ao comando constitucional de modo muito mais satisfatório que os alimentos e sucessão, pois tem seu alcance ampliado para todos os membros do mesmo núcleo familiar, ao mesmo tempo em que protege quem, de fato, necessita de proteção.

3.6. Restrições ao direito à legítima

Em situações excepcionais, o Código Civil confere ao testador a possibilidade de impor cláusulas restritivas sobre a legítima dos herdeiros necessários, ou até mesmo excluí-los de sua sucessão, excepcionando, assim, a intangibilidade da legítima. Estas exceções, conhecidas como clausulação da legítima e deserdação, respectivamente, serão a seguir abordadas.

3.6.1. Clausulação da legítima

O testador, além de estabelecer quais bens comporão a legítima, bem como determinar a distribuição dos seus bens para depois de sua morte, pode impor aos bens herdados, sejam eles decorrentes da sucessão legítima ou testamentária, restrições à propriedade do herdeiro ou legatário, através das cláusulas restritivas.

Quanto à parte disponível, o testador pode livremente estabelecer cláusulas ou limitações de poder, sendo interessante o estudo no que se refere ao estabelecimento destas restrições sobre os bens que compõem a legítima, pois, como afirmado anteriormente, esta é “intangível”.

Em regra, a legítima, por ser porção do patrimônio do testador reservada aos herdeiros necessários, não está sujeita a quaisquer interferências do autor da herança, que não poderia impor condições ou limitações ao exercício da propriedade pelos beneficiários, eis que ela “não poderá ser incluída no testamento” (Código Civil, artigo 1.857, §2º). (BRASIL, 2002)

Todavia, por força de lei, o princípio da inviolabilidade da reserva hereditária vem sofrendo algumas restrições, podendo o testador impor cláusulas restritivas aos bens que a compõem, desde que obedecidas as condições legalmente estabelecidas. Esta regra foi inserida no ordenamento jurídico pátrio pelo Decreto n.º 1839/1907, conhecido como Lei Feliciano Pena (BRASIL, 1907), que assim estabelecia:

Art. 3º. O direito dos herdeiros, mencionados no artigo precedente, não impede que o testador determine sejam convertidos em outras espécies os bens que constituírem a legítima, prescreva-lhes a incomunicabilidade, atribua à mulher herdeira a livre administração, estabeleça as condições de inalienabilidade temporária ou vitalícia, a qual não prejudicará a livre disposição testamentária e, na falta desta, a transferência dos bens aos herdeiros legítimos, desembaraçados de qualquer ônus. (BRASIL, 1907)

O Código Civil de 1916, em seu artigo 1723, estabelecia a mesma coisa (BRASIL, 1916). Este artigo dispunha que “tais exceções ao princípio da inviolabilidade da reserva hereditária, manda que se respeite, ainda em zona escapa ao poder dispositivo do testador, o que ele, ao testar, entendia melhor”. (MIRANDA, 2005, p. 167)

Portanto, sob o regime do código revogado, apesar de ser igualmente intangível a legítima, vedando ao testador dispor livremente dos bens que a compunham, a ele era mantida a liberdade de estabelecer restrições a ela, conforme seu entendimento.

O Código Civil de 2002 modifica a regra contida nos diplomas anteriores, estabelecendo como regra a impossibilidade de se estabelecer cláusulas restritivas, exceto se “houver justa causa”, como se vê em seu artigo 1.848 (BRASIL, 2002), que dispõe o seguinte:

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. (BRASIL, 2002)

Quanto aos bens que não compõem a legítima, a liberdade de o testador instituir sobre os mesmos cláusulas restritivas, sem qualquer justificativa, permanece ampla, uma vez que não se admite interferência estatal sobre a metade disponível.

Portanto, atualmente, a clausulação da legítima, que é feita através da imposição de cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, continua a ser admitida, mas em caráter excepcional, não mais se sujeitando unicamente à vontade do testador, que deve justificar a “causa” da imposição dos referidos ônus.

3.6.1.1. Inalienabilidade

A inalienabilidade é cláusula que limita a faculdade de disposição do proprietário sobre a coisa, podendo o mesmo exercer as demais faculdades inerentes ao domínio (usar, gozar e reivindicar) sem qualquer restrição, mas não sendo lícita a transferência de titularidade por atos *inter vivos*.

Para o testador, a possibilidade de imposição de cláusula de inalienabilidade sobre os bens por ele deixados

é de grande utilidade em muitos casos, principalmente quando tem elle justos motivos para receiar que os bens legitimarios sejam delapidados pelos herdeiros. Então, em proveito delles mesmos, grava o testador a legítima de seus herdeiros necessários com este ônus, vantagem esta em beneficio que dos proprios filhos, que dos demais herdeiros destes. Estas medidas acauteladores têm estreitas afinidades com a chamada desherdação bona mente. (OLIVEIRA, 1936, p. 252)

Pontes de Miranda, ao explicar a natureza jurídica da cláusula que impõe restrição ao exercício da faculdade de dispor, assevera que esta não

é condição, nem *modus*, nem obrigação de não fazer, nem incapacidade: é uma limitação de poder, sem nome técnico, e não condição (falta-lhe suspensividade, falta-lhe resolutividade), tampouco *modus* (a cláusula atua contra a vontade do beneficiado; no *modus*, o beneficiado, é obrigado, mas a verba não atua contra a sua vontade: ele pode deixar de cumprir, e responde por perdas e danos, menos ainda incapacidade. (MIRANDA, 2005, p. 96)

Portanto, por não constituir uma condição, tampouco um encargo, mas “uma limitação de poder, sem nome técnico”, a cláusula de inalienabilidade não se submete às disposições legais referentes a estes institutos, devendo ser compreendida em conformidade com suas características próprias.

Como assevera Carlos Maximiliano, por ser uma exceção ao princípio da livre circulação de bens, a cláusula de inalienabilidade não pode ser instituída em caráter perpétuo,

motivo pelo qual o bem não fica clausulado após a morte do herdeiro onerado (MAXIMILIANO, 1937, p. 201).

Assim, a inalienabilidade não é perpétua, podendo estar sujeita a uma condição resolutiva, a um termo certo, ou a um termo incerto, qual seja, a morte do beneficiário (vitalícia), sendo esta última hipótese presumida, em caso de omissão do testador. Importante salientar que o fato de a inalienabilidade se sujeitar a um termo ou condição não permite que se lha confunda com estes elementos acidentais dos negócios jurídicos, conforme lecionado por Pontes de Miranda (2005).

Quando se afirma que a inalienabilidade não é perpétua, se quer dizer que ela cessa com a morte do herdeiro, ou seja, não se estende aos seus sucessores, passando o bem inteiramente desonerado para os mesmos.

Neste sentido, o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, proferido no recurso especial 80480/SP:

TESTAMENTO. Inalienabilidade. Com a morte do herdeiro necessário (art. 1721 do CC), que recebeu bens clausulados em testamento, os bens passam aos herdeiros deste, livres e desembaraçados. Art. 1723 do Código Civil. (BRASIL, 1996)

Em decorrência do caráter vitalício da inalienabilidade, a mesma impossibilita apenas a faculdade de disposição *inter vivos* da coisa, não alcançando negócios jurídicos *causa mortis*, como o testamento, motivo pelo qual é facultado ao proprietário de bem gravado com esta cláusula dispor do mesmo em ato de última vontade. “Quer a inalienabilidade e incomunicabilidade estabelecidas em doação ou instrumento de última vontade, quer as decorrentes da lei, não constituem obstáculo á faculdade de testar, do favorecido”. (MAXIMILIANO, 1937, p. 717)

Por fim, importante observar que a cláusula de inalienabilidade, por dicção expressa do artigo 1911 do Código Civil (BRASIL, 2002), importa em incomunicabilidade e impenhorabilidade, colocando fim a antiga discussão travada sobre a extensão desta limitação, ainda sob a égide do Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916), em que havia o posicionamento de Pontes de Miranda (2005) no sentido de que uma coisa não implicava na outra, enquanto Itabaiana de Oliveira (1936) defendia o entendimento consagrado pelo novo diploma civil, e constante da Súmula n. 49⁵² do Supremo Tribunal Federal.

⁵² Súmula n. 49. A cláusula de inalienabilidade inclui a incomunicabilidade dos bens. (BRASIL, 1964)

3.6.1.2. Incomunicabilidade

Por conta da cláusula de incomunicabilidade, os bens por ela gravados não se comunicam entre cônjuges, ainda que em contrariedade ao regime de bens por eles adotado. No caso da comunhão universal de bens, o inciso I, do art. 1668, do Código Civil (BRASIL, 2002) expressamente estabelece que:

Art. 1.668. São excluídos da comunhão:
I – os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os subrogados em seu lugar. (BRASIL, 2002)

Deste modo, mesmo no casamento celebrado pelo regime da comunhão de bens, em que há, em regra, a formação de um condomínio entre os cônjuges sobre todos os bens a eles pertencentes, por força expressa de lei, os bens gravados com cláusula de incomunicabilidade não se comunicam.

Como afirmado no tópico anterior, os bens gravados com cláusula de inalienabilidade são incomunicáveis, mas a recíproca não é verdadeira, conforme observação de Itabaiana de Oliveira: “se todos os bens incommunicaveis são inalienáveis; porque o testador, ou o doador, pode, somente, prescrever a incommunicabilidade dos bens isoladamente, sem, contudo, estabelecer a sua inalienabilidade” (OLIVEIRA, 1936, p. 263)

Afigura-se interessante acerca da cláusula de incomunicabilidade a discussão se a mesma gera efeitos posteriores à morte do proprietário do bem gravado, ou seja, se o cônjuge sobrevivente pode vir a ser herdeiro de um bem onerado com esta cláusula, uma vez que o artigo 1.829 do Código Civil o estabelece em primeiro lugar na ordem de vocação hereditária, em concorrência com os descendentes do *de cuius*. (BRASIL, 2002)

É indiscutível que o testador, ao instituir cláusula de incomunicabilidade sobre os bens deixados aos seus herdeiros ou legatários, visava vedar a participação dos seus respectivos cônjuges no patrimônio deixado, em caso de dissolução do vínculo conjugal.

No entanto, viu-se que as cláusulas restritivas têm sua eficácia limitada à vida do herdeiro ou legatário contemplado com o bem onerado, motivo pelo qual é forçoso concluir que as mesmas somente podem gerar efeitos quando a dissolução do casamento do herdeiro ou legatário é decorrente do divórcio, e não da morte do proprietário do bem, pois os bens passam livres e desembaraçados aos herdeiros.

O Supremo Tribunal Federal, à época em que possuía competência para o julgamento de questões infraconstitucionais, ao julgar o recurso extraordinário 70.403/SP, assim decidiu:

1) CLAUSULAS DE INALIENABILIDADE E INCOMUNICABILIDADE IMPOSTAS EM DOAÇÃO. EXTINGUEM-SE COM A MORTE DO DONATARIO. TRANSMISSAO DOS BENS, LIVRES, A MULHER, A FALTA DE DESCENDENTES OU ASCENDENTES. AÇÃO DE VENDA DOS IMÓVEIS COMUNS. PRECEDENCIA. 2) INEXISTÊNCIA DE NEGATIVA DE VIGENCIA DA LEI FEDERAL E DISSIDIO DE JURISPRUDÊNCIA NÃO COMPROVADO SEGUNDO A SÚMULA 291. 3) RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO. (BRASIL, 1970)

Entretanto, em decisão apertada sobre a matéria (três votos a dois), o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o recurso especial 246.693/SP, manifestou entendimento contrário aos ensinamentos doutrinários supra destacados, proferindo decisão cuja ementa é a seguinte:

CIVIL. ACÓRDÃO ESTADUAL. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. INVENTÁRIO. TESTAMENTO. QUINHÃO DE FILHA GRAVADO COM CLÁUSULA RESTRITIVA DE INCOMUNICABILIDADE. HABILITAÇÃO DE SOBRINHOS E NETOS. DISCUSSÃO SOBRE A SUA EXTINÇÃO EM FACE DA CLÁUSULA, PELO ÓBITO, ANTERIOR, DA HERDEIRA, A BENEFICIAR O CÔNJUGE SUPÉRSTITE. PREVALÊNCIA DA DISPOSIÇÃO TESTAMENTÁRIA. CC, ARTS. 1676 E 1666. I. A interpretação da cláusula testamentária deve, o quanto possível, harmonizar-se com a real vontade do testador, em consonância com o art. 1666 do Código Civil anterior. II. Estabelecida, pelo testador, cláusula restritiva sobre o quinhão da herdeira, de incomunicabilidade, inalienabilidade e impenhorabilidade, o falecimento dela não afasta a eficácia da disposição testamentária, de sorte que procede o pedido de habilitação, no inventário em questão, dos sobrinhos da *de cujus*. III. Recurso especial conhecido e provido. (BRASIL, 2001)

Conclui-se, assim, que apesar de a cláusula de incomunicabilidade impossibilitar a comunicação do bem com o cônjuge do donatário, herdeiro ou legatário casado pelo regime da comunhão de bens, ela somente gera eficácia durante a vida do beneficiado, extinguindo-se com sua morte.

3.6.1.2.1. Incomunicabilidade e fideicomisso

Fideicomisso

é a instituição de herdeiros ou legatários, feita pelo testador, impondo a um deles, o gravado ou fiduciário, a obrigação de, por sua morte, a certo tempo, ou sob certa condição, transmitir a outro, que se qualifica de fideicomissário, a herança ou o legado. (OLIVEIRA, 1936, p. 193)

Observa-se, assim, que o fideicomisso ocorre quando o testador nomeia um favorecido e, desde logo, designa um substituto, que recolherá a herança, ou legado, depois daquele, havendo uma vocação dupla: a. *direta* - para o herdeiro ou legatário instituído, que desfruta do benefício primeiro, por certo tempo; e b. *indireta* - para o substituto, que herdará após o implemento do termo ou condição resolutiva.

O artigo 1.952 do Código Civil estabelece que a substituição fideicomissária somente pode contemplar, como fideicomissário, pessoas não concebidas no momento da abertura da sucessão. Entretanto, seu parágrafo único estabelece que, se à época da morte do testador o fideicomissário já houver sido concebido, este adquirirá a propriedade dos bens fideicometidos, convertendo-se o direito do fiduciário em usufruto. (BRASIL, 2002)

Outra regra importante de se mencionar é a estabelecida no artigo 1.959 do Código Civil, que proíbe a contemplação de mais de uma geração com o fideicomisso, ou seja, o testador não pode estabelecer uma ordem de fideicomissários para os bens por ele deixados em ato de última vontade. (BRASIL, 2002)

Importante salientar que o fideicomisso não pode ser instituído sobre a legítima, mas apenas sobre a metade disponível, pois a cláusula de inalienabilidade somente impede a transmissão da propriedade por ato *inter vivos*, não obstante a livre disposição dos bens por testamento.

Viu-se que a cláusula de incomunicabilidade se extingue com a morte do herdeiro ou legatário, motivo pelo qual o cônjuge deste pode vir a herdar o bem gravado em caso de abertura da sucessão do proprietário.

Assim sendo, para que se exclua o cônjuge do legatário ou herdeiro testamentário de qualquer participação sobre o bem por ele recebido em virtude da sucessão do testador, mostra-se viável a instituição da substituição fideicomissária, prevista no art. 1951 do Código Civil, eis que mesmo no casamento celebrado pelo regime da comunhão universal, os bens gravados de fideicomisso estão excluídos da comunhão. (BRASIL, 2002)

Art. 1.668. São excluídos da comunhão:

I – (...)

II – os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva. (BRASIL, 2002)

Caso o testador queira impossibilitar que o cônjuge de seu herdeiro tenha qualquer participação sobre os bens legados, alternativa possível é a instituição de fideicomisso, uma vez que além destes bens não entrarem na comunhão, com o falecimento do fiduciário, recebe os bens o fideicomissário.

3.6.1.3. Impenhorabilidade

Com a finalidade de proteger o herdeiro de eventuais credores, pode o testador inserir cláusula de impenhorabilidade sobre os bens, garantindo que os bens por ele deixados não serão apropriados por credores do sucessor.

Entretanto, embora os bens impenhoráveis obviamente não estejam sujeitos à penhora, seus frutos e rendimentos, podem ser penhorados, ante disposição expressa do Código de Processo Civil (BRASIL, 1973), que estabelece o seguinte:

Art. 650. Podem ser penhorados, à falta de outros bens, os frutos e rendimentos dos bens inalienáveis, salvo se destinados à satisfação de prestação alimentícia. (BRASIL, 1973)

Observa-se, assim, serem impenhoráveis os frutos e rendimentos de bens inalienáveis, caso existam outros bens passíveis de penhora, ou estes sejam destinados à satisfação de prestação alimentar. No entanto, caso inexista bens penhoráveis e os frutos e rendimentos não tenham a destinação supra mencionada, estão os mesmos sujeitos a constrição judicial.

Como forma de se evitar a incidência da norma processual em comento, deve-se valer dos ensinamentos de Itabaiana de Oliveira:

Tenho para mim que a melhor doutrina é a que admite a penhora dos fructos e rendimentos da legitima inalienável, salvo disposição contraria do testador. No direito pátrio, tendo o testador uma semi-liberdade de testar e, por isso, podendo determinar a inalienabilidade da legitima até vitaliciamente, com mais forte razão pode prescrever a impenhorabilidade dos respectivos frutos e rendimentos, porque esta clausula resulta, ainda, do principio da liberdade das convenções, á qual nenhuma regra de direito comum é contraria. (OLIVEIRA, 1936, p. 259)

No mesmo sentido, o conselho de Carlos Maximiliano, de que “pode, e deve, o homem previdente que perceba a necessidade de acautelar o futuro de entes caros, declarar

inalienáveis, tanto os bens transmitidos, como a renda dos mesmos”. (MAXIMILIANO, 1937, p. 712)

Assim, de acordo com os autores supra citados, é legítimo conferir ao testador a possibilidade de instituir a impenhorabilidade dos frutos e rendimentos de bens não sujeitos a penhora, a fim de se garantir o respeito integral à sua manifestação de última vontade, vedando que os credores dos herdeiros e legatários se apoderem dos mesmos.

3.6.1.4. Justa causa na clausulação da legítima

Conforme já mencionado anteriormente, o Código Civil vigente inovou no que tange à clausulação da legítima ao admiti-la, sob forma excepcional, quando presente uma justa causa para tal restrição. (BRASIL, 2002)

Segundo a norma contida em seu artigo 1.848, a imposição de cláusulas restritivas sobre a legítima só se justifica quando a mesma tiver como causa

desempenhar, em determinados casos, a função de garantia do patrimônio mínimo da pessoa, a partir da indisponibilidade de um bem essencial à mesma, destinado à sua moradia ou ao desenvolvimento de seu trabalho (CRFB/88, art. 6º, caput). Nestas hipóteses, não haverá violação à propriedade funcionalizada, devendo prevalecer a autonomia privada do testador. (NEVARES, 2009, p. 248/249)

O testador, portanto, no momento de impor cláusulas restritivas sob a legítima, tem de explicitar, no ato de última vontade, as razões pelas quais as restrições foram impostas, devendo esta causa ser justa o suficiente para fundamentar a excepcionalidade de se limitar a intangibilidade da legítima do herdeiro necessário.

Assim, por exemplo, se o herdeiro necessário é um viciado em jogo ou drogas, mostra-se flagrantemente justificável a imposição de cláusulas restritivas aos bens por ele herdados, uma vez que esta pessoa, fatalmente, colocaria a perder todo o patrimônio recebido do autor da herança, sendo esta restrição imposta em benefício da própria pessoa que tem sua propriedade limitada.

Sobre o tema em comento, Maria Berenice Dias destaca que

as cláusulas impostas pelo testador não necessitam da chancela judicial. Dispõem de eficácia a partir da abertura da sucessão, passando a vigorar de imediato, mesmo antes de findo o inventário e independentemente da partilha. Porém, o afastamento do gravame depende de decisão judicial. O herdeiro precisa comprovar a inexistência da causa indicada pelo testador para livrar sua legítima. Cabe ao juiz ou

reconhecer a razoabilidade da limitação e manter as cláusulas, ou cancelá-las. (DIAS, 2008, p. 273)

Assim sendo, uma vez que as cláusulas restritivas têm eficácia desde a morte do autor da herança, incumbe ao herdeiro que se julgue prejudicado pela sua imposição pleitear o cancelamento judicial do gravame, cabendo-lhe o ônus de provar a inoccorrência da causa mencionada pelo testador ou, apesar de a mesma estar presente, não ser ela apta a fundamentar a clausulação da legítima.

Apesar das justificativas supra apontadas, a manutenção da possibilidade de se restringir a legítima, mesmo em caráter excepcional, é objeto de críticas de parte da doutrina, afirmando Cristiano Chaves de Farias que

não se pode olvidar que a Constituição da República assegurou, em dispositivos topologicamente inseridos no capítulo dos direitos e garantias fundamentais, o direito à herança (art. 5º, XXX), bem como o direito à propriedade privada (art. 5º, XXII), deixando antever uma repulsa que se alinha contra a possibilidade (ainda que excepcional) de clausulação da legítima. Por isso, ousa-se dizer que o dispositivo do art. 1.848 da lei civil (permitindo, ainda que em caráter extraordinário, a imposição de cláusula restritiva sobre a legítima) padece de inconstitucionalidade, devendo ser repulsado pelo aplicador, no caso concreto, através de declaração incidental de inconstitucionalidade. (FARIAS, 2007, p. 260)

Em que pese o grande conhecimento jurídico do doutrinador supra, entende-se que a oposição de cláusula restritiva à legítima não viola, de maneira alguma, os dispositivos constitucionais mencionados, uma vez que a Constituição garante os direitos à herança e à propriedade, não dispondo serem os mesmos ilimitados, ou irrestritos. (BRASIL, 1988)

Quando o texto constitucional garante o direito à herança, significa que aquele contemplado pela ordem de vocação hereditária presente na lei vigente à época da abertura da sucessão, ou em testamento, não terá seu direito afastado. No momento em que o direito à propriedade é elevado à categoria de direito e garantia fundamental, quer-se dizer que o cidadão não será tiranamente afastado da propriedade sobre seus bens.

Entendimento diverso não admitiria a imposição de cláusulas restritivas sequer sobre a metade disponível, não permitiria a convivência da sucessão legítima com a testamentária, tampouco a possibilidade de criação de direitos reais limitados, não configurando a clausulação da legítima uma violação à Constituição. (BRASIL, 1988)

O fato, contudo, de não ser inconstitucional a clausulação da legítima não permite concluir ser lícita a exigência de que o testador indique a justa causa para a imposição de cláusulas restritivas.

Como será demonstrado adiante, o ato de elaborar testamento é corolário da autonomia privada do testador, um direito e garantia fundamental seu, não sendo passível, a princípio, de restrições. Somente em hipóteses excepcionais, com a finalidade de se preservar um direito e garantia fundamental da parte afetada pela manifestação de vontade do testador, pode sua autonomia privada ser limitada. A legítima, nos atuais contornos estabelecidos pelo Código Civil, viola a autonomia privada do testador, pois limita sua liberdade de testar em favor de herdeiros necessários que, algumas vezes, podem ser carecedores de proteção, razão pela qual se sugere alterações em seu conteúdo.

Independentemente do contorno que seja dado à legítima, os atuais ou os sugeridos no final do presente trabalho, observa-se que se equivocou o legislador ao alterar a regra de sua clausulação, impondo a designação de justa causa. A exigência de justificativa por parte do testador para a imposição de inalienabilidade, impenhorabilidade ou incomunicabilidade sobre seus bens, que serão transmitidos aos seus herdeiros necessários, viola frontalmente sua autonomia privada, pois não se destina à realização ou preservação de nenhum direito e garantia fundamental daquele que receberá a herança.

Pelo contrário, quando se possibilita ao testador livremente impor cláusulas restritivas sobre a legítima, além de se preservar, neste ponto, sua autonomia privada, garante-se aos herdeiros necessários que recebem os bens gravados a preservação de um patrimônio mínimo para a manutenção de uma vida digna.

3.6.1.5. Levantamento das cláusulas restritivas

O Código Civil de 1916 vedava expressamente a possibilidade de o magistrado levantar as cláusulas restritivas impostas pelo testador, tendo seu artigo 1.676 a seguinte redação:

Art. 1676. A cláusula de inalienabilidade temporária, ou vitalícia, imposta aos bens pelos testadores ou doadores, não poderá, em caso algum, salvo os de expropriação por necessidade ou utilidade pública, e de execução por dívidas provenientes de impostos relativos aos respectivos imóveis, ser invalidada ou dispensada por atos judiciais de qualquer espécie, sob pena de nulidade. (BRASIL, 1916)

Este dispositivo é alvo de severas críticas da doutrina, que assim se manifesta sobre a vedação:

E' certo que a subrogação de bens inalienáveis tem dado lugar a graves abusos, mas, nem por isso, pode ser proibida. O adquirente de bens com essa cláusula, muitas vezes, está impossibilitado de conserva-los e então a subrogação é necessária. Uma propriedade agrícola, por exemplo, é legada com a cláusula de inalienabilidade, mas pode suceder que nem o legatário, atenta a sua profissão e lugar de residência, possa administra-la e nem tenha meios para fazer as despesas que sua exploração exige. Em tal caso, é indispensável a subrogação em outros bens ou títulos com o mesmo valor, afim de não sofrer êle um prejuizo, muitas vezes, completo. O juiz pode evitar os abusos. Para que a subrogação tenha lugar, é preciso:

1º que o interessado prove a necessidade do ato;

2º que os novos bens ou títulos para os quais é transferida a cláusula de inalienabilidade, tenham valor igual ou maior que os gravados. Ora esta avaliação deve ser feita por peritos e na presença do juiz. (MAXIMILIANO, 1937, p. 705/706)

O entendimento doutrinário supra destacado foi corroborado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ainda sob o regime do Código Civil anterior, como se vê pelo acórdão proferido no recurso especial 303.424/GO:

CIVIL. PEDIDO DE ALVARÁ PARA DESCONSTITUIÇÃO PARCIAL DE CLÁUSULA DE IMPENHORABILIDADE. IMÓVEL RURAL. SOLICITAÇÃO DE FINANCIAMENTO PARA DESENVOLVIMENTO DE ATIVIDADE AGROPECUÁRIA. CÉDULA RURAL HIPOTECÁRIA. CÓDIGO CIVIL ANTERIOR, ART. 1.676. EXEGESE. SÚMULA N. 7-STJ. I. A orientação jurisprudencial adotada pelo STJ é no sentido de se atenuar a aplicação do art. 1.676 do Código Civil anterior, quando verificado que a desconstituição da cláusula de impenhorabilidade instituída pelo testador se faz imprescindível para proporcionar o melhor aproveitamento do patrimônio deixado e o bem-estar do herdeiro, o que se harmoniza com a intenção real do primeiro, de proteger os interesses do beneficiário. II. Caso que se amolda aos pressupostos acima, porquanto a pretensão de liberar da cláusula restritiva se destina a obter financiamento através de cédula rural hipotecária que grava apenas 20% da gleba e está vinculada ao desenvolvimento de atividade agropecuária. III. "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial" (Súmula n. 7-STJ). IV. Recurso especial não conhecido. (BRASIL, 2004)

Portanto, ainda sob a égide do Código Civil anterior, admitia-se que o magistrado, avaliando as justificativas apresentadas, autorizasse o levantamento de cláusulas restritivas, a fim de conferir função social à propriedade herdada, havendo sub-rogação das restrições sobre os bens adquiridos com o produto da venda.

O Código Civil em vigor expressamente admite a possibilidade de levantamento judicial da cláusula restritiva, em havendo justa causa, com sub-rogação do gravame, conforme estabelecido no §2º do art. 1.848. (BRASIL, 2002)

Com isto, o herdeiro, por exemplo, acometido de grave doença, proprietário de um imóvel de grande valor, mas inalienável, pode utilizar o produto da venda do bem para garantir seu tratamento de saúde, utilizando o restante do produto da venda para a aquisição de um apartamento, que restará igualmente onerado.

Em caso de desapropriação, ou conveniência econômica do donatário ou herdeiro, com autorização judicial, o parágrafo único do art. 1.911 do Código Civil também autoriza a venda de bens clausulados, sub-rogando-se as restrições no produto da alienação dos mesmos, corroborando com entendimento também consolidado no Superior Tribunal de Justiça, ainda sob a égide do diploma revogado. (BRASIL, 2002)

ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. AÇÕES NOMINATIVAS. CIA. PAULISTA DE ESTRADAS DE FERRO. CLÁUSULA DE INALIENABILIDADE E IMPENHORABILIDADE. SUB-ROGAÇÃO DOS ÔNUS NO PRODUTO DA ALIENAÇÃO. CÓD. CIVIL, ARTS. 1.676 E 1.677. I. É pacífico no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que a desapropriação de bens onerados com cláusula de inalienabilidade e impenhorabilidade - caso de ações nominativas da Cia. Paulista de Estradas de Ferro - não faz desaparecer a restrição imposta pelo instituidor, dando-se a sub-rogação do valor da indenização em substituição daqueles. II. Recurso especial não conhecido. (BRASIL, 1999)

De fato, como a autonomia privada do testador pode, excepcionalmente, sofrer limitações, desde que para realizar um direito e garantia fundamental daqueles afetados pelo negócio jurídico unilateral, é de se admitir, também em regime de exceção, o levantamento das cláusulas restritivas por ele impostas, desde que destinado à preservação de direitos desta natureza, como a vida, saúde e função social da propriedade, por exemplo.

3.6.2. Deserdação

3.6.2.1. Considerações gerais

Deserdação é “o acto pelo qual o herdeiro necessario é privado de sua legitima, ficando excluído da sucessão”. (OLIVEIRA, 1936, p. 41)

A origem da deserdação remonta ao Direito Romano, na sucessão formalmente necessária, na qual o *pater familias* deveria expressamente instituir seu filho como herdeiro ou deserdá-lo.

Etimologicamente, poder-se-ia entender a deserdação como o ato pelo qual se priva alguém da herança. No entanto, conforme exposto acima, apenas os herdeiros necessários estão sujeitos a deserdação, uma vez que para excluir os legítimos da sucessão basta dispor da integralidade do patrimônio sem os contemplar, ou simplesmente declarar que não deseja que estes o sucedam. “Entretanto é de observar que o desherdado perde não só a

reserva, mas também a sua quota na *parte disponível* do espólio”. (MAXIMILIANO, 1937, p. 455)

Este ato somente pode ser praticado através de testamento válido, devendo o testador expressamente declarar as causas de deserdação, que serão adiante abordadas, sob pena de invalidade da deserdação, conforme disposto no artigo 1.964 do Código Civil. (BRASIL, 2002)⁵³

Caso o testamento contenha vício ensejador de nulidade ou anulabilidade, a deserdação igualmente o será. Observa Pontes de Miranda, contudo, que a deserdação “poderá ser nula ou anulada, sem o ser o testamento, nos casos em que as disposições testamentárias o são, sem que se eive de nulidade absoluta ou relativa o testamento que as contém”. (MIRANDA, 2005, p. 314)

Embora aparentemente tenham o mesmo efeito, qual seja, o de excluir algum herdeiro da sucessão, deserdação e indignidade não se confundem. Tais institutos também não são formas de incapacidade para suceder.

Como bem define Clóvis Bevilacqua, “capacidade jurídica é a aptidão para adquirir direitos e exercer, por si ou por outrem, os actos da vida civil. São capazes todos aqueles a quem a lei não recusa o reconhecimento dessa aptidão”. (BEVILAQUA, 1932, p. 71)

Explica Roberto Senise Lisboa que

Legitimação é autorização legal para a prática de um ato ou negócio jurídico. Em princípio, toda pessoa se encontra legitimada para adquirir direitos por si ou através de seu representante.

Entretanto, a lei proíbe que algumas pessoas capazes, em determinadas situações, possam integrar a relação jurídica que as colocaria, conforme o legislador, em uma situação mais favorável. (LISBOA, 2009, p. 209)

Como os efeitos da indignidade e da deserdação se operam única e exclusivamente numa sucessão específica, não retirando do indigno ou deserdado a possibilidade de suceder outras pessoas, não se pode falar que estes institutos retiram a capacidade sucessória mas, tão-somente, a legitimidade. O indigno ou deserdado, portanto, seriam, em condições normais, herdeiros do *de cuius* mas, em decorrência da prática de algum dos atos previstos em lei, ou de sua exclusão por testamento, não participarão daquela sucessão especificamente.

José de Oliveira Ascensão conclui, assim, que

⁵³ Art. 1.964. Somente com expressa declaração de causa pode a deserdação ser ordenada em testamento. (BRASIL, 2002)

O carácter relativo da exclusão indicia-nos que estamos antes perante uma *ilegitimidade*: não incapacidade sucessória passiva, pois, mas ilegitimidade sucessória passiva.

Acabamos pois por chegar à conclusão de que, em rigor, a lei não contempla nenhum caso de incapacidade para as pessoas singulares, mas tão-somente ilegitimidades sucessórias passivas. (ASCENSÃO, 1986, p. 149)

Como os efeitos da exclusão são pessoais, sendo o indigno ou deserddado considerado pré-morto à abertura da sucessão, tais institutos atuam anteriormente à abertura da sucessão, excluindo um sucessível em tese. Assim, conforme disposto no artigo 1.816 do Código Civil, os descendentes do excluído herdram por representação na sucessão de que se trata. O indigno ou deserddado não recebe a herança e, posteriormente, a perde. Ele é pré-excluído da sucessão, ou seja, não tem legitimidade sucessória. (BRASIL, 2002)

Apesar das semelhanças supra apontadas, especialmente no fato de ambas implicarem na ilegitimidade para suceder em decorrência da prática de algum ato ilícito contra o autor da herança ou seus familiares, há diferenças substanciais entre a indignidade e deserdação. “Chama-se indignidade, desde remota data, à ingratitude gravíssima com que o herdeiro ou legatário corresponde ao benefício que o testador lhe fez, o que é motivo suficiente, também, para a revogação das doações e para a deserdação do herdeiro legítimo”. (GONÇALVES, 1951, p. 1323)

Carlos Maximiliano aponta as diferenças cruciais entre deserdação e indignidade, sendo elas:

A deserdação é exclusiva da sucessão *testamentária*; ao passo que a *indignidade* é peculiar á sucessão *legítima*, tanto que, em falta de dispositivo especial e explícito mandando estendê-la a outra espécie ou modo de haver bens *causa mortis*, não a aplicam aos *legatários*.⁵⁴ A segunda decorre da lei unicamente e só mediante sentença pode ser reconhecida e ter efeito contra o beneficiado; a primeira depende da vontade expressa do hereditando, sem embargo da indispensabilidade da prova judiciária de haver sido merecida e regularmente imposta a privação da legítima. Entretanto, a pena cominada serve para castigar o sucessor testamentário indigno quando o *de cuius* não está mais em condições de fazê-lo. A deserdação é de alcance mais amplo e abrange maior cópia de faltas, porque se baseia na vontade *explícita* do falecido; a indignidade funda-se na vontade *presumida*; por isso cabe em hipóteses menos numerosas, *estritamente* aplicada, e deixa ainda de prejudicar o desamoroso, quando assim resolva a sua vítima clemente. (MAXIMILIANO, 1937, p. 102/103)

⁵⁴ Como exemplo de casos em que a deserdação não atinge os legatários, Carlos Maximiliano aponta o Código Civil Francês, que se omite a este respeito (MAXIMILIANO, 1937, p. 102). Neste caso, portanto, o autor não diz que no Brasil não são aplicáveis aos legatários as causas de indignidade mas, sim, que para esta aplicação é necessária expressa previsão legal. No Código Civil vigente, tal previsão é expressa no *caput* de seu artigo 1.814. (BRASIL, 2002)

Como a indignidade é fundada na vontade presumida do *de cuius*, caso o mesmo perdoe o indigno, este deve expressamente fazê-lo em testamento ou outro ato autêntico, sob pena de prevalecer a vontade da lei em face da vontade do autor da herança.⁵⁵

Já a deserdação é resultante da vontade expressa do testador. No entanto, a vontade do testador não pode ser livremente manifestada no sentido de excluir qualquer um de seus herdeiros necessários de sua sucessão, por força da legítima. Somente pode haver deserdação na hipótese de ter o deserddado praticado alguma das condutas previstas em lei como ensejadoras da aplicação desta penalidade.

A deserdação (e também a indignidade) é identificada, embora com críticas, por toda a doutrina como sendo uma sanção civil aplicável àquele que pratica algum ato qualificado pela ordem jurídica como reprovável. Neste sentido, Pontes de Miranda pergunta-se:

Qual o fundamento da deserdação? Não deveria ser uma pena; à alma contemporânea só serviria a alegação de não caber a sucessão necessária quando, com a morte do *de cuius*, o herdeiro não precisa, é um desligado da família, de que não deve receber proveitos. *Mas verdade é que o Código Civil manteve o caráter odioso de pena*, reflexo assaz compreensível do individualismo estacionário do direito das sucessões. (MIRANDA, 2005, p. 308)

Por se tratar de sanção civil, em respeito ao disposto no inciso XXXIX, do artigo 5º da Constituição Federal⁵⁶, as hipóteses de deserdação não admitem interpretação extensiva, tampouco analógica, sendo restritivo o rol de hipóteses ensejadoras da aplicação desta penalidade civil. (BRASIL, 1988)

A prática de algum ato reprovável previamente estabelecido em lei como ensejador de deserdação, “é capaz de remover todos os entraves de ordem pública que o legislador impôs à vontade do testador, devolvendo-lhe a sua plenitude”. (CRUZ, 1986, p. 55)

Uma vez presentes, portanto, os pressupostos da deserdação, que são a existência de herdeiros necessários, testamento válido, e declaração de causa prevista em lei, o autor da herança pode afastar de sua sucessão um herdeiro necessário, excepcionando-se a proteção que lhe é conferida pela legítima.

⁵⁵ Art. 1.818. Aquele que incorreu em atos que determinem a exclusão da herança será admitido a suceder, se o ofendido o tiver expressamente reabilitado em testamento, ou em outro ato autêntico. Parágrafo único. Não havendo reabilitação expressa, o indigno, contemplado em testamento do ofendido, quando o testador, ao testar, já conhecia a causa da indignidade, pode suceder no limite da disposição testamentária. (BRASIL, 2002)

⁵⁶ Art. 5º. (...)

XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. (BRASIL, 1988)

Neste sentido, a conclusão de José de Oliveira Ascensão, de que é “da essência da vocação legitimária impor-se à vontade do *de cuius*. Se se verificarem porém os pressupostos da deserdação a vontade do testador retoma o seu império, podendo afastar um sucessível da sucessão”. (ASCENSÃO, 1986, p. 154)

Em matéria de deserdação, embora seja a mesma emanada da manifestação de vontade do testador, em verdade, ela é mais fruto da vontade legislativa que por razões morais qualificou determinados atos como contrários aos interesses do autor da herança que, de fato, um modo de retomada da vontade do autor da herança como elemento principal na definição do destino de seu patrimônio para depois de sua morte. Tanto que uma vez afastado da sucessão o deserddado, seus filhos ocupam o lugar a ele destinado na sucessão, representando-o como se este fosse pré-morto à época de sua abertura.

3.6.2.2. Causas de deserdação

Como exposto acima, um dos pressupostos da deserdação é a presença de uma das causas expressamente tipificadas em lei como ensejadoras da aplicação desta penalidade.

Sendo assim, passa-se à análise das causas escolhidas pelo legislador como passíveis de exclusão do herdeiro necessário por deserdação.

3.6.2.2.1. Causas de deserdação dos descendentes pelos ascendentes

Em primeiro lugar, o Código Civil de 2002 estabelece as causas de deserdação dos descendentes pelos ascendentes (BRASIL, 2002). Excetuando-se a hipótese contida no inciso III do artigo 1.744 do Código Civil revogado (BRASIL, 1916), que previa a deserdação por “desonestidade da filha que vive na casa paterna”, as demais hipóteses de deserdação previstas no Código Civil vigente são iguais às dispostas em seu antecessor.⁵⁷

Neste sentido:

Art. 1962. Além das causas mencionadas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes:
I – ofensa física;

⁵⁷ Apesar de as hipóteses de deserdação serem praticamente idênticas às do Código Civil revogado, as causas de indignidade diferem de um diploma para o outro.

II – injúria grave;
 III – relações ilícitas com a madrasta ou como padrasto;
 IV – desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade.
 (BRASIL, 2002)

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, 2002)

Como a deserdação da filha “desonesta” que vivia em casa paterna era fruto de um “patriarcalismo impiedoso” (MIRANDA, 2005, p. 330), inadmissível no atual estágio evolutivo da sociedade brasileira, o legislador andou bem ao suprimir esta hipótese de deserdação, anteriormente fundada no “desrespeito ao ascendente”. (MAXIMILIANO, 1937, p. 466)

Sendo assim, as hipóteses de deserdação dos descendentes pelos ascendentes são, além das causas de indignidade previstas no artigo 1.814 do Código Civil, o cometimento de ofensa física, injúria grave, relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto, e o desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade. (BRASIL, 2002)

a. Causas de indignidade

Partindo das causas de indignidade, que também são aplicáveis às outras hipóteses de deserdação, observa-se que a primeira causa de exclusão da sucessão é a autoria, co-autoria ou participação em homicídio doloso, ou tentativa, contra o autor da herança, seus descendentes, ascendentes, cônjuge ou companheiro.

É fundamental, neste caso, que o homicídio, ou tentativa, tenha sido doloso, ou seja, que o herdeiro tenha tido a intenção de fulminar a vida do autor da herança ou de seus familiares próximos. Embora seja louvável a ampliação do rol das pessoas cuja vida tentara o herdeiro a ser excluído, omitiu-se o legislador acerca dos irmãos e sobrinhos do autor da herança pessoas por quem, pelo menos em tese, também teria o mesmo grande apreço.

Salomão Cateb, ao comentar o dispositivo em exame, faz observação pertinente no sentido de que

a lei brasileira difere da legislação francesa, na qual exige-se a prévia condenação na esfera criminal para exclusão. Entre nós, os dois processos são distintos e independentes. Embora o tema seja de Direito Civil, absolvido o herdeiro na esfera criminal, claro que deixa de existir a causa excludente. A sentença criminal produz efeito de coisa julgada e lícito não será reconhecer a indignidade no juízo cível. (CATEB, 2007, p. 204)

Deste modo, se o herdeiro necessário é um assassino em série, mas não atentou contra a vida de nenhuma das pessoas arroladas no inciso I do artigo 1.814 do Código Civil, não pode o autor da herança deserdá-lo, cabendo-lhe o direito à reserva hereditária. (BRASIL, 2002)

Além disso, se o herdeiro necessário cometeu homicídio culposo, como nos acidentes de trânsito, por exemplo, apesar de sua irresponsabilidade ter causado a perda de entes queridos por parte do titular do patrimônio, ele não poderá ser excluído da sucessão.

Merece análise a hipótese em que um inimputável criminalmente, como os menores e deficientes mentais⁵⁸, praticam a conduta tipificada como homicídio contra uma das pessoas arroladas no inciso I do artigo 1.814 do Código Civil (BRASIL, 2002). Estas pessoas poderão, ou não, ser deserdadas?

Como os criminalmente inimputáveis são incapazes na esfera civil (artigo 3º, incisos I e II, e artigo 4º, incisos I, II e III, do Código Civil⁵⁹), e considerando-se ser a deserdação uma sanção cível, a conclusão que se afigura mais correta é a de Orlando Gomes, no sentido de que “quando falte imputabilidade, não há indignidade”. (GOMES, 1998, p. 30)

Esta opinião é corroborada por Zeno Veloso que afirma que “a deserdação é pena, e, como pena, não pode ser infligida a inimputável”. (VELOSO, 1993, p. 457)

Venosa discorda desta conclusão, afirmando que

a inimputabilidade, que no juízo criminal afasta a punição, deve ser vista aqui *cum granum salis*, isto é, com reservas. O menor de 18 anos é inimputável, mas não seria moral, sob qualquer hipótese, que um parricida ou matricida adolescente pudesse se beneficiar de sua minoridade para concorrer na herança do pai que matou. E não são

⁵⁸ Art. 26. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (BRASIL, 1940)

Art. 27. Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial. (BRASIL, 1940)

⁵⁹ Art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I – os menores de 16 (dezesseis) anos; II – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos.

Art. 4º. São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: I – os maiores de 16 (dezesseis) e menores de 18 (dezoito) anos; II – os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; III – os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo. (BRASIL, 2002)

poucos os infelizes exemplos que ora e vez surgem nos noticiários. (VENOSA, 2008, p. 59)

Com todo o respeito à opinião supra destacada, mostra-se mais correto o raciocínio de Orlando Gomes (1998) e Zeno Veloso (1993) uma vez que se o sujeito é incapaz para a prática dos atos da vida civil, sendo viciados os atos jurídicos por ele praticados, e considerando-se ser a deserdação uma sanção civil, não é possível sua aplicação em decorrência de atos praticados por herdeiros necessários na situação de incapacidade civil.

Embora se tenha ciência das razões que incentivaram o legislador a elencar as causas de deserdação, é igualmente claro que o Direito é ciência autônoma, devendo as soluções para seus eventuais conflitos ser encontradas dentro do próprio ordenamento, não servindo a moral, que tem caráter subjetivo, para esta finalidade.

A segunda hipótese de indignidade é a acusação caluniosa, em juízo, do autor da herança, ou o cometimento de crimes contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro. Ao contrário da hipótese anterior, este caso não contempla o cometimento dos referidos crimes contra a honra dos descendentes ou ascendentes do autor da herança.

Importante observar que a acusação caluniosa geradora da exclusão por indignidade é apenas aquela efetuada em face do autor da herança, sendo clara a redação do inciso II do artigo 1.814 do Código Civil neste sentido. (BRASIL, 2002)

Não se pode confundir, também, “acusação caluniosa em juízo” com o crime de denunciação caluniosa tipificado no artigo 339 do Código Penal, que tem a seguinte redação:

Art. 339. Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente. (BRASIL, 1940)

Este tipo penal abarca uma gama de condutas superior à simples “acusação caluniosa em juízo” não sendo motivo de deserdação dar causa à instauração de investigação policial, investigação administrativa ou inquérito civil contra o autor da herança. A denúncia caluniosa, para gerar indignidade, tem de ser feita em juízo, seja ele cível, criminal, trabalhista ou militar.

Arnoldo Wald entende possível a exclusão por indignidade do herdeiro que for condenado criminalmente pelos crimes previstos no inciso II do artigo 1.814 do Código Civil (BRASIL, 2002), “seja em vida ou após seu falecimento”. (WALD, 2002, p. 21)

Por fim, o inciso III do artigo 1.814 do Código Civil elenca como hipótese de exclusão por indignidade o ato de se inibir ou obstar, por meios fraudulentos ou violentos, a disposição dos bens por ato de última vontade.

Esta causa abarca tanto

um herdeiro legítimo que obste a facção de testamento ou que suprima testamento cerrado ou particular outrora confeccionado com o intuito de impedir que a parte disponível desprenda-se da legítima. E também quando aquele legítimo herdeiro obrigar o testador a revogar sua última vontade. Pode ainda ocorrer na hipótese de pessoa não dotada da qualidade de herdeiro legítimo ou necessário que constranja o de cujus a testar ou elabore um testamento falso. É configurável ainda na hipótese de pessoa contemplada em testamento anterior que impeça o testador de revogá-lo. (HIRONAKA, 2007, p. 374/375)

No entanto, a mesma autora adverte que

se o testador consegue, posteriormente, fazer valer sua vontade da forma como pretendia, não há que se falar em exclusão do herdeiro legítimo, nem sequer do testamentário contemplado por última vontade, pois a vontade última do testador pôde ser expressa, neutralizando o vício que a atingia. (HIRONAKA, 2007, p. 375)

b. Ofensa física

O Código Civil, através de redação simplificada, elenca a ofensa física como causa de deserção (BRASIL, 2002). Nesta hipótese, não se cogita da gravidade do ato, bastando que tenha havido ofensa corporal.

Não se supõe a dor. Nem o grande perigo, ou sequer, a possibilidade disto. Só se supõe o ato intencional, que constitua o mau trato corporal.
A simples ameaça de ofensa não constitui causa suficiente para a deserção; mas pode, em certos casos, ser, só por si, injúria grave. (MIRANDA, 2005, p. 329)

Esta hipótese de deserção está diretamente relacionada à violência que expressa a falta de respeito que devem os descendentes ter para com seus ascendentes não incidindo, por óbvio, nas hipóteses em que tal violência é praticada em legítima defesa.

c. Injúria grave

Ao contrário das ofensas físicas, a injúria ensejadora da exclusão por deserdação deve ser grave. Neste ponto andou mal o legislador ao subjetivar hipótese de deserdação pois a dimensão da injúria varia de uma pessoa para a outra, sendo que, em determinadas situações, ela pode vir a se afigurar como tal para o testador mas, o juiz, ao analisar a causa de deserdação, pode concluir não ter tamanha amplitude.

O juiz, no entanto, ao verificar a gravidade da injúria no caso concreto, deve “levar em conta as características pessoais dos envolvidos, tais como a formação moral, nível social e cultural da família, bem como o ambiente em que vivem” (GONÇALVES, 2008, p. 406).

d. Relações ilícitas com a madrasta ou padrasto

Pontes de Miranda define “como relação ilícita tudo que constituiria ato de libidinagem e de sedução amorosa”, não se restringindo ao ato sexual consumado mas, também, ao “namoro”, “atos pudendos, quaisquer que sejam”, “cópula” e a “correspondência amorosa”. (MIRANDA, 2005, p. 333)

Já Carlos Maximiliano afirma que “o texto presuppõe comércio impuro consumado, cópula carnal; não basta afeição tendente a ofensa da pudicícia, nem o galanteio, ou namoro”. (MAXIMILIANO, 1937, p. 468)

Como a razão de ser desta causa de deserdação é a traição da confiança recíproca estabelecida entre pais e filhos no âmbito doméstico, entende-se ter maior razão a primeira linha de pensamento citada, pois abarca todas as hipóteses aptas a refletir este elemento.

Frise-se que, neste caso, a lei expressamente utiliza as expressões “madrasta” e “padrasto”. Sendo assim, não pode o neto ou neta ser deserdado em virtude de relacionamento amoroso mantido com a esposa ou marido de seu avô ou avó.

Assim, somente as relações estabelecidas entre o filho ou filha e o cônjuge ou companheiro do pai ou mãe poderão ensejar sua deserdação. Se o filho “rouba” a namorada do pai, por exemplo, tal fato não implicará em consequência alguma no âmbito sucessório.

e. Desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade

Ao comentar este dispositivo, Itabaiana de Oliveira afirma que

quem deixa ao desamparo o seu ascendente affectado de alienação mental, ou de grave enfermidade, demonstra ser um individuo inteiramente destituído de sentimentos de solidariedade humana e torna-se, por isso, indigno de lhe succeder, por faltar a esse herdeiro a reciprocidade da affeição para com o seu ascendente. (OLIVEIRA, 1936, p. 46)

No entanto, este dispositivo permite concluir que o abandono do ascendente sem alienação mental ou grave enfermidade é legítimo, não gerando como consequência a possibilidade de deserdação.

Deste modo, um descendente que tem pais ricos, velhos, mas saudáveis, pode, simplesmente, interná-los e abandoná-los num asilo para idosos, sem que isto venha a implicar na possibilidade de perda de seus direitos sucessórios.

Arnaldo Rizzardo, verificando não ter o legislador elencado esta hipótese como causa de deserdação, afirma que “a interpretação, nestas situações, deve ser extensiva, pois repugna à consciência humana o abandono. Até porque a velhice importa em degenerescência do organismo humano, que retira a capacidade”. (RIZZARDO, 2008, p. 533)

Embora moralmente legítimo o posicionamento supra apontado, observa-se que o mesmo carece de substrato jurídico, uma vez que as hipóteses de deserdação, como já visto, são taxativas, e não admitem interpretação extensiva.

Paulo Nader faz interessante observação acerca da impossibilidade de o “ascendente em alienação mental” vir a deserdar o descendente que o abandona, sendo preferível elencar tal hipótese como causa de indignidade. Nestes casos, mesmo que o ascendente “tenha momentos de lucidez, estará impedido de testar. Como esta causa não se encontra prevista entre as que autorizam a indignidade, os herdeiros necessários, nestas condições, não poderão ser privados de receber a herança”. (NADER, 2010, p. 414)

3.6.2.2.2. Causas de deserdação dos ascendentes pelos descendentes

Embora incomum, pois normalmente os descendentes sobrevivem aos ascendentes, o Código Civil elenca em seu artigo 1.963 as hipóteses de deserdação destes por aqueles. (BRASIL, 2002)

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, 2002)

As hipóteses contidas no artigo 1.814 e nos incisos I e II do artigo supra citado são exatamente iguais às previstas para deserdação dos descendentes pelos ascendentes, já comentadas no sub-tópico anterior. Já as demais hipóteses não foram ainda abordadas, passando-se à análise das mesmas. (BRASIL, 2002)

a. 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

As relações entre parentes por afinidade em linha reta ofendem a harmonia familiar, razão pela qual são repudiadas pelo ordenamento jurídico, evidenciando um grande desrespeito do ascendente para com seus filhos e netos.

Sobre esta hipótese é importante mencionar que o neto ou neta que mantém “relações ilícitas” com o cônjuge ou companheiro de seus avós não pode ser por eles deserdados, uma vez tal hipótese não está contida no inciso III do artigo 1.962 do Código Civil e os casos de deserdação não admitem interpretação extensiva, ao passo que na hipótese contrária os ascendentes em segundo grau podem ser excluídos da sucessão. (BRASIL, 2002)

b. Desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade

Do mesmo modo que previsto para a deserdação dos descendentes, os ascendentes somente podem ser deserdados no caso de desamparo de filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade.

Assim sendo, nos casos de abandono de filhos ou netos saudáveis, os pais que não cumprem com os deveres inerentes ao poder familiar não podem vir a ser excluídos de suas

respectivas sucessões, sendo herdeiros dos mesmos ainda que jamais tenha havido entre eles qualquer vínculo afetivo familiar.

Ao comentar este dispositivo, Maria Berenice Dias afirma ser esta

Mais uma incongruência do legislador. Os pais só são penalizados se os filhos tiverem necessidades especiais. Não se pode olvidar que alguém com deficiência mental não pode testar, o que torna quase inócua esta hipótese de deserdação. Assim, pais que deixam de cumprir com os deveres decorrentes do poder familiar não podem ser deserdados, ainda que desatendam ao comando constitucional que impõe à família assegurar proteção com absoluta prioridade a crianças e adolescentes (CF 227). Logo, o genitor que abandonou o filho ainda criança, deixando-o em total desamparo, pode ser seu herdeiro, mesmo tendo cometido o delito de abandono material (CP 224) e estar sujeito à destituição do poder familiar (CC 1.638 II). No caso de o filho falecer sem descendentes, o genitor recebe o patrimônio amealhado sem qualquer auxílio paterno. (DIAS, 2008, p. 311)

Além disso, pais que alienaram seus filhos, fazendo com que os mesmos adquirissem a síndrome da alienação parental, também não podem ser deserdados, pois esta conduta paterna, que dependendo do nível da síndrome gerará danos enquanto o filho viver, não configura hipótese de deserdação.

c. Deserdação do cônjuge e do companheiro

Apesar de o Código Civil de 2002 ter elevado o cônjuge à condição de herdeiro necessário, o que também se aplica ao companheiro, conforme fundamentado supra, consequência lógica seria a imposição de hipóteses de deserdação do mesmo. (BRASIL, 2002)

No entanto, o legislador não elencou as hipóteses de deserdação do cônjuge, embora o artigo 1.961 do Código Civil estabeleça que “os herdeiros necessários podem ser privados de sua legítima, ou deserdados, em todos os casos em que podem ser excluídos da sucessão”. (BRASIL, 2002)

Assim sendo, apesar de o filho que mantém relações ilícitas com a esposa de seu pai, por exemplo, poder ser por ele deserdado, a mesma penalidade não pode ser aplicada à sua cúmplice. Deste modo, de acordo com o Código Civil, se o cônjuge traído falecer antes da sentença de decretação do divórcio, sua esposa necessariamente será sua herdeira. (BRASIL, 2002)

Não sendo possível a aplicação da analogia em matéria restritiva de direito, a omissão da lei fica sem qualquer possibilidade de solução, até porque as hipóteses de deserdação tratadas na lei não seriam mesmo aplicáveis aos cônjuges. Assim, até que se supra tal omissão, o cônjuge, embora herdeiro necessário, não pode ser deserddado. (CARVALHO NETO, 2005, p. 115)

Tendo o legislador se omitido no que tange à deserdação do cônjuge e, conseqüentemente, do companheiro, que sequer fora expressamente elevado à condição de herdeiro necessário, não resta outra alternativa que não a conclusão acerca da impossibilidade de deserdação dos mesmos.

Como o direito à legítima somente pode ser restringido nos casos expressamente previstos pelo legislador, observa-se que, muitas vezes, ele é fonte de injustiça e grande sofrimento para o autor da herança que, ante a omissão legislativa, fica obrigado a deixar seus bens para pessoas que o abandonaram, traíram sua confiança ou praticaram graves crimes, por exemplo, sob a justificativa de uma falsa preservação da solidariedade familiar.

Um descendente que estupra sua irmã, também descendente do autor da herança, ou um marido que abusa sexualmente das filhas de sua esposa, por exemplo, não podem ser excluídos da sucessão do ascendente ou cônjuge porque o legislador não arrolou estes casos como causas de deserdação.

Observa-se, assim, que outorgar ao legislador o poder de definição do destino do patrimônio das pessoas para depois de sua morte, estabelecendo que determinadas pessoas são herdeiras necessárias e não podem ser excluídas da sucessão, a não ser em hipóteses excepcionais estabelecidas pelo próprio Legislativo, expõe o cidadão que lícitamente construiu seu patrimônio a situações absurdas como as supra apontadas, deixando-o de mãos atadas, obrigando-o a beneficiar pessoas que o prejudicaram.

Esta intromissão do Poder Público sobre a esfera privada dos cidadãos será a seguir analisada, a fim de se verificar se a mesma se coaduna, ou não, com os direitos e garantias fundamentais previstos constitucionalmente.

4. AUTONOMIA PRIVADA

Autonomia, em sentido lato, significa a faculdade de se autogovernar, de estabelecer suas próprias regras, vez que oriunda das expressões gregas *autos* (próprio) e *nomos* (norma, regra). Para Maria Celina Bodin de Moraes, “é o direito de se governar conforme as suas próprias leis e segundo a sua própria vontade”. (MORAES, 2010, p. 43)

No direito privado, o que interessa “é a autonomia como poder jurídico ou força jurígena, aquela apta a, a partir da sua manifestação incontestada, ser aceita como criadora, modificadora ou extintora de vínculos jurídicos”. (FARIA, 2005, p. 94)

Francisco Amaral a identifica como “a esfera de liberdade de que o agente dispõe no âmbito do direito privado”. Segundo este autor

Autonomia da vontade é, assim, o princípio de direito privado pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos. Seu campo de aplicação é, por excelência, o direito obrigacional, aquele em que o agente pode dispor como lhe aprouver, salvo disposição cogente em contrário. E quando nos referimos especificamente ao poder que o particular tem de estabelecer as regras jurídicas de seu próprio comportamento, dizemos, em vez de autonomia da vontade, autonomia privada. Autonomia da vontade, como manifestação de liberdade individual no campo do direito, e autonomia privada, como poder de criar, nos limites da lei, normas jurídicas, vale dizer, o poder de alguém de dar a si próprio um ordenamento jurídico e, objetivamente, o caráter próprio desse ordenamento, constituído pelo agente, diversa mas complementarmente ao ordenamento estatal.

A autonomia privada constitui-se, portanto, em uma esfera de atuação do sujeito no âmbito do direito privado, mais apropriadamente um espaço que lhe é concedido para exercer a sua atividade jurídica. Os particulares tornam-se, desse modo, e nessas condições, legisladores sobre seus próprios interesses. (AMARAL, 2008, p. 383)

Aponta Francisco Amaral (2008), então, distinções entre autonomia da vontade e autonomia privada, afirmando possuir aquela caráter subjetivo, relacionada à vontade enquanto elemento psicológico, ao passo que esta teria acepção objetiva, pois resultante da vontade manifestada, esta sim, criadora, modificadora ou extintora de efeitos jurídicos.

Nem todos os autores veem esta distinção conceitual entre autonomia da vontade e autonomia privada, tratando ambas as expressões como sinônimas, observando ser esta uma expressão de releitura daquela. Enzo Roppo, por exemplo, ao estudar o conceito de autonomia privada afirma que nele “compreendem-se, de facto, tradicionalmente, além do poder de determinar o conteúdo do contrato (art. 1322.º c. 1 cód. civ.), também o poder de escolher livremente se contratar ou não contratar; o de escolher com quem contratar”. (ROPPO, 2009, p. 132)

Carlos Alberto da Mota Pinto também usa as expressões como sinônimas, tanto que ao apresentar o conceito das mesmas afirma que “a autonomia da vontade ou autonomia privada consiste no poder reconhecido aos particulares de auto-regulamentação dos seus interesses, de autogoverno da sua esfera jurídica”. (PINTO, 1996, p. 89)

A adoção da concepção autônoma de autonomia privada e autonomia da vontade ou, por outro lado, a visão de tais institutos como sinônimos, em nada prejudica o presente estudo, pois, em ambos os casos, independentemente da terminologia utilizada, fato é que a autonomia privada hoje comporta a noção de limites impostos ao poder de autorregulamentação. “Isso permite admitir que mesmo entre os que não trabalham com a distinção conceitual aqui examinada, o reconhecimento das transformações do perfil da autonomia é evidente”. (RUZYK, 2011, p. 124)

Bruno Torquato de Oliveira Naves reconhece a proximidade de significados, afirmando que a “denominação ‘autonomia privada’ veio apenas substituir a carga individualista e liberal da autonomia da vontade”. (NAVES, 2007, p. 235)

Embora tenha no direito obrigacional um de seus âmbitos de aplicação, a autonomia privada não se manifesta somente nos direitos patrimoniais, abrangendo, também, interesses não patrimoniais.

De acordo com a professora Taisa Maria Macena de Lima

Em nome do princípio da autonomia da vontade, opera-se a resistência do indivíduo à intromissão do Estado no espaço que deve ser só seu, na legítima tentativa de ser feliz. Por isso mesmo, a autonomia da vontade assume novas dimensões, tais como: a luta pelo direito à redesignação sexual, o reconhecimento de diferentes modelos de família (matrimonial, não-matrimonial, monoparental etc.), o modelo de filiação voltado antes para a paternidade socioafetiva do que para a paternidade apenas biológica, a união legal de pessoas do mesmo sexo, entre outras. (LIMA, 2003, p. 248)

O conceito de autonomia privada variou conforme a evolução da sociedade, restringindo-se, no início, às questões de caráter patrimonial, conferindo ao indivíduo maior ou menor liberdade de atuação nas esferas existenciais e patrimoniais.

Pietro Perlingieri, sensível às variações pelas quais passa a autonomia privada, de acordo com a sociedade estudada, afirma o seguinte:

Não é uma operação simples definir a autonomia privada. Sobre o conceito adensaram-se questões das quais depende em grande parte a configuração do ordenamento. A autonomia privada pode ser determinada não em abstrato, mas em relação ao específico ordenamento jurídico no qual é estudada e à experiência histórica que, de várias formas, coloca a sua exigência. (PERLINGIERI, 2007, p. 17)

Fundamental, portanto, é a determinação do atual conceito e papel desempenhado pela autonomia privada no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de se analisar, posteriormente, se o instituto da legítima se coaduna, ou não, com a mesma.

Para tanto, imprescindível se mostra a demonstração do caminho percorrido pela autonomia privada até o atual estágio de desenvolvimento.

4.1. Evolução da autonomia privada

A maioria dos autores atribui a Kant as bases do atual conceito de autonomia privada, desenvolvida a partir de suas concepções acerca da filosofia moral,

no cerne da qual se encontra a afirmativa de que a moralidade, em si, se centra em uma lei que os seres humanos impõem a si próprios, necessariamente se proporcionando, ao fazê-lo, motivos para obedecê-la, afastando-se concepções deterministas de caráter natural ou teleológico. (SILVA, 2006, p. 135)

O indivíduo, assim, pode se autodeterminar, de modo autônomo e racional, de modo que a única lei a regê-lo seria a sua própria vontade. Neste sentido, Francisco Amaral afirma que

nas esteiras das idéias filosóficas de Hobbes e Rousseau, que contrapunham os direitos individuais aos do Estado e das corporações, Emmanuel Kant confere ao dogma da vontade a sua formulação mais precisa e categórica, ao estabelecer que a *vontade individual é a única fonte de toda obrigação jurídica*. (AMARAL, 2008, p. 388)

A autonomia da vontade seria, portanto, a possibilidade de o ser racional agir autonomamente, sem interferências externas, incondicionado, imune a qualquer espécie de coação por interesses sentimentais ou patrimoniais. A liberdade de agir, desta maneira, somente estaria presente quando a ação do indivíduo obedecesse à lei moral universal, que seria a única racional.

O autor em comento afirma o seguinte:

Mas a proposição: a vontade é em todas as suas ações lei para si mesma, caracteriza tão-somente o princípio de não agir segundo nenhuma outra máxima que não seja aquela que possa ser objeto de si mesma como lei universal. Essa fórmula é precisamente a do imperativo categórico e o princípio da moralidade; assim, pois,

vontade livre e vontade submetida a leis morais são uma só e a mesma coisa. (KANT, 2004, p. 81)

Observa-se, assim, que a autonomia da vontade pensada por Kant (2004) não corresponde à ideia presente no Código Napoleônico, por exemplo, pois se trata de uma autonomia não particular, mas universal, não relacionada ao âmbito jurídico mas, sim, ao moral.

Neste sentido, a observação de Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk:

O espaço reservado pelo direito à liberdade dos indivíduos não é pensado em Kant como autonomia da vontade nos termos, por exemplo, do direito francês do início do século XIX. É um espaço pertinente à autonomia moral, que não é particular, é universal; não se refere a fins específicos atinentes a interesses particulares e a necessidades objetivas, mas sim à conduta moralmente determinada pelo imperativo categórico; não trata de uma vontade contingente, mas de uma vontade que determina a si mesma conforme a razão universal.

Como se vê, o emprego do pensamento kantiano para fundamentar a autonomia da vontade em um âmbito jurídico no direito não se faz sem deturpação do pensamento de Kant. (RUZYK, 2011, p. 116)

Seguindo esta mesma linha de pensamento, Denis Franco Silva afirma que

Não há que se falar, portanto, na existência de equivalência entre a construção kantiana da ideia de autonomia e o modo pelo qual se estruturou, tradicionalmente, aquilo que chamamos de autonomia privada na ciência do direito. Nota-se, de fato, um grande hiato entre o pensamento kantiano e o da comunidade jurídica da época, embora influenciada esta por uma “onda” voluntarista individualista. (SILVA, 2006, p. 136)

Apesar da pertinência das observações supra destacadas, o pensamento kantiano acerca do conceito de autonomia, talvez pela influência do paradigma do Estado Liberal sob o qual foram produzidas suas obras, foi fundamental para a evolução do direito privado, uma vez que, apesar da submissão à moral universal, a autonomia seria essencialmente privada, pois “cada um teria a possibilidade e a dignidade de definir, individual e solitariamente, qual seria o projeto digno de sua vida e a ação moral a seguir”. (GOMES, 2007, p. 37)

Todavia, a principal obra civilística produzida no Ocidente sob a égide do Estado Liberal, que inspirou todas as que lhe foram posteriores, qual seja, o Código Civil Francês de 1804, também conhecido como Código Napoleônico, passou imune às influências kantianas.

Como ressalta Guilherme Nacif de Faria:

Apesar de ser Kant um filósofo influente já na época da Revolução Francesa, não se pode dizer que a noção kantiana tenha influenciado na elaboração do

Código Napoleão, quando sabemos que Portalis, redator do Código, lhe era hostil e o qualificava como um abuso do espírito filosófico. (FARIA, 2005, p. 103)

O artigo 1134 do Código Civil Francês, estabelece o seguinte:

*Art. 1134. Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.
Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi.*⁶⁰ (FRANÇA, 1803)

Tal norma, apesar de consagrar a autonomia da vontade, não deriva, contudo, do pensamento liberal, tampouco do desenvolvimento de sua teoria mas, sim, da utilização de concepções ultrapassadas à época da promulgação do *Code*, oriundas da escola do direito natural.

Para Denis Franco Silva, o Código Civil Francês, embora seja considerado um típico código liberal, teve sua concepção influenciada por ideologias não-liberais, especialmente do direito natural, “sendo os princípios liberais burgueses, na verdade, lidos ‘pra dentro’ do Código por tratadistas franceses do séc. XIX”. (SILVA, 2006, p. 136) Nesta esteira, Guilherme Nacif de Faria afirma, então, “que a autonomia da vontade como vista e apregoada pelo liberalismo econômico não nasceu no Código Napoleão, não tendo sido este o sentido aplicado em seus artigos pelos seus idealizadores e redatores”. (FARIA, 2005, p. 104/105)

Como no liberalismo, vigente nos séculos XVIII e XIX, o conceito de liberdade era negativo, relacionado à não-intervenção estatal, a concepção de autonomia da vontade estava relacionada à ausência de interferência externa no poder dos indivíduos de se autodeterminar, conferindo aos mesmos a possibilidade de praticar atos e negócios jurídicos com ampla liberdade.

Neste sentido, a lição de Rose Melo Vencelau Meireles:

Pelo chamado *dogma da vontade* a vontade individual alcançou seu apogeu. Foi a concepção negativa da liberdade que influenciou a concepção de que a vontade individual representava a maior expressão da liberdade do indivíduo na esfera privada e, por si só, era suficiente para impedir qualquer ingerência externa no seu conteúdo e nos seus efeitos. Isso significa que o agente tinha o poder de praticar um ato jurídico e lhe determinar o conteúdo, a forma, bem como os efeitos com a sua vontade, sem qualquer interferência externa. (MEIRELES, 2009, p. 66)

⁶⁰ Art. 1134. Os contratos legalmente formados têm força de lei para aqueles que o fazem. Eles não podem ser revogados senão por mútuo consentimento, ou por causas que a lei permite. Eles devem ser executados de boa-fé. (Tradução livre)

Os particulares possuíam, portanto, liberdade plena de contratar e determinar os efeitos das relações jurídicas por eles estabelecidas, com regulamentação mínima por parte do Estado, consubstanciada no brocardo *laissez-faire, laissez-passer*.

Enzo Roppo afirma que

As teorias económicas então prevalentes – traduzidas no plano prático, na directiva do *laissez-faire, laissez-passer* – pretendiam, de facto, que o bem estar colectivo podia conseguir-se da melhor forma, não já com intervenções autoritárias do poder público, mas só deixando livre curso às iniciativas, aos interesses, aos egoísmos individuais dos particulares, que o mecanismo do mercado e da concorrência – a <mão invisível> de Adam Smith – teria automaticamente coordenado e orientado para a utilização óptima dos recursos, para o máximo incremento da <riqueza da Nação>. (ROPPO, 2009, p. 36)

Como o pensamento liberal que consagrara a autonomia da vontade era baseado numa igualdade formal dos indivíduos, e sabendo-se que na prática as partes não se encontravam em iguais condições no momento de contratar, na segunda metade do século XIX, e em todo o século XX, começaram a surgir críticas à ampla liberdade contratual.

Isto porque como a igualdade era fictícia, as concepções liberais

do fenómeno contratual colocavam os contratantes em desigualdade. Monopólios e práticas abusivas impunham aos consumidores a aceitação de cláusulas desvantajosas.

Com a grande depressão económica vivida pelo capitalismo nos idos de 1930, confirmou-se a necessidade do Estado intervir na economia. O mercado não se auto-regulava como previsto, era preciso garantir meios de equilibrar a relação contratual. Assim, o Estado assume actividades económicas tidas como essenciais ao desenvolvimento e passa a regular exaustivamente situações de desequilíbrio contratual. Exigiu-se, de certa forma, nos contratos onerosos, a concretização da correspondência entre as prestações da situação contratual ativa e da situação contratual passiva. (NAVES, 2007, p. 240)

Surgiu, então, entendimento diametralmente oposto à autonomia da vontade, chamado de dirigismo contratual, característico do Estado Social, que se fundamentava na prevalência dos interesses gerais sobre os particulares. Assim, para corrigir os defeitos decorrentes da concepção liberal de autonomia privada, o Estado passou a intervir nas relações jurídicas estabelecidas pelos sujeitos de direito.

A vontade do agente, antes o centro do ordenamento jurídico civil, sucumbiu à vontade do Estado, “altera-se, então, a concepção da autonomia privada, que passa a ser reconhecida como um poder concedido pelo Estado aos indivíduos, para regular seus

interesses e como tal devendo ser exercido segundo os parâmetros estabelecidos pelo mesmo Estado”. (NEVARES, 2009, p. 43)

Estatizou-se, assim, a autonomia dos indivíduos, reduzindo seu poder de ação às benesses concedidas pelo Estado contrariando, deste modo, todo o desenvolvimento dos direitos da personalidade.

Se a concepção de autonomia do Estado Liberal era equivocada por ser demasiadamente ampla, a do Estado Social é igualmente errônea pelo motivo oposto, ou seja, por privar o indivíduo da possibilidade de autorregulamentação de seus interesses. Assim, sob a justificativa de se proteger os indivíduos em situação de hipossuficiência dos excessos do liberalismo, cometeu-se novo excesso, ao se privar os mesmos da capacidade de autodeterminação.

Denis Franco Silva (2006), preocupado com a concepção socialista de autonomia privada, ainda defendida por diversos autores brasileiros, apresenta crítica a este modo de pensamento, exatamente pelo fato de estar ela consubstanciada em um modelo de vida concebido por uma comunidade majoritária ou em interesses paternalistas. Embora admita o autor que, em determinadas situações excepcionais, possa haver restrição à capacidade de autodeterminação do indivíduo, especificamente quando seu exercício potencialmente produza efeitos na autonomia de terceiros, para reduzir sua capacidade de avaliação, evitando a imposição ou coerção de um determinado interesse sobre outros, ele afirma que esta não se justifica

quando se trata de uma interferência com a ação privada não fundada na intersubjetividade, senão em um ideal de bem ou modelo de vida específico. Tais intervenções (que visam concretizar um modo de vida ético conteudístico e majoritário dentro de um grupo, como por exemplo, a proibição da homossexualidade) buscam impor um ideal de bem que pode ser diferente do estabelecido em um plano de vida individual e se revela absolutamente ilegítima tomando-se por base o valor da autonomia, notadamente por sua concretização autofrustrante, visto que somente se realiza com base na coação, sem que se preserve a autonomia de qualquer outro. (SILVA, 2006, p. 151/152)

Embora a atual compreensão do Direito Civil, subordinado e influenciado pelos princípios e valores constitucionais, não admita o exercício da autonomia privada de modo a aumentar a desigualdade existente entre os indivíduos, fato é que também inaceitável é sua limitação baseada em simples justificativas genéricas de preservação de interesses socialmente úteis, ou no princípio da solidariedade, sob pena de negação da própria existência da autonomia individual.

4.2. Autonomia privada no Direito Civil Contemporâneo

Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk afirma não ser “temerário afirmar, à luz do que emerge de um doutrina francamente majoritária, que a liberdade no Direito Civil Moderno se resumiria a um conceito: autonomia privada”. (RUZYK, 2011, p. 121)

O significado desta expressão, conforme demonstrado no tópico anterior, varia de acordo com “o ordenamento jurídico no qual é estudada e à experiência histórica que, de várias formas, coloca a sua exigência”. (PERLINGIERI, 2007, p. 17)

Fundamental, portanto, a compreensão do significado da autonomia privada de acordo com os contornos contemporâneos do Direito Privado, que “tem na dignidade da pessoa humana o valor maior, posto ao ápice do ordenamento” (TEPEDINO, 2006, p. 42), mas sem perder de vista que “o poder privado é maior do que o Estado e corre-se o risco de ver arrasada a ‘sociedade civil’, como modo de convivência juridicamente organizada”. (LORENZETTI, 1998, p. 119)

Apesar de se admitir um Direito Privado vinculado aos ditames constitucionais, não se podem migrar institutos típicos deste ramo para o Direito Público. Nos dizeres de Gustavo Tepedino:

Trata-se, ao revés, de uma transformação qualitativa de cada um dos institutos do direito civil, iluminados pelo Texto Maior, sem que com isso se pretenda subtrair da autonomia privada seus poderes, titularidades e responsabilidades, na construção de uma sociedade (que o constituinte quis) justa e solidária. (TEPEDINO, 2006, p. 42)

Os direitos e garantias fundamentais constitucionalmente previstos irradiam, portanto, efeitos diretos sobre os legisladores, aplicadores e sujeitos de Direito Privado, por força do §1º do art. 5º da Constituição, que passa a ter na pessoa humana seu centro gravitacional (BRASIL, 1988). Neste sentido, a conclusão de Canaris, ao analisar a eficácia dos direitos fundamentais no direito privado:

Tudo ponderado chego, pois, à seguinte conclusão parcial: os direitos fundamentais vigoram imediatamente em face das normas de direito privado. Esta é hoje a opinião claramente dominante. Aqui os direitos fundamentais desempenham as suas funções “normais”, como proibições de intervenção e imperativos de tutela. (CANARIS, 2009, p. 36)

Brunello Stancioli (2010) reconhece a incidência imediata dos direitos e garantias fundamentais sobre as normas de direito privado e observa que sua aplicação deve diferir em relação à sua incidência sobre o Estado.

Tal ocorre não somente pelo simples fato de que as circunstâncias subjetivas são diversas (demandando soluções diferenciadas). O fundamental é perceber que, na esfera privada, a *autonomia da vontade* das pessoas envolvidas *também é um princípio de direito fundamental*. Até mais além, é *meta-princípio* conformador de todo o direito privado.

(...)

Não há, portanto, que se falar que direitos fundamentais, aplicados à esfera privada, mitigam ou elidem a autonomia da vontade e o livre desenvolvimento da personalidade. Muito pelo contrário, os direitos fundamentais são exatamente garantias à autonomia e ao livre desenvolvimento da personalidade. (STANCIOLI, 2010, p. 15/16)

Por conta disso, a autonomia privada “sai definitivamente da clausura patrimonial para ingressar nos direitos de personalidade e é garantida para áreas de proteção específicas nos direitos de liberdades especiais, constituindo assim a autonomia da vontade como fundamento para um “direito geral de liberdade”. (FARIA, 2005, p. 115)

Entendida a autonomia privada como um princípio fundamental de direito civil, todas as suas normas devem com ela harmonizar-se e, mais, promovê-la. Além disso, o intérprete, diante de casos concretos que permitem uma multiplicidade de entendimentos, deve conferir à norma a interpretação com maior conformidade possível à autonomia privada.

Humberto Ávila, ao discorrer sobre a eficácia externa subjetiva dos princípios, afirma que

Os princípios também mandam tomar medidas para a proteção dos direitos de liberdade, qualificada também de função protetora (*Schutzfunktion*). Ao Estado não cabe apenas respeitar os direitos fundamentais, senão também o dever de promovê-los por meio da adoção de medidas que os realizem da melhor forma possível. (ÁVILA, 2009, p. 102)

Especificamente em relação aos direitos da personalidade, Brunello Stancioli (2010) apresenta três eixos-base que servem como proteção destes direitos, sem os quais é impossível pensar em sua existência, sendo eles:

O primeiro eixo de proteção da personalidade é o respeito pela autonomia da vontade, pois respeitá-la é respeitar a própria personalidade. A pessoa humana, dotada de liberdade, deve buscar construir, para si mesma, suas normas, de acordo com sua concepção de bem e de justo.

O segundo eixo, indissociável do primeiro, é o reconhecimento e a afirmação do outro (alteridade). A personalidade e a pessoa só ganham sentido perante o outro. Mais que isso, a personalidade é fruto de um constante erigir da consciência de si em face da alteridade (consciência crítica e dialógica do outro). A pessoa constrói-se na interação social e na interação comunicativa em sociedade.

O terceiro eixo é a dignidade. No entanto, ele não pode ser visto como alheio aos dois anteriores. A dignidade é fruto de autoconstrução (autonomia) e realização em sociedade (alteridade). Logo, a dignidade não é algo “dado” (pelo Estado, pela

ciência, etc.); ao contrário, é uma busca de autorrealização. Não se devem buscar normas que imponham, aos indivíduos, uma dignidade pré-estatuída. (STANCIOLI, 2010, p. 84/85)

Retomando à análise da autonomia privada, reconhecida como direito e garantia fundamental dos indivíduos e, ainda, eixo-base para a efetivação dos direitos e garantias fundamentais, observa-se que os agentes do Direito (legisladores, aplicadores, cidadãos), no ato de sua realização, não podem dissociá-la da alteridade e dignidade, que devem se auto-limitar e, ao mesmo tempo, auto-complementar.

A autonomia privada não pode, portanto, ser simplesmente sobreposta por normas de direito privado, uma vez que a elas é hierarquicamente superior, sendo admissíveis eventuais limitações à mesma apenas nos casos de promoção dos demais eixos supra destacados, admitindo-se interferência neste direito e garantia fundamental tão-somente nos casos em que esta ação tem como finalidade a proteção de direitos de igual magnitude de outrem.

Deve, porém, conceder-se que as normas de direito privado também podem servir para a concretização de imperativos de tutela de direitos fundamentais, e, mesmo, que elas representam, muitas vezes, ambas as coisas simultaneamente: intervenções nos direitos fundamentais de uma parte e garantias de proteção dos direitos fundamentais da outra. (CANARIS, 2009, p. 34)

Uma vez entendida a autonomia privada como direito e garantia fundamental, tem-se como regra geral a impossibilidade de imposição de limites sobre a mesma, sendo estes admitidos em caráter excepcional, apenas nas situações em que tal intervenção se justifica pela proteção a direitos fundamentais do agente diretamente afetado por seu exercício.

Isto porque

não há que se negar que é no seu espaço privado – e somente nele – que o indivíduo pode alcançar com plenitude a realização da sua personalidade, desfrutar da sua intimidade, da sua privacidade, implementar, enfim, os seus direitos de personalidade. Exigir que o sujeito seja movido exclusivamente por interesses públicos, em detrimento dos seus anseios individuais, significa aceitar que a pessoa humana se torne autômata, despersonalizada, ou até deixe de existir, eis que ela será reduzida a um mero instrumento da coletividade. (ALVES, 2009, p. 100)

Assim, qualquer limitação à autonomia privada, que não esteja suficientemente justificada na proteção a direitos e garantias fundamentais do(s) afetado(s) por seu exercício é ilegítima e inconstitucional. A compreensão da autonomia privada passa a ter, portanto, dupla

dimensão, devendo o operador do Direito observar se a norma jurídica, ao mesmo tempo, preserva os direitos e garantias fundamentais de todas as partes envolvidas.

Ousa-se, assim, definir a autonomia privada como o direito e garantia fundamental que confere à pessoa o poder de se autodeterminar, voluntariamente, estabelecendo livremente as normas que regerão suas relações privadas, bem como seus efeitos, limitada esta ação à observância dos direitos e garantias fundamentais da(s) pessoa(s) por ela afetada(s).

5. AUTONOMIA PRIVADA DO TESTADOR E DIREITO À LEGÍTIMA

Ao se analisar a evolução do Direito das Sucessões vê-se que a mesma coincide com a do direito de propriedade e com a desvinculação do Direito da religião.

Na medida em que a propriedade deixou de ser coletiva, familiar, e passou a ser individual, e a transmissão do patrimônio para depois da morte se desvinculou da transferência da responsabilidade pelo culto doméstico, laicizou-se a sucessão, que passou a ser regulamentada pelo Direito.

Em decorrência do afastamento dos preceitos religiosos, o Estado Romano outorgou ao indivíduo a possibilidade de autorregulamentar a passagem de seu patrimônio para depois de sua morte, podendo livremente deserdar seus sucessores.

Todavia, a ampla liberdade de testar, a partir da *lex Furia testamentaria* cedeu lugar à restrição parcial desta liberdade, que culminou na legítima, presente no ordenamento jurídico da grande maioria dos países cujo Direito é proveniente da tradição romano-germânica, dentre os quais o Brasil.

Esta restrição originou-se do aparente abuso dos romanos no ato de elaborar testamento que, movidos por paixões, simplesmente deixavam ao completo desamparo seus entes familiares.

Clóvis Bevilacqua afirma que com a instituição da legítima “o direito de família reagia contra as incontínuas da liberdade individual para a qual eram carentes de estímulo as puras afeições da consanguinidade”. (BEVILAQUA, 1932, p. 292)

Naquela sociedade, a limitação se justificou, pois as pessoas dependiam do patrimônio deixado por seus antepassados, especialmente da terra, para sobreviver, já que a mulher não era financeiramente independente e não havia sistema previdenciário que garantia ao cônjuge sobrevivente e aos descendentes menores pensão por morte.⁶¹ Além disso, a ideia de patrimônio familiar, apesar de inexistente no âmbito jurídico, não fora completamente superada por aquele povo.

No Brasil Colônia, em que vigiam as Ordenações, a limitação à liberdade de dispor para depois da morte também era o único modo eficaz de se garantir aos familiares condições mínimas de sobrevivência após a morte de seu provedor, pois o país era essencialmente agrário, dependendo todos da terra para prover seu próprio sustento. A família

⁶¹ Segundo Sérgio Pinto Martins, em 1344 teria sido celebrado o primeiro contrato de seguro marítimo, tendo sido a Previdência Social propriamente dita instituída pela Constituição do México de 1917 e Constituição de Weimar de 1919. (MARTINS, 2003, p. 30)

brasileira do início da colonização se assemelhava, em muito, à família romana primitiva, até mesmo em termos religiosos, tendo o chefe de família no Brasil poder semelhante ao conferido ao *pater* romano.

Como bem descreve Gilberto Freyre em sua obra “Casa-Grande & Senzala”:

A partir de 1532, a colonização portuguesa do Brasil, do mesmo modo que a inglesa da América do Norte e ao contrário da espanhola e da francesa nas duas Américas, caracteriza-se pelo domínio quase exclusivo da família rural ou semi-rural. Domínio a que só o da Igreja faz sombra, através da atividade, às vezes hostil ao familismo, dos padres da Companhia de Jesus.

A família, não o indivíduo, nem tampouco o Estado nem nenhuma companhia de comércio, é desde o século XVI o grande fator colonizador no Brasil, a unidade produtiva, o capital que desbrava o solo, instala as fazendas, compra escravos, bois, ferramentas, a força social que se desdobra em política, constituindo-se na aristocracia colonial mais poderosa da América.

(...)

Todos esses elementos, a começar pelo cristianismo liricamente social, religião ou culto de família mais do que de catedral ou de igreja – que nunca as tiveram os portugueses grandes e dominadoras do tipo das de Toledo ou das de Burgos, como nunca as teria o Brasil da mesma importância e prestígio que as da América Espanhola; todos esses elementos e vantagens viriam favorecer entre nós a colonização, que na América Portuguesa, como nas “colônias de proprietários” dos ingleses na América do Norte, repousaria sobre a instituição da família escravocrata; da casa-grande; da família patriarcal; sendo que nestas bandas acrescida a família de muito maior número de bastardos e dependentes em torno dos patriarcas, mais fêmeiros que os de lá e um pouco mais soltos, talvez, na sua moral sexual. (FREYRE, 2010, p. 80/81 e 84/85)

Vê-se, portanto, que numa sociedade patriarcal, que se organizava em torno da família provida por um “chefe”, sendo todos os demais membros completamente dependentes do patriarca, era justificável a garantia de um quinhão mínimo para os herdeiros necessários, uma vez que a sorte deles estava diretamente relacionada à posse da terra.

Durante o Império e início da República, em que vigiram em matéria civil as Ordenações Filipinas, com alterações produzidas pela legislação esparsa e, posteriormente, o Código Civil de 1916, a sociedade brasileira manteve seu caráter agrário e patriarcal, continuando a legítima a exercer seu papel de garantir aos membros das famílias a mínima possibilidade de manutenção de vida digna após o falecimento do patriarca. Apesar de independente, o Brasil ainda era essencialmente agrário, patriarcal, o índice de analfabetismo era elevadíssimo, e o direito previdenciário ainda engatinhava.⁶² Além disso, a ideia de propriedade familiar ainda permanecia arraigada na mente do povo brasileiro, tanto que os filhos continuavam a trabalhar para o pai, desde cedo, com a expectativa e necessidade de, no

⁶² De acordo com Sérgio Pinto Martins, a previdência social somente fora sistematizada a partir da promulgação da Constituição de 1946, onde surgiu, pela primeira vez, a expressão “previdência social”. (MARTINS, 2003, p. 35/36)

futuro, serem contemplados com uma gleba rural de onde tirariam o sustento da família que viriam a constituir. De uma maneira geral, o cidadão não tinha meios para progredir e prover seu próprio sustento sem o recebimento da herança deixada, principalmente, por seus pais. Caso o sujeito fosse simplesmente deserdado, sem qualquer razão plausível, fatalmente a este não restaria outro destino que não fosse a vida em miséria.

Considerando o estágio evolutivo da sociedade brasileira na década de 30 (trinta) do século passado, Carlos Maximiliano afirmava ser

cedo para o Brasil copiar o que realizaram os equilibrados, frios e previdentes anglo-saxônios. Um povo que não julga suficientemente abroquelado contra as paixões dominadoras, para poder abolir o crime de adultério e a indissolubilidade do casamento, medida mais generalizada entre as nações policiadas do que a faculdade ampla de testar; não se acha preparado para a liberdade irrestrita, em sentido nenhum. (1937, p. 364)

Baseado num raciocínio simplista, poder-se-ia concluir estar o Brasil preparado para a abolição da legítima. Isto porque o divórcio fora instituído em 1977, através da Lei n. 6.515 (BRASIL, 1977), ao passo que, desde 2005, com a promulgação da Lei n. 11.106 (BRASIL, 2005), que revogara o artigo 240 do Código Penal (BRASIL, 1940), o adultério deixou de ser crime. Deste modo, baseando-se nos argumentos de Carlos Maximiliano (1937), a legítima pode ser extinta. No entanto, como se sabe, não se está diante de um problema de solução tão simples assim.

Como bem expõem Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior:

O Brasil, de forma paulatina, vai deixando a estrutura eminentemente agrária e, por isso, perde espaço a grande família. Por outro lado, a própria justificativa patrimonialista da formação familiar se enfraquece. Afinal, diante do processo industrial, a melhor forma para se adquirir propriedade deixa de ser o casamento. Em face disso, perdem razão as regras atinentes à família fundada na defesa desse propósito patrimonial. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 18)

No entanto, mesmo após a democratização, urbanização, industrialização, emancipação da mulher, popularização do ensino técnico e superior, a legítima permanece imutável no direito brasileiro.

Carlos Alberto da Mota Pinto, ao tratar do ordenamento jurídico português, que como se viu também continua a restringir a liberdade de testar através da legítima, faz pertinente observação acerca da manutenção, até hoje, do referido instituto. Segundo o autor

Hoje o nosso ordenamento jurídico, como a quase totalidade dos sistemas, conhece, lado a lado, uma sucessão testamentária e uma sucessão legitimária, como resultado

destas evoluções convergentes. E as justificações apresentadas para a sucessão legítima são as que ressaltam da descrição das duas linhas evolutivas:

- a) a conservação da família de um patrimônio, para que todos em maior ou menor medida concorreram, e que assegura a permanência e coesão do agregado familiar;
- b) cumprimento do dever moral de assistência recíproca entre familiares, mesmo para além da morte. (1996, p. 159)

Sobre os bens que integram a legítima não pode o testador, sequer, estabelecer cláusulas restritivas, a não ser que haja “justa causa”, que será livremente apreciada pelo juiz, no caso concreto.

Para excluir um herdeiro necessário de sua sucessão, deve o testador indicar expressamente a prática, pelo herdeiro a ser deserdado, de alguma das condutas prestabelecidas no Código Civil como ensejadoras da aplicação desta penalidade, sendo inadmissível a exclusão do sucessor pela prática de atos que não estejam expressamente tipificados em lei.

Atualmente, este instituto encontra justificativa nos princípios constitucionais da solidariedade familiar e proteção integral à família, afirmando Ana Luiza Maia Nevares que “a legítima adquire especial relevo, pois, desempenha, para os membros da família, a função de instrumento para a concretização de uma vida digna, uma vez que estabelece mecanismos econômicos capazes de libertá-los de suas necessidades”. (NEVARES, 2006, p. 544)

Apesar de aparentemente servir de instrumento para se conferir dignidade aos membros de uma família, a legítima, inequivocamente, limita a autonomia privada do indivíduo, que somente poderá dispor a título gratuito da metade de seu patrimônio, estando a outra parte reservada a seus herdeiros necessários, que não podem ser por ele excluídos da sua sucessão, a não ser nas hipóteses estritamente estabelecidas em lei.

Reconhecendo esta situação, Eduardo de Oliveira Leite, afirma “que a proteção da família se impôs, pendendo a balança a favor da propriedade da legítima, em detrimento à liberdade de testar”. (LEITE, 2003, p. 263)

No testamento, negócio jurídico unilateral dirigido à disposição de bens para depois da morte, “o grau de autonomia da vontade do testador é bastante amplo, embora não ilimitado. (...) Quanto a este, há liberdade de celebração e liberdade de fixação do conteúdo, salvo algumas restrições, aliás importantes (v.g., a impossibilidade de afastar as legítimas)”. (PINTO, 1996, p. 92 e 105)

Resta analisar se a limitação imposta ao testador, de observar a legítima dos herdeiros necessários, independentemente das condições pessoais do autor da herança e dos herdeiros compatibiliza-se, ou não, com sua autonomia privada.

A autonomia privada é um princípio fundamental de direito civil, correspondente “à ordenação espontânea (não autoritária) dos interesses das pessoas, consideradas como iguais, na sua vida de convivência – ordenação auto-formulada que é a zona reservada do direito privado”. (PINTO, 1996, p. 90)

Como ressalvado acima, apesar de ser um direito e garantia fundamental, não se pode confundir a autonomia privada com o mero arbítrio, podendo a mesma sofrer limites, desde que para a preservação de um direito e garantia fundamental da parte atingida por seu exercício.

Não se pode perder de vista, portanto, que a regra é a liberdade de agir, ou seja, prevalece a não-intervenção do Estado sobre os direitos e garantias fundamentais. A limitação de um direito e garantia fundamental e, especialmente, da autonomia privada, é medida excepcional, somente justificável pela realização de outros princípios também constitucionalmente tutelados.

Sobre o reconhecimento da autonomia privada como direito e garantia fundamental e a necessidade de legitimação de sua limitação pelo Estado, exclusivamente na tutela de outra garantia constitucional, Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk afirma o seguinte:

A licitude da liberdade exercida importa simultaneamente o reconhecimento de sua jusfundamentalidade, pelo que a ausência de chancela jurídica de sua vivência pode consistir em um déficit inadmissível de proteção de um direito fundamental, sem que a restrição se justifique com base em outros valores constitucionalmente assegurados. (RUZYK, 2011, p. 135)

Aparentemente, a limitação à autonomia privada do testador pela legítima encontraria justificativa na proteção integral à família e solidariedade familiar, previstos no artigo 3º, inciso I, e 226, caput, ambos da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Seria a legítima, assim, o “instrumento para a concretização de uma vida digna, uma vez que estabelece mecanismos econômicos capazes de libertá-los de suas necessidades”. (NEVARES, 2009, p. 169)

Isto porque,

na transmissão hereditária conjugam-se dois princípios: o da autonomia da vontade, em que se apóia a liberdade de dispor, por ato de última vontade, dos bens, e o da supremacia da ordem pública, pelo qual se impõem restrições a essa liberdade. Com isso protege-se a propriedade e a família, ou melhor, o interesse do autor da herança e o da família. (DINIZ, 1993, p. 106)

Esta forma de pensar a legítima, embora se adegue perfeitamente a uma sociedade paternalista e agrária, como a vivenciada pelo Brasil até meados do século passado, não serve

de justificativa no atual estágio de desenvolvimento democrático, industrializado e urbano da sociedade brasileira.

Ioanna Kondyli apresenta algumas críticas à manutenção da legítima no direito francês, que merecem atenção no caso brasileiro. Segundo a referida autora, a manutenção da legítima não mais se justifica pelas seguintes questões: aumento da expectativa de vida do povo francês e o desenvolvimento da seguridade social. Na medida em que a expectativa de vida aumentou, em regra, quando da abertura da sucessão, os herdeiros já são maiores, com perfeitas condições de prover seu próprio sustento, não necessitando, portanto, de proteção do Estado. Em relação à seguridade social, esta garante aos dependentes do *de cuius* uma pensão destinada a prover seus respectivos sustentos, garantindo aos membros da família, portanto, condições mínimas de sobrevivência digna. (KONDYLI, 1997)

De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, no ano de 2009, a expectativa de vida do brasileiro, ao nascer, era de 73 (setenta e três anos) e 02 (dois) meses (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2009). Isto significa que, na grande maioria dos casos, no momento da abertura da sucessão, os sucessores do *de cuius* já são maiores, com suas próprias famílias já constituídas, possuindo perfeitas condições de prover seu próprio sustento, não dependendo da herança para a manutenção de vida digna.

No caso da previdência social, como demonstrado anteriormente, esta é de filiação obrigatória para os brasileiros que exercem atividade econômica. Sendo assim, nos termos da legislação previdenciária, nenhum dependente do autor da herança ficará desamparado após sua morte, uma vez que a estes é garantido o benefício previdenciário da pensão por morte.

Aos dois pontos apontados pela autora francesa como elementos aptos a não mais justificar o instituto da legítima, acresce-se a emancipação feminina. Na medida em que a mulher se emancipou e passou a ocupar postos no mercado de trabalho, ela garantiu para si condições de prover seu próprio sustento, não sendo mais dependente economicamente de seu cônjuge. Assim sendo, após a morte do cônjuge ou companheiro, o sobrevivente tem perfeitas condições de se manter, sendo desnecessária a garantia de uma quota hereditária para a continuação da vida com dignidade.

Embora as críticas supra destacadas sejam pertinentes, convidando à reflexão, não se pode, simplesmente, acolhê-las e concluir ser necessária a usurpação da legítima do ordenamento jurídico brasileiro. Embora, de fato, a proteção à entidade familiar se faça presente através de outros meios, que não limitam direitos e garantias fundamentais de quem

quer que seja, os argumentos apresentados generalizam situações que, no caso concreto, podem estar ausentes.

Como afirma Ana Luiza Maia Nevares:

Não se pode generalizar com a idade dos sucessores. Neste aspecto, o quadro é infinitamente variável, até pela possibilidade do direito de representação. Além disso, a tutela da pessoa independe da idade.

Quanto aos meios alternativos de proteção apontados, quais sejam, a Seguridade Social e os contratos de seguro, não se pode argumentar que estes substituiriam a tutela decorrente da reserva hereditária. (NEVARES, 2009, p. 169)

Apesar de a longevidade, seguridade social e emancipação feminina não serem argumentos suficientes para a abolição da legítima, estes evidenciam que este instituto, nos moldes estabelecidos pelo Código Civil vigente, viola a autonomia privada do testador. Como se viu, a justificativa para a limitação da liberdade de testar é a proteção integral à família. Na medida em que a legítima parte de presunção absoluta de necessidade dos herdeiros necessários, muitas vezes a autonomia do indivíduo é limitada sem qualquer justificativa, uma vez que aqueles que receberão os bens que compõem a legítima carecem de proteção do Estado, por terem condições de prover seu próprio sustento.

Walsir Edson Rodrigues Júnior, ao comentar as normas relativas a alimentos, faz afirmação perfeitamente aplicável ao caso em exame, ao dizer que “transformar a solidariedade familiar em regras que traduzam presunção absoluta de necessidade ou possibilidade de assistência alimentar é desumanizar as relações familiares, significa ignorar ou hierarquizar a dignidade das pessoas envolvidas”. (RODRIGUES JÚNIOR, 2009, p. 223)

Assim sendo, ao se fundar a legítima em presunções absolutas de necessidade por parte daqueles elencados como herdeiros necessários, não se está a respeitar a autonomia privada do indivíduo, uma vez que este pode vir a sofrer limitações a sua liberdade de testar sem a correspondente justificativa na proteção aos membros de sua entidade familiar.

É possível, contudo, compatibilizar a legítima com a autonomia privada do testador. Para tanto, não se pode perder de vista o fato de que a autonomia, enquanto direito e garantia fundamental, somente poderá ser limitada para a realização de algum outro valor igualmente tutelado pela Constituição, que no caso concreto continuaria a ser a proteção integral à família. Proteção, esta, a ser conferida a quem, de fato, dela necessite.

Para que a legítima respeite a autonomia privada do autor da herança ela não pode partir de situações apriorísticas, como uma quota invariável, e do puro e simples parentesco, devendo a mesma observar as circunstâncias pessoais do autor da herança e de

seus herdeiros necessários. Assim para que se possa legitimamente restringir a liberdade de dispor, tem de se verificar, no caso concreto, as reais necessidades do parente supostamente protegido pela legítima e, além disso, se de fato havia relação familiar entre autor da herança e herdeiro necessário.

Sem a pretensão de se esgotar o assunto, e considerando-se os atuais contornos e anseios da sociedade brasileira, propõe-se uma alteração substancial nas normas concernentes à legítima, mudando-se a classificação dos herdeiros necessários, bem como a quota a eles destinada.

Na classe dos descendentes, deveria ser conferida a legítima, nos moldes atuais, apenas aos menores e incapazes, uma vez que estes, em regra, não têm condições de prover seu próprio sustento. Para os demais descendentes, não haveria reserva de quota-parte da herança, pois seriam pessoas, a princípio, aptas ao exercício de atividade econômica, carecendo de especial proteção.

Tais presunções de necessidade ou possibilidade não seriam, contudo, absolutas, sob pena de se cometer o mesmo equívoco presente no Código Civil vigente. Seria admitida, deste modo, a exclusão da sucessão de um descendente menor ou incapaz com possibilidade de autossustento, cabendo aos beneficiários da exclusão o ônus de provar a situação econômica do excluído. Por outro lado, seria conferido ao descendente maior e capaz que, *a priori*, teria condições de prover seu próprio sustento, a possibilidade de pleitear judicialmente a ineficácia da cláusula testamentária que o excluía da sucessão, mediante a comprovação de necessidade.

Além disso, para os menores e incapazes seria garantido direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência familiar, independentemente da legítima e da existência de outros bens desta natureza a partilhar, garantindo-se o direito de moradia para os mesmos, salvo prova de desnecessidade.

Como somente os descendentes menores e incapazes seriam herdeiros necessários, e considerando-se não terem os mesmos capacidade civil, não seria admitida sua deserdação, conforme fundamentado anteriormente. Já os maiores que comprovassem a impossibilidade de autossustento, que a princípio fariam jus à legítima, poderiam ser excluídos da sucessão nos casos de indignidade e deserdação, nas hipóteses já existentes, acrescidas do abandono imaterial, uma vez que tal conduta evidenciaria a ausência de laços familiares entre eles e o autor da herança, inexistindo fundamento para proteção dos mesmos.

Para os ascendentes, a legítima, em princípio, se restringiria aos idosos, por força do disposto no artigo 230 da Constituição Federal (BRASIL, 1988),⁶³ em favor dos quais também residiria presunção relativa de necessidade. Os ascendentes não idosos seriam inicialmente excluídos da legítima, cabendo-lhes comprovar a situação de necessidade para fazer jus à mesma. Aos ascendentes que viessem a se enquadrar na condição de herdeiros necessários seria conferido o direito real de usufruto sobre uma quota do patrimônio do *de cuius*, de metade, por exemplo, não impedindo que o testador contemplasse com a propriedade de seu patrimônio quem melhor lhe aprobevesse.

Sugere-se, também, a ampliação das hipóteses de deserdação dos ascendentes para os casos de abandono imaterial dos descendentes, pela ausência de fundamento para proteção dos mesmos.

Assim, a autonomia privada do testador sofreria restrição mínima, estritamente necessária à realização do princípio da solidariedade familiar em favor dos ascendentes necessitados de proteção.

Deste modo, entende-se que a autonomia do testador restaria preservada, pois legítima sua limitação, ao mesmo tempo em que os comandos constitucionais de proteção à família e aos idosos seriam igualmente respeitados.

O cônjuge casado no regime da comunhão universal de bens, ou o companheiro que adotasse idêntico regime, seria automaticamente excluído da legítima, pois este já é condômino do *de cuius*. Em favor dos demais, restringir-se-ia a legítima aos bens incommunicáveis, adotando-se um sistema parecido com o espanhol, conferindo-se ao cônjuge ou companheiro direito ao usufruto de um terço destes bens, sem prejuízo do direito real de habitação, que seria mantido, com alterações. Na mesma linha de pensamento adotada durante todo o trabalho, tanto o usufruto quanto o direito real de habitação somente seriam conferidos ao cônjuge no caso de real necessidade do mesmo, militando contra si a presunção de possibilidade de autossustento, exceto no caso dos idosos, em que tal presunção seria invertida.

Além disso, estaria excluído da sucessão o cônjuge separado de fato, razão pela qual não seria necessária, nem admissível, sua deserdação, pois o fato de o testador, conhecendo uma falha grave de seu cônjuge, dele não ter sequer se separado de fato, pressuporia o perdão.

⁶³ Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. (BRASIL, 1988)

Deste modo, estaria atendida a “ética da autonomia” para a qual os direitos da personalidade conduzem, definidas por Brunello Stancioli como o local em que “pessoas dotadas de história produzem, voluntariamente, normas de direito positivo, que também serão dotadas de historicidade (vinculadas a espaço e tempo), e compartilhadas por sujeitos de direito capazes de argumentação e de fala”. (STANCIOLI, 2010, p. 78)

6. CONCLUSÃO

As razões expostas ao longo do presente estudo permitem chegar a diversas conclusões. A primeira delas é que o Direito das Sucessões necessita ser revisado e compatibilizado com o Direito de Família e com as normas constitucionais, uma vez que as regras vigentes não passam de mera repetição, ou adaptação sem muito critério, de institutos presentes desde o Império Romano, sem a devida crítica e compatibilização dos mesmos aos atuais anseios sociais.

A ordem de vocação hereditária merece revisão acurada do legislador, especialmente para corrigir o grave equívoco do tratamento diferenciado conferido ao casamento e união estável. Além disso, deve a mesma refletir os efetivos laços familiares do autor da herança, excluindo-se da sucessão o cônjuge separado de fato, por exemplo, e compatibilizar-se com a obrigação alimentar, para a correção de incoerências como a demonstrada entre o dever alimentar de colaterais e o seu respectivo direito sucessório.

Para fins de efetivação do princípio da solidariedade familiar, devem-se abandonar presunções absolutas de necessidade ou de capacidade de autossustento, conferindo-se, sempre, aos interessados, a oportunidade de produzir prova em sentido contrário às presunções relativas estabelecidas pela norma.

O direito real de habitação também merece revisão legislativa, a fim de adaptá-lo à realidade social. Inicialmente, na concorrência do cônjuge ou companheiro com descendentes menores ou incapazes, o direito real de habitação seria conferido a estes, podendo o cônjuge ou companheiro afastá-lo, mediante prova de desnecessidade dos descendentes. Seria necessária, ainda, a inclusão de condições resolutivas para o direito real de habitação conferido ao cônjuge ou companheiro, especialmente a constituição de nova entidade familiar e a cessação do motivo que o originara (incapacidade de prover seu próprio sustento).

Em relação à autonomia privada, necessita-se abandonar suas concepções vigentes no estado liberal e estado social, a fim de se chegar a um conceito coerente com o Estado Democrático de Direito. Neste a autonomia privada é compreendida como um direito e garantia fundamental, que somente admite restrição para a efetivação de outro direito de igual estatura.

A legítima, nos moldes concebidos pela legislação vigente, que se limita a repetir, com pequenas adaptações, a legislação revogada, não realiza a finalidade a que se propõe, já

que está baseada em presunções absolutas de necessidade, razão pela qual se conclui não ser a mesma compatível com o princípio da autonomia privada.

Sem a pretensão de esgotar a matéria mas, pelo contrário, para fomentar o debate, propõe-se alteração legislativa para compatibilização da legítima com a autonomia privada do testador, abandonando-se presunções absolutas de necessidade dos herdeiros necessários, atentando-se para aqueles herdeiros que realmente necessitam de especial proteção do Estado. Esta proteção não se realiza unicamente através da transmissão da propriedade em favor dos herdeiros necessários, podendo se operar pela constituição de direitos reais limitados em favor dos mesmos.

Deste modo, em relação aos descendentes menores e incapazes do *de cujus*, haveria presunção relativa de necessidade, ao passo que para os demais a presunção relativa se operaria no sentido inverso.

Na classe dos ascendentes, seriam herdeiros necessários os idosos, em favor dos quais residiria presunção relativa de necessidade. Os demais ascendentes poderiam pleitear a condição de herdeiros necessários, desde que comprovassem a efetiva situação de necessidade.

Em relação aos cônjuges e companheiros, somente aqueles não casados pelo regime da comunhão universal de bens seriam herdeiros necessários, uma vez que estes já são condôminos do autor da herança. Em favor dos demais, a legítima seria restrita aos bens comunicáveis, adotando-se, também neste caso, presunção relativa de necessidade.

Assim, os limites impostos à autonomia privada seriam somente aqueles necessários a garantir aos herdeiros necessários condições de sobrevivência com dignidade, realizando-se a solidariedade familiar e a proteção integral à família, sem abandonar o espaço reservado ao indivíduo para sua autodeterminação.

REFERÊNCIAS

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

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito civil: famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Por um direito de família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no âmbito do Direito de Família**. Dissertação (mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Faculdade Mineira de Direito. Belo Horizonte, 2009.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ARGENTINA. **Código Civil**. Ley n. 340, de 25 de setembro de 1869. Disponível em: <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texact.htm>>. Acesso em 09 dez 2011.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil – Sucessões**. Coimbra: Coimbra Editora, 1986.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2009.

BAHIA. Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária da Bahia. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Recurso Inominado 0200633007192167. Relatora: Juíza Federal Rosana Noya Weibel Kaufmann. **Diário de Justiça**, Brasília, 30.05.2007.

BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das Sucessões**. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1932.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial 821.660/DF. Relator: Min. Sidnei Benedeti. **Diário de Justiça eletrônico**, Brasília, 17 junho 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial 1.183.378/RS. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. **Portal do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 24 novembro 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no agravo de instrumento 682.230/SP. Relator: Desembargador Convocado do TJRS Vasco Della Giustina. **Diário de Justiça eletrônico**, Brasília, 24 junho 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial 992.749/MS. Relatora: Min. Nancy Andrighi. **Diário de Justiça eletrônico**, Brasília, 05 fevereiro 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial 80.480/SP. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. **Diário de Justiça**, Brasília, 24 junho 1996.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial 246.693/SP. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. **Diário de Justiça**, Brasília, 17 maio 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial 303.424/GO. Relator: Min. Aldir Passarinho Júnior. **Diário de Justiça**, Brasília, 13 dezembro 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial 84.399/SP. Relator: Min. Aldir Passarinho Júnior. **Diário de Justiça**, Brasília, 13 abril 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no recurso extraordinário 477.554/MG. Relator: Min. Celso de Mello. **Diário de Justiça eletrônico**, Brasília, 26 agosto 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 49. Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno. Brasília: **Imprensa Nacional**, 1964, p. 49.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário 70.403. Relator: Min. Barros Monteiro. **Diário de Justiça**, Brasília, 11 dezembro 1970.

BRASIL, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002.

BRASIL, Decreto n. 1.839, de 31 de dezembro de 1907. Regula o deferimento da herança no caso da sucessão *ab intestato*. Disponível em: <www.senado.gov.br>. Acesso em 05 dez. 2011.

BRASIL, Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <www.senado.gov.br>. Acesso em 05 dez. 2011.

BRASIL, Decreto-Lei n. 1.907, de 26 de dezembro de 1939. Dispõe sobre a herança jacente. Disponível em: <www.senado.gov.br>. Acesso em 05 dez. 2011.

BRASIL, Decreto-Lei n. 8.207, de 22 de novembro de 1945. Altera a redação dos artigos 1.594 e 1.612 do Código Civil, revoga o Decreto-lei nº 1.907, de 26 de dezembro de 1939, e dá outras providências. Disponível em: <www.senado.gov.br>. Acesso em 05 dez. 2011.

BRASIL, Decreto-Lei n. 9.461, de 15 de julho de 1946. Dá nova redação ao art. 1.612 do Código Civil. Disponível em: <www.senado.gov.br>. Acesso em 05 dez. 2011.

BRASIL, Lei n. 883, de 21 de outubro de 1949. Dispõe sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos. Disponível em: <www.senado.gov.br>. Acesso em 05 dez. 2011.

BRASIL, Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Disponível em: <www.senado.gov.br>. Acesso em 05 dez. 2011.

BRASIL, Constituição de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <www.senado.gov.br>. Acesso em 05 dez. 2011.

BRASIL, Lei n. 8.971, 29 de dezembro de 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. **Diário Oficial da União**, Brasília, 30 dez. 1994.

BRASIL, Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996. Regula o §3º do art. 226 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 mai. 1996.

BRASIL, Lei n. 10.050, de 14 de novembro de 2000. Altera o art. 1.611 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 - Código Civil, estendendo o benefício do § 2º ao filho necessitado portador de deficiência. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 nov. 2000.

BRASIL, Decreto n. 463, de 02 de setembro de 1847. Declara que aos filhos naturais dos nobres ficção extensivos os mesmos direitos hereditários, que, pela Ordenação livro quarto, título noventa e dois, competem aos filhos naturais dos plebeus. Disponível em: <www.senado.gov.br>. Acesso em 05 dez. 2011.

BRASIL, Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 27 dez. 1977.

BRASIL, Lei n. 3.133, de 08 de maio de 1957. Atualiza o instituto da adoção prescrita no Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 09 mai. 1957.

BRASIL, Lei n. 7.841, de 17 de outubro de 1989. Revoga o art. 358 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 - Código Civil e altera dispositivos da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. **Diário Oficial da União**, Brasília, 18 out. 1989.

BRASIL, Decreto-Lei n. 4.737, de 24 de setembro de 1942. Dispõe sobre o reconhecimento de filhos naturais. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 26 set. 1942. Disponível em: <www.senado.gov.br>. Acesso em 05 dez. 2011.

BRASIL, Decreto-Lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942. Lei de introdução ao Código Civil Brasileiro. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 04 set. 1942. Disponível em: <www.senado.gov.br>. Acesso em 05 dez. 2011.

BRASIL, Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 jul. 1990.

BRASIL, Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 25 jul. 1991.

BRASIL, Lei n. 3.765, de 04 de maio de 1960. Dispõe sobre as Pensões Militares. **Diário Oficial da União**, Brasília, 04 mai. 1960.

BRASIL, Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 jan. 1973.

BRASIL, Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 31 dez. 1940.

BRASIL, Lei n. 11.106, de 28 de março de 2005. Altera os arts. 148, 215, 216, 226, 227, 231 e acrescenta o art. 231-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 29 mar. 2005.

CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de direito de família e das sucessões**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Almedina, 2009.

CARRIL, Julio J. Lopez del. **Derecho Sucesorio**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970.

CARVALHO NETO, Inacio Bernardino de. **A evolução do direito sucessório do cônjuge e do companheiro no direito brasileiro: da necessidade de alteração do Código Civil**. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo. São Paulo: 2005.

CATEB, Salomão de Araújo. **Direito das sucessões**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Jornada de Direito Civil**. Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília: CJF, 2007.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **História do Direito Português**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2008.

COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e da Roma**. São Paulo: Hemus, 1975.

CRUZ, Branca Martins da. **Reflexões críticas sobre a indignidade e a deserdação**. Coimbra: Almedina, 1986.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro. v. 6. Direito das sucessões**. São Paulo: Saraiva, 1993.

ESPAÑA. **Código Civil**. Aprobado pelo Real Decreto de 24 de julho de 1889. Disponível em: <<http://civil.udg.es/normacivil/estatal/cc/indexcc.htm>>. Acesso em 09 dez. 2011.

FARIA, Guilherme Nacif de. **A autonomia da vontade, o consentimento informado e a objeção de consciência nas relações profissionais de saúde: um estudo a partir da recusa da transfusão de sangue pelos adeptos das Testemunhas de Jeová**. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Faculdade Mineira de Direito. Belo Horizonte, 2005.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Disposições testamentárias e clausulação da legítima. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coordenadores). **Direito das Sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FRANÇA. **Código Civil**. Lei 1803-03-05, promulgada em 15 de março de 1803. Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=C4A8E5DA3494B31C4E433FC871D6790E.tpdjo08v_3?idSectionTA=LEGISCTA000006089696&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20111209>. Acesso em 09 dez. 2011.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das leis civis, vol. II**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal**. 51 ed. São Paulo: Global, 2006.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GOMES, Frederico Barbosa. As contribuições de Kant, de Rousseau e de Habermas para o estudo da autonomia no âmbito do Direito. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. (coordenadores) **Direito Civil: Atualidades II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume VI: direito de família**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume VII: direito das sucessões**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Princípios de Direito Civil Luso-Brasileiro. Vol. III**. Direito de Família – Direito das Sucessões. São Paulo: Max Limonad, 1951.

GOULART, Nathália. **A herança dos famosos e a lei brasileira**. Veja on-line. 2010. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/heranca-famosos-lei-brasileira>>. Acesso em 27 novembro 2011.

GUIMARÃES, Affonso Paulo. **Noções de Direito Romano**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Ordem de vocação hereditária. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coordenadores). **Direito das Sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 15 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Tábua completa de mortalidade – Ambos os Sexos – 2009**. Disponível em: <http://ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/tabuadaevida/2009/ambossexos.pdf>. Acesso em: 24 novembro 2011.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

KONDYLI, Ioanna. **La protection de la famille par la réserve héréditaire en droits Français et Grec comparés**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1997.

LAFUENTE, Francisco Espinar. **La herencia legal y el testamento**. Barcelona: Bosch, 1956.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo Código Civil. v. XXI**. 3 ed. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. (coordenador) Rio de Janeiro: Forense, 2003 .

LIMA, Taisa Maria Macena de. Princípios fundantes do Direito Civil atual. *In*: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. (coordenadores) **Direito Civil: Atualidades II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil, v. 1: teoria geral do direito civil**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MAFFÍA, Jorge O. **Manual de Derecho Sucesorio**. 4 ed. Buenos Aires: Depalma, 1994.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das Sucessões**. 1º Vol. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937.

MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das Sucessões**. 2º Vol. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia Privada e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Apelação cível 1.0024.06.220350-0/001. Relator: Des. Geraldo Augusto. **Diário de Justiça**, Belo Horizonte, 02 setembro 2011.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Apelação cível 1.0450.08.009607-3/001. Relator: Des. Albergaria Costa. **Diário de Justiça**, Belo Horizonte, 19 abril 2011.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado, Tomo LV. Direito das Sucessões: Sucessão em Geral. Sucessão Legítima**. Campinas: Bookseller, 2008.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado dos Testamentos. Vol. 1**. Leme: BH Editora e Distribuidora, 2005.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado dos Testamentos. Vol. 4**. Leme: BH Editora e Distribuidora, 2005.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil, v. 6: direito das sucessões**. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

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

NADER, Paulo. **Curso de direito civil, v. 6: direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Da quebra da Autonomia Liberal à funcionalização do Direito Contratual. *In*: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. (coordenadores) **Direito Civil: Atualidades II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

NEVARES, Ana Luiza Maia. **A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

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

NEVARES, Ana Luiza Maia. O Princípio da Intangibilidade da Legítima. *In*: MORAES, Maria Celina Bodin de. (coordenadora) **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. **Tratado de Direito das Sucessões. Vol. I**. 3 ed. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1936.

OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. **Tratado de Direito das Sucessões. Vol. II**. 3 ed. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1936.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil. v. VI**. Direito das sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

PITÃO, José Antônio de França. **A posição do cônjuge sobrevivente no actual direito sucessório português**. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2005.

PORTUGAL. **Código Civil**. Decreto-Lei n. 47.344, de 25 de novembro de 1966. Disponível em: <<http://www.portolegal.com/CodigoCivil.html>>. Acesso em 09 dez. 2011.

POUSADA, Estevan Lo Ré. **Preservação da Tradição Jurídica Luso-Brasileira: Teixeira de Freitas e a Introdução à Consolidação das Leis Civis**. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo. São Paulo: 2006.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Introdução à História do Direito Privado e da Codificação: uma análise do novo Código Civil**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

RODRIGUES, Silvío. **Direito civil. v. 7. Direito das sucessões**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. Alimentos entre pais e filhos na perspectiva constitucional. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. (coordenadores) **Direito Civil: Atualidades III**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do Direito Civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2011.

SANTOS, J. M. de Carvalho. **Código Civil Brasileiro Interpretado – principalmente do ponto de vista prático. Vol. XXII – Direito das sucessões**. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938.

SILVA, Denis Franco. O Princípio da Autonomia: da Invenção à Reconstrução. *In*: MORAES, Maria Celina Bodin de. (coordenadora) **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

STANCIOLI, Brunello. **Renúncia ao exercício de direitos da personalidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

TELLES, Inocência Galvão. **Direito das Sucessões – noções fundamentais**. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1980.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil – Tomo III**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VELOSO, Zeno. **Testamentos**. Belém: CEJUP, 1993.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

WALD, Arnoldo. **Direito das sucessões**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ZANNONI, Eduardo A. **Manual de derecho de las sucesiones**. 4 ed. Buenos Aires: Astrea, 1999.